

**TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA**

**GACETA JURISPRUDENCIAL
SEPTIEMBRE DE 2015**

PRESCRIPCIÓN

No. 18

© 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 características gráficas son de propiedad del Tribunal Nacional de Ética Médica.

© 2015

SEPTIEMBRE DE 2015
PRESCRIPCIÓN
No. 18

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



Confía en 4-72, el servicio de envíos de Colombia

Línea de atención al cliente:
(57 - 1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional

.....
www.4-72.com.co

Línea de atención al Cliente Nacional: 01 8000 111 210
Línea de atención al Cliente Bogotá: (57-1) 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. Francisco Javier Henao Pérez. Magistrado del Tribunal Nacional de Etica Médica	9
Proceso No.584 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca. Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz Providencia No. 02-2006 Prescripción 3 años	13
Proceso No. 230 del Tribunal de Etica Médica del Atlántico Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz Providencia No. 05-2006 Non Bis In Indem	21
Proceso No. 846 del Tribunal de Etica Médica del Norte de Santander Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 65-2015 Interrupción de la prescripción Actual jurisprudencia	64
Proceso No. 1958-14 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 80-2015 No caducidad	127

	Pag.
Proceso No. 477 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 09-2005 Cambio prescripción 3 años	227
Proceso No. 1219 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 27-2012 Prescripción 5 años	299
Proceso No. 203 del Tribunal de Etica Médica del Magdalena Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 59-2014 Prescripción 5 años- Análisis	307
Proceso No. 1828 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 86-2014 Prescripción 5 años - Explicación	333
Proceso No. 1239 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas Providencia No. 43-2012 Prescripción 5 años	347
Proceso No.40 del Tribunal de Etica Médica de Bolívar Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas Providencia No. 45-2013 Prescripción 5 años Llamado atención Tribunal Seccional	357
Proceso No. 792 del Tribunal de Etica Médica del Cauca Magistrado Ponente Dr. Germán Peña Quiñones Providencia No. 120-2011 Prescripción 5 años	361

	Pag.
Proceso No. 740 del Tribunal de Etica Médica de Norte de Santander	373
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega	
Providencia No. 56-2104	
Prescripción 5 años	
Proceso No. 978 del Tribunal de Etica Médica de Santander	376
Magistrado Ponente Dra. Lilian Torregrosa Almonacid	
Providencia No. 29-2013	
Prescripción 5 años	
Proceso No. 1235 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia	391
Magistrado Ponente Dra. Lilian Torregrosa Almonacid	
Providencia No. 58-2012	
Prescripción 5 años	
Proceso No. 755 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia	396
Magistrado Ponente Dr. Miguel Otero Cadena	
Providencia No. 42-2007	
Prescripción disminuida	
Artículo. Que es Derecho.	401
Dres. Fernando Guzmán Mora. Sara Edith Moreno Mazo.	
La Ciencia entre valores modernos y la postmodernidad Acerca De un textode Gilbert Hottois.	411
Dres. Fernando Guzmán Mora. Sara Edith Moreno Mazo	

Editorial

PRESCRIPCIÓN

Dr. Francisco Javier Henao Pérez. Md.
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica

Compila este volumen de la gaceta jurisprudencial del Tribunal Nacional de Ética Médica, una serie de providencias en las que ha ocurrido la figura jurídica de la prescripción, definida por el Diccionario de la lengua española así: “Prescribir: Dicho de un derecho, de una responsabilidad o de una obligación: extinguirse por haber transcurrido cierto periodo de tiempo, especialmente un plazo legal.” (1) O como lo concibe el licenciado Guillermo Cabanellas: “Prescripción: Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. Cesación de responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta, o ya quebrantada la condena. Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.” (2)

La prescripción es por lo tanto un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo (3)

En nuestro sistema profesional médico se presentan varias causas de prescripción, muy bien caracterizadas por el Magistrado Fernando Guzmán Mora (4). Las más frecuentes son:

1-La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las víctimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981.

2-La falta de diligencia por parte de las entidades estatales o privadas que conocen de las posibles faltas disciplinarias y se demoran en denunciarlas ante los tribunales disciplinarios.

3-La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole.

4-La excesiva carga de procesos en manos de un número insuficiente de magistrados seccionales.

5-Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias, obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles y presentación de nulidades inexistentes.

6-La aparición tardía de efectos nocivos producidos por algunos procedimientos terapéuticos tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.(4)

Hasta el momento, aplicando lo establecido en el artículo 30 de la ley 734 de 2002, referente a los términos de prescripción de la acción disciplinaria, que dice: “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”, ha sido la norma de los tribunales de ética establecer como base un periodo de 5 años para decretar la prescripción de un proceso.

Sin embargo y después de un concienzudo debate realizado en la reunión de tribunales de Ética del país (4) se decidió, precisamente para tratar de evitar las causas dilatorias ya mencionadas, acoger el mandato del mismo artículo, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 que reza: “La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

Es muy claro entonces que no se modifica el término de la CADUCIDAD, que tiene como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos. Por lo mismo, se extingue la jurisdicción del Estado, si es que el interesado ha caído en la desidia al no defender su derecho en la ocasión debida y con la presteza que exige la ley. Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional ha considerado la caducidad como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: “el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. El señalamiento legal de un término de preclusión, dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción, es un valioso instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones, de modo general entre los particulares y de modo específico entre los individuos y el Estado. Entonces, el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales (5)

Por muchísimas razones, muchos procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e ineffectividad en la resolución de casos de variada índole.

Con la consumación de la prescripción de la acción, el Estado pierde la competencia para poder seguir investigando o tramitando el juicio, según el caso, por haberse perfeccionado el fenómeno de la prescripción y en

tratándose de la prescripción de la pena, pasado el tiempo previsto en la ley, sin que el Estado hubiera podido ejecutar la pena impuesta por medio de sentencia ejecutoriada, pierde la capacidad de poderla ejecutar, precisamente por haberse vencido el tiempo que el legislador le concedió para que la pudiera hacer cumplir.

Por lo tanto se produce una profunda modificación en cuanto a la forma de comenzar a contarse la prescripción de la acción disciplinaria, porque ya no es desde el momento de la consumación, ni desde la ejecución del último acto, ni desde que cesó el deber de actuar, como se había contemplado en la legislación anterior, sino que el término prescriptivo se comenzará a contar a partir de la fecha en que se dicte auto de apertura de la investigación disciplinaria.(4)

Esperamos que la decisión tomada por los tribunales de Ética Médica, redunde en la práctica de unos procesos más justos en beneficio de médicos y pacientes, y sin perjuicio de la agilidad y diligencia con la que deben actuar los tribunales.

REFERENCIAS

- 1- Diccionario de la lengua Española. vigésimo tercera edición.2014
- 2- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 373, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.
- 3- <http://www.monografias.com/trabajos6/presc/presc.shtml#ixzz3zaWyvIrX>
- 4- Fernando Guzman Mora: Gaceta Jurisprudencial N° 16, Tribunal Nacional de Ética Médica. Memorias de la reunión de tribunales junio 19 y 20 de 2015 .pp 196.
- 5- Sentencias Corte Constitucional, C-832 de 2001 y del Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 6871-05, M.P. Tarsicio Cáceres Toro.
- 6- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, sentencia del 23 de febrero de 2006, Radicación No: (6871-,05), Actor: Marcos Melgarejo Padilla.

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

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

Ref: Proceso No.584 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca.
Contra: Dr. M.E.V.
Denunciante: L.E.C.M.
Asunto: Aplicación de sanción (suspensión) superior a 6 meses y
prescripción

Magistrado ponente: Dr. Efraim Otero Ruiz
Providencia No.02-2006

VISTOS

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

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

HECHOS

El 25 de julio de 2002 la señora L.E.C.M. por intermedio de su abogada doctora Luduyj Castro Bolívar solicitó al Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca se abriera investigación contra el doctor M.E.V., médico general al servicio de IPS-COMEDICA por hechos acaecidos entre el 2

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

En su queja, la demandante solicitó que se tomase declaración a las profesoras y demás personas que intervinieron inicialmente en la atención de la niña, solicitando además que se nombraran peritos en las especialidades de ortopedia y anestesiología para determinar si el tratamiento había sido bien llevado; como pruebas documentales solicitó la certificación de estudios del doctor E. y copias de las historias clínicas de COMEDICA IPS y del Hospital Universitario del Valle lo mismo que el documento correspondiente a la necropsia practicada a la niña en el Instituto de Medicina Legal. Con fecha 31 de julio de 2002 fue repartido en Sala Plena y correspondió por sorteo al Magistrado Santiago Domínguez Plaza, quien procedió a abrir la investigación preliminar. Dentro del proceso se allegaron los siguientes documentos :

1. Historia clínica de COMEDICA-IPS (folios 40 a 41) correspondientes a julio 3, 2002, día de atención inicial de la niña.
2. Historia clínica del Hospital Universitario del Valle (folios 42 a 68) que muestra el deterioro progresivo de las funciones cerebrales pese a todas las medidas de reanimación tomadas, hasta su muerte en coma cerebral profundo el día 7 de julio.
3. Informe del protocolo de necropsia (folios 37 al 39) en que concluye

que el mecanismo de muerte fue encefalopatía hipóxica.

4. Diligencia de versión libre y espontánea del doctor M.F.E.V. (folios 78 a 79) de 17 de enero de 2005 en la cual afirma que sí ha recibido entrenamiento básico en el tratamiento cerrado de fracturas, traumas menores, luxaciones, esguinces y también la instrucción necesaria para el uso de anestesia local.

5. Peritazgo (folios 87 a 89) de los doctores P.N.P. y E.L.F. (anestesiólogos) (recibido el 29 de abril de 2005) en que concluyen que un procedimiento así se debe realizar en el quirófano bajo anestesia, tratándose de una paciente menor de edad; y que “durante la infiltración de un foco de fractura pueden ocurrir dos circunstancias : una, la de la aplicación inadvertida del anestésico por vía intravenosa (como puede ocurrir en cualquier infiltración) o por otro lado la aplicación intraósea o con una absorción más rápida que cuando se infiltran los tejidos blandos. Esta práctica es frecuente en el manejo de fracturas de urgencias. Añaden que las dosis máximas de lido o xilocaína son en cualquier paciente : 7 mg por kilo de peso sin epinefrina para infiltración; para uso intravenoso se recomienda 1 mg de lidocaína simple por kilo de peso (la niña recibió 6 mg/kg de peso).

6. Peritazgo de mayo 3 de 2005 del traumatólogo y ortopedista doctor A.M.R. (folio 91) en que concurre también en que “al infiltrar lidocaína en el hematoma de la fractura ésta puede absorberse y generar manifestaciones sistémicas”.

7. Análisis de las radiografías enviadas por COMEDICA-IPS el 5 de abril de 2005 en que se evidencia fractura completa distal del radio izquierdo con ligera angulación; la radiografía de control muestra una reducción en la cual la angulación es mucho menor que la inicial.

8. Diligencia de descargos del doctor M.F.E.V. (folios 102 a 103 vto y 194 a 197) en que sostiene que el consentimiento informado no se obtuvo por tratarse de una urgencia y afirma (falsamente) que en los protocolos de la clínica este tipo de fracturas se maneja de forma inmediata con anestesia local mediante reducción cerrada; que aunque la clínica disponía en esa fecha de especialistas en anestesia y ortopedia de turno de llamada, con el Director de la misma, Dr. H.V., se había establecido que este tipo de fracturas podía ser manejado por el médico general. Acompaña abundante información bibliográfica incluyendo los decretos que regulan la especialidad de Anestesiología (folios 104 a 190) Estas afirmaciones motivaron la visita a la Clínica COMEDICA y a obtener la declaración de su Director.

9. Diligencia de visita el 29 de junio de 2005 a la Clínica COMEDICA-IPS (folios 220 y 221) durante la cual “se encuentra un protocolo de manejo de Ortopedia y Traumatología que es una copia de un texto de ortopedia sin fecha ni título. En ese texto no dice que este tipo de fracturas deban ser manejadas por médico general. No hay constancia de socialización entre los médicos de la Institución de este tipo de protocolo”.

10. Testimonio juramentado del 30 de junio del doctor H.O.V.C. (folios 222 y 223). A la pregunta de si “es usual en la IPS-COOMEDICA el tratamiento en Ortopedia para fracturas de mediana y baja complejidad por parte de un médico general” respondió : “sí es usual, siempre y cuando el médico general se considere apto y dispuesto a realizar la atención del paciente”. Y en respuesta a una pregunta en el cuestionario enviado por el abogado del demandado, Dr. A., responde : “La decisión de practicar las reducciones cerradas a los pacientes atendidos en COMEDICA-IPS depende exclusivamente del médico de urgencias, quien igualmente decide cuándo es necesario el apoyo de un médico especialista. Para la fecha de los hechos existían unas copias del manual de urgencias de un texto de la Universidad del Valle del Dr. F. y no existía protocolo especificado para dichas atenciones”.

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

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

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

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

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

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

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

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

Artículo 531. Proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que

¹ Art 79. Presentado el informe de conclusiones, el Tribunal en pleno se ocupará de su conocimiento dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de presentación, y podrá, si lo considera conveniente, solicitar la ampliación del informativo señalando término para los efectos, el cual en ningún caso podrá ser superior a quince días.

hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

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

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

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

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

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

procesal expresamente excluye la posibilidad de la aplicación analógica de normas perjudiciales.

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

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

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

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

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

RESUELVA

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Febrero siete (07) del año dos mil seis (2006)

**SALA PLENA SESIÓN No. 858 DEL SIETE (7)
DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).**

Ref: Proceso No. 230 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico
Contra: Dr. H.R.C.
Denunciante: B.E.J.O.

Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz
Providencia No.05-2006

VISTOS

Por providencia del 27 de julio de 2005, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, determinó imponer sanción de 30 días de suspensión en el ejercicio de la profesión al Dr. H.R.C. como presunto responsable de la violación de los artículos 3, 10, 13, y 34 de la ley 23 de 1981.

La defensa interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión antes aludida.

El Tribunal de instancia, por decisión del 7 de septiembre negó la reposición interpuesta y concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

Esta Corporación, por sentencia del 11 de octubre de 2005 confirmó la decisión recurrida, ordenando compulsar copias con destino a la Fiscalía, para que si era del caso se investigase un posible homicidio culposo.

El 4 de octubre del mismo año, la defensa presentó ante la Secretaría del Tribunal de primera instancia una solicitud, cuando el proceso se encontraba precisamente en segunda instancia en esta Corporación, de conformidad con la constancia que en tal sentido aparece a folio 218 del proceso.

El 21 de octubre de 2005 se notificó a la defensa de la decisión de segunda instancia, y el 27 del mismo mes y año se notificó por edicto.

El 1º de diciembre, el Tribunal de Atlántico, sin tener competencia, resolvió petición de nulidad presentada por la defensa, de manera extemporánea, puesto que cuando se presentó el proceso se encontraba a despacho para fallo de segunda instancia y carecía de competencia porque en ese momento el proceso había terminado con sentencia ejecutoriada que tenía la fuerza de la cosa juzgada.

El 9 de diciembre de 2005, la defensa interpuso el recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad solicitada.

La Corporación procede a resolver lo pertinente, luego de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Primero que todo debe destacarse la absoluta extemporaneidad con que fue presentada la solicitud de nulidad procesal, porque cuando el memorial se presenta en la Secretaría del Tribunal del Atlántico, el proceso se tramitaba en segunda instancia ante esta Corporación y el mismo le había sido repartido y entregado al Dr. Efraín Otero Ruiz para su estudio. Tan es así que el fallo de segunda instancia se produce el 11 de octubre, cuando la petición de nulidad, había sido supuestamente presentada en el Tribunal del Atlántico el 4 de ese mismo mes.-

Llama igualmente la atención y produce sorpresa que dicho memorial no haya sido remitido al Tribunal Nacional, puesto que es una realidad que el Tribunal de primera instancia ya había perdido completamente la competencia, desde la misma fecha en que concedió el recurso de apelación; al no haberse remitido el memorial a la Corporación de segunda instancia, se guardó en ese Tribunal y después de que el proceso regresó, estando completamente ejecutoriada la sentencia que ponía fin al proceso, se le dio trámite a una petición que nunca ha debido serlo.-

Sorprende y causa perplejidad, que el memorial petitorio de la nulidad, que debería aparecer foliado con posterioridad al trámite de la segunda instancia y obviamente de la sentencia de segunda instancia, aparece entreverado y foliado como si hubiese sido presentado y llegado al proceso antes de la

decisión de segunda instancia y se hace el comentario anterior, porque es una realidad que ese memorial nunca fue enviado al Tribunal de Segunda instancia o por lo menos no existe constancia de ello. Si dicho memorial nunca fue enviado a esta Corporación es obvio que ha debido aparecer foliado con posterioridad al trámite y a la sentencia de segunda instancia y no puede menos que preguntarse la Corporación con asombro, porqué dicho memorial aparece del folio 219 a 224, mientras que la sentencia de segunda instancia aparece del folio 225 en adelante ?.

Si bien, al parecer cronológicamente es así, porque el memorial fue presentado en la Secretaría del Tribunal del Atlántico el 4 de octubre, mientras que la sentencia de segunda instancia es del 11 del mismo mes, al no haberse remitido dicho memorial al Tribunal Nacional, el mismo ha debido ser glosado y foliado con posterioridad a la llegada del proceso al Tribunal del Atlántico con la sentencia condenatoria confirmada y debidamente ejecutoriada. En tales condiciones porqué fue foliado para que apareciera como si el Tribunal Nacional lo hubiera recibido antes de que el fallo de segunda instancia hubiera sido pronunciado?.

Se trata de una solicitud extemporáneamente presentada, fallada indebidamente y sin tener competencia por el Tribunal de primera instancia, porque cuando resuelve la solicitud el proceso ha terminado por la existencia de una sentencia debidamente ejecutoriada y porque en ese momento tal decisión tenía la fuerza de la cosa juzgada y por tanto contra ella no era posible la interposición de ningún ataque, ni impugnación de ninguna naturaleza.-

Tan ciertas son las consideraciones precedentes, que para poder hacerse lo que ahora se critica, fue necesario que un miembro de la secretaría del Atlántico alterara la foliatura inicial del proceso, fenómeno que se puede advertir a folio 225, donde comienza la sentencia de segunda instancia, donde el último dígito se trató de borrar con corrector y claramente se observa que los dos primeros números fueron escritos con bolígrafo azul, mientras que el tercero, el alterado, fue puesto con tinta negra. Esta misma alteración se observa a folios 226 y 227.

Considera esta Corporación que se trata de recursos dilatorios de la defensa, con el objetivo de empantanar la decisión de esta Corporación al ordenar compulsar copias del proceso, para que la Fiscalía de acuerdo con su criterio, determinara si era del caso abrir proceso penal por un eventual delito de homicidio culposo.

En las circunstancias precedentes la Corporación se abstendrá de estudiar el recurso interpuesto y concedido, porque como ya se dijo, la primera instancia carecía de competencia para resolver peticiones en un proceso donde ya existía la fuerza de la cosa juzgada y por tanto no era factible aceptar ningún cuestionamiento contra el proceso, ni contra la sentencia con el que se le puso fin al mismo, de manera definitiva-

Uno de los objetivos de la cosa juzgada es producir seguridad jurídica y que los procesos no tuvieran la posibilidad de prolongarse de manera indefinida, por la interposición ilimitada de petición y la interposición de recursos. El objetivo de la ejecutoria de las decisiones y de los efectos de la cosa juzgada, es que los procesos al fallarse definitivamente no puedan ser revividos, salvo casos muy excepcionales y que los afectados para bien o para mal con el fallo, tengan la certeza, de que los mismos son intangibles e inmodificables.-

El proceso termina con la existencia de una sentencia ejecutoriada como ocurrió en éste caso, de tal manera que cuando se produce el pronunciamiento que es objeto del recurso, en este proceso ya se había producido el fenómeno de la cosa juzgada.-

Algunas de las características de la cosa juzgada son la intangibilidad, inatacabilidad y la inmodificabilidad de las decisiones que en el proceso se ha producido y que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada.-

Trataremos previamente de hacer un estudio teórico sobre las figuras del non bis in idem y la cosa juzgada, para luego proceder a demostrar como en el presente caso, la primera instancia no tenía competencia para hacer ninguna clase de pronunciamiento frente a la solicitud de nulidad, porque se había presentado el fenómeno de la cosa juzgada.-

El aforismo latino “ Non bis in idem” significa:

“ No dos veces por igual causa. En materia penal significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción, ni acusar por segunda vez por igual hecho, a no mediar nuevas pruebas y dentro de gran limitación. No se infringe el principio cuando se ha pronunciado sobreseimiento temporal, pues cabe reabrir el juicio, de aparecer nuevas pruebas.

“ No obstante esa garantía, que, sobre todo lo procesal estricto, es indiscutible favor para los malhechores, existe una fragilidad legal al respecto, que consiste en permitir la sanción administrativa además de la punitiva que impongan los tribunales ordinarios o militares. En lo castrense, esta excepción de dualidad se lleva a los tribunales de honor; donde no cabe segunda acusación contra el mismo y por lo mismo, salvo nuevas pruebas fehacientes.

“ La jurisprudencia española tiene establecido que la sanción administrativa de una falta no obsta a la imposición del castigo judicial con arreglo al código penal; ya que, como la autoridad administrativa no constituye jerarquía en la justicia, no produce su fallo la excepción de cosa juzgada”.¹

Escrache en su insuperado Diccionario, en referencia al origen y objetivo de la institución nos dice:

“ Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese pedir asilo sino en la tumba. La ley 7 del mismo título del Digesto está concebido en términos tan positivos como los que acabamos de citar: *Lisdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet proeses patie eudem iterum accusari*.²

Se trata de un principio que cumple una doble finalidad, pues en primer lugar se trata de un concepto político de seguridad individual, pero al mismo tiempo representa una garantía procesal derivada de la cosa juzgada, al igual que una protección para evitar la posibilidad de un doble procesamiento o de una doble punición.

Fernando de la Rúa refiriéndose a este principio sostiene que:

¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas pág 564, Tomo V E. Heliasta. Buenos Aires.

² Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia. Joaquín Escriche pág 1338. Garnier Hermanos Libreros Editores París. Sin año de edición.

“ En materia procesal penal, la intangibilidad de la sentencia produce especialmente el efecto negativo de impedir una nueva persecución penal cuando - dentro de ciertos presupuestos - se trata de considerar su revisión a favor del imputado, precisamente porque no es tanto una garantía procesal como una garantía política con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad individual de los ciudadanos”.³

Claría Olmedo haciendo referencia al mismo tema sostiene que:

“ Las normas constitucionales prohíben que se persiga penalmente a una persona más de una vez por el mismo hecho. Este principio, consagrado desde antiguo, ha sido respetado en la práctica, salvo algunos errores del concepto”.

.....

“ Se trata de un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal. Ese ensanche se advierte en el empleo del participio “ perseguido “ o “ encausado “ en vez de “ penado “, lo que comprende la litis pendencia, el sobreseimiento y la absolución, a más de la condena”.⁴

Manzini refiriéndose a este concepto nos enseña:

“ Ne bis in idem (o bis de eadem re ne sit actio (no haya dos veces acción acerca de lo mismo) representa uno de los efectos inherentes a la fuerza preclusiva de la autoridad de la cosa juzgada; efecto que, por lo demás, no es necesaria y exclusivamente propio de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada”.⁵

Fernández Carrasquilla en referencia al mismo principio afirma:

“ Para evitar, entonces, que un mismo hecho se sancione penalmente más de una vez, aunque sea con denominaciones distintas, existe el

³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Fernando de la Rúa. E. Bibliográfica Omeba pág 323, Tomo XX. Buenos Aires.

⁴ Derecho Procesal Penal. Jorge A. Claría Olmedo, pág 66 Tomo I. E. Córdoba. Córdoba 1.984

⁵ Tratado de derecho procesal penal. Vincenzo Manzini. pág 524, Tomo IV E. de cultura jurídica. Caracas 1.987.

postulado del “ne bis in idem” (no dos veces por lo mismo). Según este postulado, que deriva sin obstáculos del principio de legalidad (artículo 1.º, para cada delito unitario existe una pena legal unitaria, de suerte que no se puede multiplicar la imputación para dar lugar con su ejecución a varios delitos y varias penas. De otra parte, los factores que sean valorados como elementos integrantes de la figura legal no pueden al mismo tiempo apreciarse como circunstancias agravantes del delito o de la punibilidad, ni, a la inversa, los que se han considerado como componentes del tipo, estimarse a la vez atenuantes (C. P. artículos 64 y 65). El mismo ingrediente no puede configurar el injusto típico y en simultaneidad agravarlo, atenuarlo o excluirlo, ni siquiera si una vez se lo toma como integrante del tipo de injusto y otra como circunstancia de la culpabilidad, la responsabilidad o la punibilidad. Aun cuando el “ne bis in idem”, en cuanto norma de garantía, actúa sobre todo para proteger al reo de una doble o múltiple incriminación total o parcial, funciona del mismo modo con respecto a lo que pudiera favorecerlo, pues las atenuantes y eximentes también están reguladas por la ley de un modo directo, privativo y generalmente taxativo, por imperio de la seguridad jurídica y efecto de la división de poderes (que impide al juez convertirse en legislador penal)”.⁶

Joan J. Queralt refiriéndose a la institución en estudio dice:

“No castigar a un mismo sujeto dos o más veces por un mismo hecho es el significado tradicional del precedente enunciado. Castigar dos o más veces por el mismo hecho equivale a imponer más de una vez o hacer recaer sanción administrativa y penal sobre ese mismo hecho”.

.....

“La otra consideración previa que se quería poner de manifiesto antes de entrar a analizar los temas antedichos es la que hace referencia a la doble funcionalidad sustantiva y procesal del non bis in idem. Así es: nacido como un instituto procesal anclado en la idea de la cosa juzgada, lo que potencia la idea de la seguridad jurídica, este

⁶ Derecho Penal Fundamental. Juan Fernández Carrasquilla pág 106, Tomo II. E. Temis. Bogotá 1.989.

principio evoluciona hacia el terreno mucho más sustancial y consistente de la prohibición del doble castigo a un mismo sujeto por idénticos hechos respondiendo a idéntico planteamiento normativo”.⁷

Se constitucionalizó en el artículo 29 de la Carta al consagrarse un principio genérico que bien puede corresponder tanto a la garantía de la cosa juzgada, como al del non bis in idem, porque la expresión gramatical da lugar a que dentro de tal concepto queden incluidos los dos principios. La norma constitucional establece el derecho ciudadano:

“..... A NO SER JUZGADO DOS VECES POR EL MISMO HECHO”..

De todas maneras creemos que la expresión gramatical se acerca más al concepto del non bis in idem que al de la cosa juzgada, porque la prohibición del doble juzgamiento comprende la posibilidad de los procesos paralelos y también el nuevo juzgamiento cuando existe uno anterior terminado por decisión firme; es por ello que cuando la expresión constitucional en análisis alude a la prohibición del doble juzgamiento comprende lo que debe entenderse por non bis in idem, (simultáneo, o el consecutivo a una decisión ejecutoriada, pero que igualmente comprende los aspectos del derecho penal material que impiden la doble consideración de un mismo elemento para deducir del mismo un concurso, o un elemento del tipo y de una circunstancia de agravación o de la punibilidad).-

Se trata de dos principios muy similares que tienen solo algunas aristas que los separan, y podríase llegar a afirmar que el concepto en estudio tiene un marco de aplicación mucho más amplio que el de la cosa juzgada. Se puede aseverar que el principio del non bis in idem es el género, mientras que la cosa juzgada es la especie, - a pesar de que el non bis in idem, en su orígenes se extrae del concepto de la cosa juzgada -, porque es evidente que el primero tiene un mayor marco de cobertura que el segundo, puesto que sirve como argumento para evitar un doble juzgamiento simultáneo, pero al mismo tiempo puede ser opuesto a una nueva pretensión de procesamiento cuando existe decisión con la fuerza de la cosa juzgada. E igualmente como ya se anticipó es garantía fundamental en el derecho penal material para impedir que el juzgador en un momento determinado considerase dos veces un mismo hecho, o varias veces un mismo elemento del hecho, para hacer más gravosa la situación del procesado.

⁷ El principio non bis in idem. Joan J. Queralt. pág 9 E. Tecnos Madrid. 1.992

No ha existido fortuna por parte del legislador colombiano para precisar los dos conceptos que por similares que sean, son diversos, porque si bien es cierto que la expresión constitucional los abarca a ambos, lo cierto es que en pasadas legislaciones solo había establecido el concepto de la cosa juzgada tanto en el Código Penal, como en el procesal; hoy en las actuales codificaciones, con mejor técnica legislativa se contempla ambas fenómenos en el código penal con la denominación: “Prohibición de doble incriminación” (art. 8),⁸ mientras que en el código procesal se hace mención solo al fenómeno de la cosa juzgada (art. 21),⁹ institución que por ser menos rica en su contenido descriptivo no alcanza a comprender el concepto que ahora se analiza. Para que se pueda pensar en cosa juzgada, de manera necesaria se tiene que partir de una decisión ejecutoriada que haya resuelto el fondo del asunto; es por ello que en la norma procesal antes citada se inicia en su definición haciendo referencia a una decisión firme:

“ La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante.”

Velázquez V. en referencia a esta dificultad conceptual ha dicho:

“ Es tal la trascendencia dada por el codificador a este apotegma, que lo ha regulado tanto en la codificación substantiva como en la procesal, aunque en ambos casos confunde la causa con el efecto, la consecuencia (el non bis in idem) con la norma general. En virtud de este postulado, la sentencia o providencia de fondo debe tener los caracteres de definitividad e inmutabilidad (C. P. art. 8), lo cual significa que la decisión debe encontrarse debidamente ejecutoriada, esto

⁸ ART. 8º—Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

⁹ ART. 21.—Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia. Los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales en la legislación nacional, serán procesados y juzgados en Colombia, aplicando el artículo 15 del Código Penal.

es, no debe ser susceptible de impugnación por vía de recurso alguno o que habiéndose interpuesto este, haya sido decidido a tiempo”.¹⁰

El error conceptual de nuestro legislador es mayúsculo porque es claro que en el código penal ha debido incluirse como norma rectora el principio del *non bis in idem*, mientras que en el proceso penal ha debido insertarse el principio de la cosa juzgada y el del *non bis in idem* para impedir el doble procesamiento simultáneo; pero esta equivocada concepción significa que los aspectos del derecho penal material que impiden la consideración de un mismo elemento en varias ocasiones para hacer más gravosa la situación del sindicado no cabe dentro del limitado concepto de la cosa juzgada que se contempla en el artículo 21 del C. de P. P.-

Afortunadamente el concepto aparece en la norma constitucional comentada y de allí se proyecta su existencia para evitar verdaderas barbaridades jurídicas que surgirían de las erróneas concepciones insertadas en los artículos antes comentados.-

Ramón García Albero en referencia al doble contenido del concepto del *non bis in idem* (material y procesal), sostuvo:

“ En una primera concreción, suele señalarse que el *non bis in idem* tiene una vertiente sustantiva y otra procesal. Desde el punto de vista material, el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. Desde la perspectiva procesal, el “ *non bis in idem* “ determina la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento del hecho sobre el que ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre. Ya la primera subdistinción en el ámbito operativo del Principio, muestra una especificación tanto de sus presupuestos como de las consecuencias jurídicas que, admitida por el momento a modo de hipótesis, no resulta coincidente. En el caso del “ *non bis in idem* material “, el presupuesto estaría constituido por la identidad de la infracción y la consecuencia, por la sanción de contenido punitivo.

El “ *non bis in idem* procesal “ tomaría por contra como presupuesto, no el “ crimen “, sino el “ *factum* “, y como consecuencia a evitar,

¹⁰ Derecho Penal. Parte General. Fernando Velázquez Velázquez. pág 248. E. Temis. Bogotá. 1.994

cabalmente, el propio proceso. Ello no es sino la manifestación del alto nivel de generalidad del enunciado normativo en que consiste el principio, que determina la imposibilidad de ser aplicado sin añadir premisas normativas adicionales. En rigor estas premisas - que afectan como ya es obvio al presupuesto y a las consecuencias del principio - son irreducibles desde el propio “non bis in idem”, y requieren ser fijadas analizando la bondad de las mismas para explicar satisfactoriamente las distintas instituciones en las que se manifiesta”.¹¹

Se ha venido afirmando que el concepto en estudio es de una mayor cobertura descriptiva, puesto que la cosa juzgada solo alude a la pretensión de un nuevo juzgamiento, frente a una decisión ejecutoriada sobre los mismos hechos; mientras que el non bis in idem comprende igualmente la anterior hipótesis, pero además la posibilidad del doble procesamiento simultáneo, o las eventualidades del derecho penal material, al tenerse en cuenta dos veces un mismo elemento del delito, de la penalidad, o de sus circunstancias para hacer más gravosa la situación del procesado.

Es por lo anterior, por lo que afirmamos que la expresión gramatical de la Carta: “**no ser juzgado dos veces por el mismo hecho**”, es más cercana al concepto del non bis in idem, que al de la cosa juzgada, porque tal como aparece es comprensiva de la hipótesis de quien ya ha sido juzgado por decisión firme y al mismo tiempo de las otras opciones cobijadas por la institución que estudiamos, relacionadas con el doble procesamiento simultáneo y las posibilidades que surgen del derecho penal material.

Peca entonces nuestro ordenamiento penal al incluir solo el concepto de la cosa juzgada, porque quedan por fuera las otras eventualidades que se han estado mencionando, que si están perfectamente comprendidas dentro de la expresión gramatical utilizada por el constituyente, porque gracias a su generalidad y abstracción, cubre íntegramente todas las hipótesis comprendidas por las dos figuras que se han venido mencionando.

Solo en el anteproyecto del que finalmente fuera código procesal de 1.987 se intentó precisar y definir los dos conceptos, aunque con poca fortuna,

¹¹ Non bis in idem. Material y Concurso de leyes penales. Ramón García Albero. pág 24. Cedec Editorial S. L. Barcelona 1.995

porque creemos que se repitió en dos ocasiones el concepto de la cosa juzgada, sin llegarse a la idea verdadera de lo que es el *non bis in idem*.¹²

Es importante proceder a determinar cuales son las razones de naturaleza política, filosófica, o axiológica que justifican en el ámbito constitucional la prohibición de un doble procesamiento o la imposibilidad de tener en cuenta varias veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado.-

Entre las razones mas cotidianamente acordadas por la doctrina para justificar la existencia de ésta prohibición se encuentran las siguientes:

- a).- El principio de legalidad;
- b).- La limitación del poder punitivo del Estado;
- c).- El principio de proporcionalidad.-

a).- La inclusión del principio del *non bis in idem* en el artículo 29 constitucional, evidentemente se encuentra estrechamente vinculado con el principio de legalidad porque es evidente que al considerarse valorativamente dos veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado, se vulnera el proceso de adecuación típica y por ende el principio de tipicidad, porque éste solo admite la consideración unitaria de una conducta referida al hecho que ha de adecuarse a la descripción legal de la acción digna de reproche penal, porque es claro que el proceso de adecuación típica, derivado del principio de legalidad solo admite que una conducta se adapte a un solo tipo penal y cuando un elemento del tipo, de sus circunstancias, o un hecho fácticamente considerado dan lugar a que se consideren valorativamente dos veces para hacer más gravosa la punibilidad

¹² Art 20. Anteproyecto Código de Procedimiento Penal 1.986. *Non bis in idem*. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada proferida por juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le de una denominación distinta.

Art 21. Cosa juzgada. La persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada, o por autor que tenga la misma fuerza vinculante, tendrá derecho a que dicha situación no sea puesta en duda, ni sometida a nuevo juicio, excepto lo previsto para el recurso extraordinario de revisión.

Salvo en los casos taxativamente previstos en el Código Penal, tampoco podrá hacerse nuevo juzgamiento en Colombia cuando la sentencia haya sido proferida por juez extranjero.

o para patrocinar un doble procesamiento, se desconoce el principio de la tipicidad y por ende se viola el principio de legalidad; y lo segundo, porque es evidente que el Estado y el Derecho como creaciones del hombre, que los ha concebido para su propio servicio y beneficio, no pueden vulnerar, menoscabar, ni desconocer la dignidad del hombre, porque siempre los intereses, expectativas e ilusiones de éste estarán por encima de los intereses del Estado, que solo puede ser entendido como un ente instrumental destinado a crear las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas para que el hombre pueda vivir en paz, dignidad, libertad y en tales condiciones poder desarrollar libremente su personalidad.

Fiel a éstos principios, es que la doctrina universal del derecho penal solo ha admitido la posibilidad de dos figuras concursales, el real o material y el ideal y ha planteado la imposibilidad jurídica del concurso aparente de tipos, que supone la posible adecuación simultánea de una conducta fácticamente considerada en varios tipos penales, razón por la cual se han dado una serie de soluciones para remediar esta hipótesis imposible de un plural proceso de adecuación típica que se desenlaza por la aplicación de los principios de la especialidad, consunción, y subsidiariedad.

b).- Dentro de tales concepciones es claro que el poder punitivo del Estado está perfectamente limitado y siempre encontrará en su ejercicio una valla inexpugnable que es la indescionocible dignidad del hombre: su creador; es por esta filosofía humanística del Estado y del Derecho que la capacidad punitiva está perfectamente limitada y es así como no puede imponer la pena capital¹³; ni podrá legalizar la desaparición forzada, ni los tratos crueles, inhumanos ni degradantes¹⁴; no podrá vulnerar la intimidad de los ciudadanos, ni la privacidad de su correspondencia¹⁵; no podrá consagrarse

¹³ Art. 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.-

¹⁴ Art. 12.- Nadie será sometido a desaparición forzada, a tortura, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.-

¹⁵ Art. 15.- Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.-

la esclavitud, ni la servidumbre¹⁶; no puede el Estado privar de la libertad a los ciudadanos, ni violar su domicilio, sino mediante orden judicial escrita, por motivo previamente definido en la ley y con el lleno de las formalidades legales; de la misma manera que no se puede consagrar la prisión por deudas, ni crear penas o medidas de seguridad imprescriptibles¹⁷; no se puede concebir persecución penal sino por motivos previamente definidos en la ley, se debe investigar y juzgar con el respeto a las formalidades propias del debido proceso, no se pueden utilizar pruebas ilícitas y es imposible patrocinar un doble procesamiento¹⁸; nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes¹⁹; no podrán consagrarse las penas de destierro, prisión perpetua, ni confiscación.²⁰

¹⁶ Art. 17. Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

¹⁷ Art. 28 Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.-

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

¹⁸ Art. 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 le 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

¹⁹ Art. 33.- Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

²⁰ Art. 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

El doble procesamiento, o la doble valoración de un mismo hecho, de un elemento del tipo o de sus circunstancias claramente desborda ese poder punitivo del Estado, vulnera el principio de legalidad e infringe el concepto de un Estado social y democrático de derecho al quebrantarse el principio constitucional del debido proceso.-

Como lo afirma uno de los autores citados en precedencia la inexistencia de ésta prohibición daría lugar a que el Estado pudiera patrocinar una persecución indefinida, frente la cual el ciudadano no tendría ninguna posibilidad de defensa excepto el asilo ofrecido por el sepulcro.

Además debe recordarse que el procesamiento solo es posible en relación:

“..... **AL ACTO QUE SE LE IMPUTA**.....”,

descripción gramatical utilizada por el constituyente que evidentemente descarta que por un solo hecho o acto surgiera una pluralidad de imputaciones.-

c).- El principio de proporcionalidad, deviene lógico del de igualdad, que supone un similar tratamiento legislativo para todos los ciudadanos y de la misma manera, un igual trato de parte de los funcionarios del Estado, que lleva de manera necesaria a que la persecución del Estado se justifique por la realización de un hecho que quebrante la ley penal, pero nunca el doble procesamiento por una misma conducta, que evidentemente desborda el poder persecutorio del Estado y vulnera el principio de proporcionalidad.-

En este sentido García Albero ha sostenido:

“ Desde esta perspectiva, podría considerarse que la imposición de varias sanciones al mismo ilícito supone un sacrificio de derecho ni exigible ni necesario para los fines de tutela perseguidos, y por ello resulta desproporcionada. Ahora bien, ello presupone que efectivamente ambas sanciones están indicadas para el mismo ilícito, esto es, que existe un efectivo concurso de normas sancionadoras y no un mero conflicto. Porque si efectivamente se trata de un conflicto y por ello sólo cabe aplicar la sanción de la norma que mejor aprehende lo antijurídico del hecho, es obvio que para esa concreta infracción el Ordenamiento ha querido una sola sanción, pese a la “ apariencia “ de una pluralidad de conminaciones. Pues bien, en la delimita-

ción entre el efectivo concurso de normas sancionadoras y el mero conflicto, parece que la proporcionalidad por sí sola no puede jugar papel alguno, sino que tal tarea ha de realizarse con criterios lógicos y teológicos que desvelen el solapamiento desvalorativo de ambos preceptos. Una vez afirmado y resuelto el conflicto, la vulneración del principio de legalidad antecede a la propia lesión del principio de proporcionalidad.²¹

Debemos reconocer como una realidad la ausencia de un claro concepto normativo del *non bis in idem*, porque que como ya se dijo a nivel constitucional aparece una idea genérica comprensiva de las dos instituciones, pero a nivel puramente legal solo aparece consagrado el principio de la cosa juzgada. En tales condiciones es imprescindible que intentemos dar un concepto que contemple los aspectos procesales y del derecho penal material del principio del *non bis in idem*, aceptando desde ya las naturales limitaciones que tiene toda definición, el concepto jurídico-político estudiado debe entenderse como:

El principio constitucional del non bis in idem, como uno de los elementos integradores del concepto del debido proceso, garantiza a todos los ciudadanos la imposibilidad de un doble juzgamiento, bien en el caso de existencia de una decisión ejecutoriada, o en el de un doble procesamiento simultáneo; pero igualmente le garantiza que no se tome en cuenta dos veces un mismo hecho, elemento, o circunstancia, como parte integrante del tipo, de la antijuridicidad, de la culpabilidad, o de sus circunstancias; o la doble desvaloración de ese mismo hecho para concluir en la existencia de un concurso delictivo; o una misma circunstancia punitiva para hacer un doble aumento en la penalidad.

El principio del *non bis in idem* debe mirarse desde una triple perspectiva, de un lado las implicaciones que tiene en el derecho penal material; su incidencia en el procedimiento penal; y finalmente sus efectos en el derecho punitivo.

a).- En el derecho penal material el *non bis in idem* significa que no se puede tomar un mismo hecho en varias ocasiones para hacer más gravosa

²¹ Non bis in idem . Material y concurso de leyes penales. Ramón García Albero pág 91 Cedecs Editorial. Barcelona 1995.-

la situación del imputado y dentro de tal perspectiva es importante destacar que no importa que la denominación jurídica que se de al mismo sea diversa, pues basta como se dijo, que se trate de un mismo hecho para que la doble persecución sea imposible. Esto implica que una vez se le haya imputado a un ciudadano la posible autoría de un hecho típico, no es permisible que en el mismo, o en otro proceso, se le pudiera formalizar una nueva imputación fundamentada en el mismo hecho materialmente considerado que sirve o sirvió de base a la anterior imputación.

La eventualidad anterior se puede ejemplificar con el siguiente caso: una persona sindicada de un delito de tentativa de homicidio en perjuicio de un ciudadano, es igualmente denunciada por el delito de lesiones personales en perjuicio de la misma persona. Es claro que en este caso un mismo hecho, haber afectado la integridad física de la víctima -, con dos denominaciones jurídicas diversas, sirve de fundamento para una doble imputación penal.

La posible vulneración del principio que es motivo de estudio puede presentarse igualmente no en relación con la figura típica sino respecto a las circunstancias modales, temporales o de lugar que pudieran ser consideradas como de agravación punitiva. Es decir que una misma circunstancia sea tenida en cuenta dos veces, logrando hacer más gravosa la situación del procesado.

Se daría la eventualidad anterior cuando en un delito de homicidio, se califica o agrava por la situación de indefensión de la víctima²² y luego en el momento de dictar sentencia se incrementa la punibilidad por la circunstancia de agravación genérica de haberse aprovechado de la indefensión del sujeto pasivo de la infracción.²³

²² Art 324. Modificado por la ley 40 de 1.993, art 30. Circunstancias de agravación punitiva. La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere :

1).....

7) Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esta situación.

8).....

²³ Art. 66. Agravación punitiva. Son circunstancias que agravan la pena siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1).....

5) Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido

15).....

De la misma manera se presentaría una clara transgresión del principio analizado cuando un mismo elemento del tipo, es doblemente considerado para efectos de imputar la existencia de un concurso delictivo, situación que se daría en el evento de que una persona en su calidad de servidor público acepte dinero o promesa remuneratoria por la realización de un acto propio de sus funciones, que daría lugar a la tipificación del delito de cohecho propio, pero podría darse la situación de que ese elemento subjetivo del tipo, propósito de aprovechamiento, se considerara doblemente para hacerse una simultánea imputación por un concurso heterogéneo de cohecho propio;²⁴ e interés indebido en la celebración de contratos.²⁵

En similares circunstancias se violaría el principio en estudio cuando el objetivo buscado por el sujeto activo del delito fuese tenido en cuenta doblemente para concluir en la consumación de dos delitos que podrían ser el hurto y la receptación, cuando después de perfeccionado el primero, se vende el objeto obtenido por apoderamiento ilícito.

Similar hipótesis surge para el procesado por narcotráfico, que luego es enjuiciado por lavado de activos, cuando trata de legalizar las ganancias obtenidas ilícitamente.

En las hipótesis precedentes el propósito de lucro o de aprovechamiento impulsa la realización de las dos conductas delictivas iniciales - hurto y narcotráfico -, sin que para los efectos importe que ese elemento subjetivo que es el motor de la conducta haga parte del tipo (en el hurto) o no, (en el narcotráfico); porque es una realidad que el propósito de lucro o de aprovechamiento delictivo son constitutivos de una sola conducta o hecho y ese elemento subjetivo o intencional existe en la realidad como propulsor de la conducta.

²⁴ ART. 405.—Cohecho propio. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

²⁵ ART. 409.—Interés indebido en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Igualmente la vulneración del principio motivo de estudio puede darse de manera concreta en el ámbito del derecho punitivo, cuando se tiene en cuenta una misma circunstancia para hacer una doble agravación punitiva al procesado.

b).- La vulneración del *non bis in idem* se produce igualmente cuando se adelantan dos procesos contra una misma persona por los mismos hechos, sin importar que se les de una diversa calificación jurídica.

Es en este caso particular donde surge con precisión la diferencia entre la figura que estudiamos y la cosa juzgada, porque en aquella, puede ser esgrimida en el curso de los procesos penales, mientras que ésta para poderse alegar en favor de un ciudadano requiere de manera necesaria la existencia de una decisión ejecutoriada y que sobre los mismos hechos que fueron motivo de juzgamiento se pretenda la iniciación de un nuevo proceso penal.

No sobra advertir que en nuestro sistema procesal los únicos fallos que producen los efectos de cosa juzgada son las sentencias y las decisiones de preclusión o cesación, bien sea dictadas por medio de resolución o de auto.²⁶

Se produce una doble consideración de un mismo hecho, cuando el mismo es objeto de juzgamiento en dos diversos procesos penales, tanto cuando el hecho se toma en toda su integridad, o cuando se adopta parcialmente por considerarse doblemente uno de sus elementos.

²¹ Art. 36. Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento. En cualquier momento de la investigación en que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrado una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el fiscal declarará extinguida la acción penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.”

Art 439. Modificado por el artículo 58 de la ley 81 de 1.993 Formas de calificación. El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción.”

Art 443. Preclusión de la investigación. Se decretará la preclusión de la instrucción en los mismos eventos previstos para dictar cesación de procedimiento. “

Es la hipótesis del enriquecimiento ilícito de particulares y de los delitos contra el patrimonio económico en los que es evidente que existe un elemento de los diversos tipos que es común a todos ellos y que por tanto, no podría dar lugar a un doble procesamiento por enriquecimiento ilícito de particulares y un delito contra la propiedad.

Efectivamente, en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, ese acrecimiento patrimonial puede ser en beneficio propio o de un tercero. Dice así exactamente la figura típica en la parte pertinente:

“...obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado.....”;

Mientras que en los delitos contra el patrimonio económico, como sucede con el hurto, el apoderamiento debe ser en provecho propio o de un tercero, al igual que sucede con el abuso de confianza, donde se repite el mismo elemento subjetivo del tipo. En el hurto este elemento del tipo se destaca así:

“..... con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.....”;

Y en el abuso de confianza así:

“ El que se apropie en provecho suyo o de un tercero.....”

Como tendremos la oportunidad de demostrarlo mas adelante, al considerarse ese elemento subjetivo del tipo para efectos de estructurar el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, no podría ser considerado por segunda ocasión para efectos de pretender la tipificación del delito de hurto o de abuso de confianza, porque al presentarse tal identidad, estamos en presencia del mismo hecho, que de no respetarse vendría a constituir una doble valoración de un mismo elemento dos veces y consecuentemente la violación del principio constitucional del *non bis in idem*, y lógicamente el de la cosa juzgada, cuando el primer hecho fue objeto de una sentencia debidamente ejecutoriada.

Los elementos básicos que integran el concepto de *non bis in idem*, son:
a).- una doble imputación y b).- cuando surge de unos mismos hechos.

La primera eventualidad se da cuando se intenta la apertura de un nue-

vo proceso penal, cuando ya existe una decisión definitiva sobre los mismos hechos, por tanto cobijada con la fuerza de la cosa juzgada, o cuando simultáneamente se intenta un doble procesamiento sobre unos mismos hechos.-

En este sentido Fernando de la Rúa afirma:

“ En conclusión, la prohibición de nuevo proceso se refiere tanto al caso de un proceso anterior agotado por sentencia (en cuyo caso habría lugar a la excepción de cosa juzgada para evitar el doble pronunciamiento sobre el fondo) como al de que exista una causa ya abierta por el mismo hecho, desenvolviéndose en ella una persecución penal idéntica a la que se quiere intentar, cualquiera sea su estado (esto haría procedente, a su vez, la excepción de litis pendentia.”²⁷

El segundo elemento es el de la identidad del hecho, que significa que el procesamiento se refiera al mismo hecho y ello debe ser así porque *in idem* significa sobre lo mismo, desde la perspectiva material, sin tener en cuenta la calificación jurídica que se le pudiera dar, porque lo que se prohíbe es:

“ la doble persecución por un mismo acontecimiento del mundo externo, por una misma conducta material. Es decir, por un mismo hecho, perfilado exclusivamente en su concreción histórica e independientemente de las diversas valoraciones jurídicas que sobre el mismo objeto fáctico puedan hacerse”.²⁸

Claría Olmedo en referencia a este aspecto afirma:

“ Es la proyección objetiva. Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a sus significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo; lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuosidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa o consumación.”²⁹

²⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Fernando de la Rúa, Tomo XX pág 326. Ob. Cit.

²⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Fernando de la Rúa, pág 327, Tomo XX. Ob. Cit.

²⁹ Derecho Procesal Penal. Jorge A. Claría.....Tomo I pág 67 Ob. Cit.

Lo anterior es lógico, porque si la exigencia del principio fuera sobre una misma calificación jurídica, el ciudadano quedaría inerte ante la posibilidad de plurales persecuciones, porque siendo el derecho fundamentalmente criteriológico, siempre sería posible, que un nuevo funcionario le diera una calificación jurídica diversa al hecho que ya había sido objeto de una distinta calificación jurídica, porque siempre será posible en el ámbito del derecho que, quien procesado o absuelto por tentativa de homicidio, podría serlo posteriormente por lesiones personales o por porte de armas.

La determinación de la identidad del hecho puede conseguirse con la utilización de los mismos elementos que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para concluir en qué casos existe cosa juzgada y que pueden igualmente ser analizados para la determinación del principio del *non bis in idem*.

Esos elementos son: a).- la identidad de la persona (*eadem personae*); b).- la identidad del objeto (*eadem re*); y c).- la identidad de la causa o de la pretensión (*eadem causa petendi*).

“ a).- La identidad de la persona, significa que la misma persona que fue juzgada mediante sentencia definitiva, o que estando procesada, lo sea nuevamente en otro proceso y ello significa que el imputado en los dos procesos sea el mismo ciudadano.”

“ Como debe tratarse de la misma persona física, se aplican los principios de la identidad personal e identificación del imputado. No importa tanto el nombre - que es sólo uno de los elementos de identificación - como el hombre, es decir, la persona física, el sujeto efectivo de la persecución originaria y de la consecuente.

“ El principio de *non bis in idem* no tiene efecto extensivo. Se agota individualmente. No vale, en consecuencia, para el coimputado. Ni el sobreseimiento ni la sentencia absolutoria a favor de un imputado pueden ser invocados por un coimputado ausente contra quien se inicia proceso por la misma causa, sea en igual sumario o en uno diverso. Éste no puede oponer ni la declaración de inexistencia del hecho, ni aun la declaración de su no autoría o participación, contenidas en una resolución dictada en un proceso en el cual no fue parte.

Esas resoluciones “ no poseen fuerza vinculatoria para los procesos posteriores.”³⁰

El procesalista argentino Claría Olmedo al respecto sostiene:

“ Solo se protege a la misma persona que está siendo perseguida, o cuya persecución concluyó ya por sobreseimiento, absolución o condena firme. Quedan excluidos los posibles partícipes aun no perseguidos, y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: desestimación, archivo, etc.”³¹

b).- La identidad de objeto, esto es, el hecho fenomenológicamente considerado que supone la infracción de una norma penal, es el hecho objetivo constitutivo de la conducta, son los elementos fácticos de la acción que origina la imputación penal y consecuentemente el proceso.+

Para efectos de concluir en la existencia de una identidad puramente fáctica y no jurídica:

“ La confrontación tiene que hacerse entre los dos supuestos de hecho mirados en su materia-lidad y no en su significación jurídica”- como lo ha sostenido Ricardo C. Nuñez.

Y es por ello que De la Rúa afirma:

“ La prohibición funcional con respecto a la acción humana imputada al sujeto, sin que sea necesario que coincidan las valoraciones en derecho de esa acción atribuida. En consecuencia, un mismo hecho no puede generar más de un proceso, aunque se lo encuadre en calificaciones jurídicas diversas. El substractum de la garantía es fáctico y tiene carácter objetivo. Ella actúa frente a la reiteración de una persecución penal por un mismo acontecimiento histórico, aunque varíen los títulos delictivos o difieran los grados delictuosos de la calificación.”³²

Todas las diversas valoraciones jurídicas que se pudieren hacer sobre la conducta no modifican el substractum objetivo para efectos de establecer

³⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, Fernando de la Rúa pág 327 Tomo XX Ob. Cit.

³¹ Derecho Procesal Penal. Jorge A. Claríapág 67 Tomo I Ob. Cit.

³² Enciclopedia Jurídica Omeba, Fernando de la Rúa pág 328 Tomo XX Ob. Cit.

la existencia de identidad; es por ello que si surgen variantes sobre el mismo hecho, respecto al grado de participación, si se trata de un delito consumado o simplemente tentado, si es un delito simple o uno calificado, son variantes que no modifican la identidad física de la conducta, que siendo la misma impide la posibilidad de un nuevo procesamiento.³³

c).- La identidad de causa, significa que es el ejercicio de la acción penal originada en un hecho y contra una persona que ya fueron motivo de una decisión de fondo, o que de manera simultánea ha originado varios procesos, sin que importe como ya se ha dicho con anterioridad que las calificaciones jurídicas que se dieran a tal hecho pudieran ser diversas.

Claría Olmedo refiriéndose al tema dice:

“ Es el elemento causal que pone en juego el agotamiento o no agotamiento de la preten-sión deducida. Es cuestión del poder de acción ejercitado, que de nuevo se intenta ejercitar con idéntico objeto o imputado. El principio regirá si el caso está pendiente o ha sido decidido pudiendo agotarlo en cuanto al fondo. Si el proceso feneció sin ésta decisión por no estar el tribunal en condiciones de pronunciarse legítimamente, el principio no regirá: incompetencia, archivo por impedimento u otra cuestión dilatoria, paralización por irregularidades, etc.”³⁴

Si se tratare de un procesamiento simultáneo por un mismo hecho bastará que se presente la constancia respectiva expedida por uno de los funcionarios que adelanta uno de los procesos, para que se tome la determinación de unir las actuaciones para que se continúe con un solo proceso.

³³ Art 9 C. P. Cosa juzgada. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta.

Art 15 C. de P. P. Cosa juzgada. La persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a un nuevo proceso por el mismo hecho, aunque a éste se le dé una denominación distinta.

Los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales en la legislación nacional, serán procesados y juzgados en Colombia, aplicando el artículo 15 del Código Penal.

³⁴ Derecho Procesal Penal Jorge A. Claría.....pág 68 Tomo I Ob. Cit.

Si se trata de la existencia de la cosa juzgada por existir una decisión firme que resuelve sobre el fondo del asunto, bastará que se lleve copia de tal decisión ante el funcionario que adelanta el segundo proceso, para que con la evidencia de tal hecho decrete la respectiva preclusión del proceso.

Si se llegare a presentar la difícil eventualidad que los varios procesamientos hubieren llegado a decisión de fondo, en aquel donde la providencia no se encuentre en firme, será susceptible de ser atacada en el recurso extraordinario de casación por la causal primera,³⁵ primer inciso, que prevé la circunstancia de ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, en este caso, los artículos 8 del C. P. y 21 del C. de P. P.

Si aun se llegare a presentar la casi imposible hipótesis de que las varias decisiones se encuentren ejecutoriadas, los fallos producidos con posterioridad al primero serán atacables por la acción extraordinaria de revisión en virtud de la causal 2 del artículo 192 del C. de P. P.³⁶

Son múltiples las acepciones que el vocablo “ hecho “ puede tener en el idioma y por ello la importancia de entender su cabal significado tal como fue utilizado por el constituyente. Dentro de las muchas significados que el Diccionario de la Lengua da sobre esta palabra la que nos interesa es la que aparece en el numeral 11 que dice: “ cosa que sucede. ”

Don Joaquín Escriche en referencia a una de las muchas acepciones del vocablo nos dice:

“ La palabra hecho, considerada como sinónimo de acción, cosa hecha, es simple o compuesta.

³⁵ Art 220 Causales. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1) Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

.....
³⁶ ART. 192.—Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

.....
 2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

6).....”

“ Es simple, cuando expresa un acto puramente material, desnudo de toda calificación moral. Si se dice, por ejemplo, que Pablo entró en su casa, que abrazó a sus hijos, que tomó un libro y que luego volvió a salir, se expresan cuatro hechos que todos son simples.

“ El hecho es compuesto, cuando contiene la materialidad del acto, y la calificación que este acto debe tener en sus relaciones con la moral o con la ley. Así, cuando se dice que Pablo ha robado un caballo, se enuncia un hecho compuesto porque la palabra robo expresa al mismo tiempo, un hecho material de apoderamiento y sustracción, y una intención culpable de despojar al poseedor de la cosa robada, infringiendo el derecho de propiedad.”³⁷

Por su parte Cabanellas en un aparte sobre la extensa disertación que sobre “ hecho “ tiene nos dice:

“ El hecho tiende a interpretarse como expresión material de la conducta humana, plasmada en algo visible, aunque no siempre perdurable, como al proferir injuria o al aceptar verbalmente una propuesta.

“ La universalidad de lo jurídico lleva a que escasos hechos no penetren en la esfera del Derecho; aún cuando aquéllos y éste tiendan a contraponerse en lo conceptual, pese a su alianza en la vida y en la ley. Puede así comprobarse desde los hechos más simples y reiterados: el levantarse y el acostarse, regulados en la mayoría por sus trabajos y otros deberes; las comidas, fruto de los ingresos obtenidos y que representan innumerables actos de producción y de adquisición lucrativas; las expansiones afectivas, que inician o consuman el matrimonio o que conducen a expresiones antijurídicas y hasta delictivas, como el adulterio y la violación.”³⁸

Ferrater Mora en su Diccionario de Filosofía nos dice al respecto:

“ Se dice de algo que es un hecho cuando está ya efectivamente hecho (*factum*), cuando está ya cumplido y no puede negarse su

³⁷ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Joaquín Escriche pág 762 Garnier Hermanos, Libreros Editores. París. Sin año de edición.

³⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas pág 243. E. He-
liasta. Buenos Aires 1.996

realidad (o su haber sido real).

.....
“ Para algunos autores, el hecho es el resultado de un hacer: el hecho factum es el resultado de la cosa llevada a cabo, res gesta; el hecho es, además, el principio de lo verdadero, de tal modo que *verum ipsum factum*. ”³⁹

Es claro que el vocablo fue utilizado por el constituyente con las significaciones que se han dado con anterioridad; pero como la expresión gramatical se dirige es al hombre en su relación con el derecho penal, de manera necesaria al utilizarse la palabra hecho, se hace con referencia a la conducta humana en cuanto puede ser trascendente, por haber sido la causa de un hecho fenoménico para convertir al ciudadano en sujeto pasivo del proceso penal.

Si el vocablo hecho ha de referirse es la conducta humana en su infinita variedad, igualmente se ha de considerar que debe tomársele como un objeto de prueba, puesto que bien se sabe que lo que no está probado en el proceso no existe en el mundo de lo jurídico; dentro de este entendimiento se ha dicho:

“ que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en este término todo lo que puede probarse para fines procesales.

“ En este sentido jurídico se entiende por hechos : a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d)

³⁹ Diccionario de Filosofía. José Ferrater Mora, pág 1570 Tomo II. E. Ariel, Barcelona 1.994.

la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc. ; e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consenti-miento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces corresponderían al primer grupo.

“ ”

“ Los estados o hechos síquicos o internos del hombre, no tienen materialidad en sí mismos, aun cuando se reflejan externamente en síntomas y efectos, más o menos perceptibles. Pero no es posible negarles una entidad propia, y como el derecho objetivo material los contempla como presupuesto de efectos jurídicos, es indispensable su prueba en muchos procesos. No se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva. Así, el estado mental o síquico de una persona, su aptitud para entender y tomar decisiones conscientes, es un hecho real que influye en la validez de actos o contratos, lo mismo que en la responsabilidad penal.”⁴⁰

Florian en sentido similar afirma:

“ Ante todo, pueden ser objeto de prueba los hechos, en sentido propio, esto es, los acontecimientos y los estados de la vida individual y colectiva, en su acepción más amplia.

“ Pueden probarse hechos o actos humanos individuales o sociales, estados de ánimo de los particulares o de la colectividad, condiciones mentales de los individuos en especial o de grupos de individuos, etc.

“ En efecto, los hechos que se han de probar son hechos externos (o físicos) y hechos internos (síquicos). En cuanto a los primeros puede decirse que la investigación judicial de la verdad de hecho es muy afín a la investigación histórica, pues fuera de la diversidad de medida de la una y de la otra, ambas quedan comprendidas dentro de

⁴⁰ Compendio de Derecho Procesal, Hernando Devis Echandía. pág 40, Tomo II. Editorial ABC Bogotá 1.975

un mismo sistema de criterios y de métodos. Además, los hechos históricos o cada uno de los episodios de los hechos históricos pueden llegar a ser objeto de investigación judicial, como lo han demostrado recientes experiencias.

“ Los hechos síquicos se subdividen en autosíquicos, es decir, propios de la persona que observó y que declara, y en hechos síquicos ajenos. Objeto de prueba pueden ser también los hechos síquicos propios del observador (sicología subjetiva, auto observación, introspección); pero en cuanto se manifiestan al juez, se convierten en objeto de su percepción, esto es, de percepción de hechos síquicos ajenos. El acusado y el testigo pueden narrar su propio estado de alma, el origen sicológico de ciertas impresiones, percepciones y sentimientos; pero esta hipótesis se verifica más propiamente en la indagación que realiza el perito, ya que es bien sabido que la contemplación de la propia vida síquica de parte del observador puede suministrar precioso material para comprender la vida síquica ajena y para interpretar los fenómenos síquicos de los demás.”⁴¹

Los conceptos y opiniones precedentes nos obligan a concluir que la expresión del constituyente al establecer el principio del non bis in idem como el derecho ciudadano:

“ a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho ”,

es restringir el poder represivo del Estado, en cuanto a que las conductas que ya hayan sido objeto de juzgamiento por medio de sentencia firme, las que estén siendo objeto de juzgamiento, o que las conductas, aspectos o circunstancias de las mismas, que hayan sido tenidas en cuenta para tipificar una conducta delictiva o para hacer más gravosa la punibilidad no podrían dar lugar a nuevos procesamientos; o no podrían ser reiterativamente tenidas en cuenta para agravar las situación del procesado deduciéndosele concursos delictivos, circunstancias de agravación genéricas o específicas o elementos de mayor punibilidad con base a hechos o circunstancias ya tenidos en cuenta con anterioridad.

Ese hecho se refiere fundamentalmente a la conducta y es claro que desde la perspectiva penal, no solo es la objetivamente realizada, sino que hace

⁴¹ De las pruebas penales. Eugenio Florian. pág 101. Tomo I, E. Temis Bogotá 1.976

referencia a la conducta subjetiva, esto es la expresión de la intención o ausencia de la misma en la ejecución de la conducta, a los motivos que impulsan el actuar criminal, bien como indicativo de la culpabilidad, o bien como elementos subjetivos del tipo.

Dentro de tales presupuestos el hecho, como tal desde que haga parte de la conducta objeto de juzgamiento no importa que constituya un elemento del tipo, porque como ya se dijo, lo trascendente es que sea la conducta, o parte de ella, que es objeto de la imputación penal y como tal no puede ser valorada doblemente para hacer más grave la situación del procesado.

En las condiciones precedentes cuando la conducta delictiva se realiza con propósito de lucro es claro que tiene que producir un enriquecimiento y en tales condiciones ese crecimiento patrimonial no es una nueva conducta, sino la consecuencia de la que es motivo de juzgamiento.

En tales circunstancias para efectos de explicar la voluntad constitucional es indiferente que ese propósito de aprovechamiento haga o no parte del tipo, porque el sujeto activo del hurto, del de enriquecimiento ilícito, al igual que el del aborto, cuando este se realiza con finalidades de lucro, producen de igual manera un enriquecimiento; que convierte en imposible que se pueda formular una doble imputación por el delito causa (hurto, aborto) con el delito efecto (enriquecimiento) porque ello significaría la transgresión del principio constitucional del *non bis in idem*.

Algunas de las pocas excepciones al *non bis in idem* aparecen expresamente consagradas en la ley penal, en cuanto se le confiere valor a la sentencia extranjera (art. 17 C. P.)⁴² pero se exceptúa el caso de los delitos

⁴² ART. 17—Sentencia extranjera. La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales.

No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 15 y 16, numerales 1° y 2°

La pena o parte de ella que el condenado hubiere cumplido en virtud de tales sentencias se descontará de la que se impusiere de acuerdo con la ley colombiana, si ambas son de igual naturaleza y si no, se harán las conversiones pertinentes, comparando las legislaciones correspondientes y observando los postulados orientadores de la tasación de la pena contemplados en este código.

cometidos a bordo de naves o aeronaves de bandera nacional,⁴³ y cuando fueron actos ilícitos cometidos por personas que estén al servicio del Estado colombiano en el exterior.⁴⁴

⁴³ART. 15.—Territorialidad por extensión. La ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible a bordo de nave o aeronave del Estado que se encuentre fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en los tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia.

Se aplicará igualmente al que cometa la conducta a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional, que se halle en altamar, cuando no se hubiere iniciado la acción penal en el exterior.

⁴⁴ART. 16.—Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará:

1. A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el artículo 323 del presente código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

En todo caso se tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere estado privada de su libertad.

2. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero.

3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1°, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

5. Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1°, 2° y 3°, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años (2) y no hubiere sido juzgado en el exterior. En este caso sólo se procederá por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:

- a) Que se halle en territorio colombiano;
- b) Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) años;
- c) Que no se trate de delito político, y
- d) Que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano.

Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal.

En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querrela o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior.

No constituye una vulneración al principio del non bis in ídem cuando se presenta una nueva conducta, independiente de la primera que fue motivo de procesamiento, porque si es un hecho nuevo, es claro que como tal constituye una infracción a la ley penal que debe dar origen a un nuevo proceso penal.

Esta última hipótesis que es objeto de análisis aparece prevista en nuestra codificación penal en relación con la inasistencia familiar, porque es claro que si una persona es juzgada por una omisión en el cumplimiento de sus deberes alimentarios y luego de pagar la pena impuesta nuevamente los inobserva, es evidente que se está en presencia de una nueva conducta, completamente independiente de la primera y que por tanto amerita un nuevo procesamiento sin que por tal circunstancia pudiera alegarse violación de este constitucional principio.⁴⁵

También se ha considerado como una verdadera excepción al principio en estudio, el denominado concurso formal o ideal de delitos⁴⁶ porque en ésta previsión legislativa la conducta realizada por el sujeto activo es una sola, pero como con ella se vulneran varios bienes jurídicos objeto de protección penal, en tales circunstancias, ha estimado la doctrina y la jurisprudencia que se presenta una infracción de varias disposiciones a la ley penal. El caso clásico es la del padre que abusa sexualmente de su hija menor, caso en el cual la conducta es una sola, el acceso carnal, pero con la misma se vulnera la autodeterminación sexual de la menor (libertad sexual) y al mismo tiempo se incurre en una relación incestuosa que vulnera el derecho a la familia que también es objeto de protección penal.

⁴⁵ ART. 235.—Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.

⁴⁶ ART. 31.—Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PAR.—En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Finalmente constituye una excepción al principio del *non bis in idem* las diversas causales de revisión, pues es claro que cuando la acción extraordinaria prospera, como consecuencia de la misma, la intangibilidad de la cosa juzgada desaparece, y se ordena un nuevo procesamiento que debe ser adelantado y decidido por funcionarios diferentes de los que intervinieron en el primero, que viene a constituirse en una verdadera excepción al principio en estudio, porque como consecuencia de la prosperidad de la acción extraordinaria se presenta un doble juzgamiento por los mismos hechos.

En relación con éste punto, debe recordarse que en la comisión redactora del código de 1987 se aceptó la propuesta del jurista Hernando Londoño Jiménez, para que las sentencias absolutorias obtenidas por medios ilícitos fueran susceptibles de ser revisadas (véanse las causales 4 y 5 del artículo 192 citado previamente), pero hoy debe observarse con reserva tal concepción, porque es una realidad que tales hipótesis no pueden ser viables, porque expresamente están prohibidos por una ley de mayor jerarquía, la 16 de 1972, - integrante del bloque de constitucionalidad que surge del artículo 93 constitucional,⁴⁷ por medio de la cual se adoptó la Convención

⁴⁷ ART. 235.—Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.

ART. 31.—Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PAR.—En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO NATURALEZA IMPERATIVA DEL IUS COGENS

“ El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudiniarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son

Americana de Derechos Humanos, porque en dicho Tratado se prohíbe de manera genérica la posibilidad de un nuevo procesamiento a quien ha sido absuelto por sentencia firme.

parte integrante del *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contra y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.

DERECHO INTERNACIONAL SU IMPERATIVIDAD.

“La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

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

PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

“El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores. Sent. 18 de mayo 1995.- Véase C-423\95, C-578\95, C-135\96, C-040\97, C-358\97, C-467\97, C-191\98

Si se tiene en cuenta el contenido del artículo 93 constitucional, es evidente la primacía valorativa de la norma sobre derechos humanos sobre la ley codificadora procesal.⁴⁸

La reincidencia vendría a constituirse en otra excepción al principio del *non bis in ídem*, existente en vigencia del código de 1.936⁴⁹ y si bien es cierto que su institucionalización desapareció con la vigencia del código de 1.980,⁵⁰ es preocupante que sea precisamente la Carta Política que reviva tan nefasta institución puesto que alude a lo que debe entenderse como antecedentes judiciales y contravencionales en el artículo 248⁵¹

Creemos de todas maneras que si se reglamentase legislativamente el principio constitucional antes mencionado, la misma no podría ser para deducir agravantes punitivos como consecuencia de la existencia de la reincidencia, porque entonces se estaría desconociendo el principio constitucional en estudio.

⁴⁸ Art. 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

⁴⁹ Art 34. El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito.

⁵⁰ Conviene anotar que la tradicional institución de la reincidencia se suprimió del proyecto porque a través de ella se consagraba una aberrante forma de responsabilidad objetiva, ya que la pena para el reincidente se impone, no en virtud de los criterios señalados en el artículo 61, sino para castigar un delito anterior que ya había sido sancionado. La experiencia ha demostrado que la reincidencia, rezago del más burdo peligrosismo, no ha tenido eficacia alguna como medida de rehabilitación social del condenado”

Relación explicativa. Proyecto de Código Penal Colombiano. Nuevo Código Penal. pág 49. Edición oficial. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 1.980

⁵¹ Art 248. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

Aquí la vulneración del *non bis in ídem* es clara porque cuando una persona ha sido condenada por un delito y posteriormente es nuevamente juzgada por otro, al incrementársele la pena por la reincidencia (haber sido condenado delictivamente con anterioridad) se le está reiterando el castigo por un hecho delictivo que ya fue objeto de sanción. El aumento punitivo que se le hace, al sumarlo a la pena que le corresponde por el nuevo delito cometido, viene a convertirse en una reiteración del primer castigo, puesto que ese aumento se le impone por haber cometido ese delito en el pasado y es claro que si por ese delito ya fue castigado, no podría serlo nuevamente.

Constituye una excepción al principio del *non bis in ídem* porque es claro que cuando se incrementa la punibilidad como consecuencia de la reincidencia, se está nuevamente sancionando por un delito que ya fue objeto de sanción cuando se lo condenó en el primer procesamiento.

De la misma manera que el legislador nacional, los legisladores continental y universal no han corrido con mejor suerte, cuando han legislado sobre esta problemática teórica del derecho penal y del proceso penal, porque la verdad es que tanto el Tratado Internacional de los Derechos Humanos (Ley 74 de 1.968)⁵² como la Convención Americana de los Derechos Humanos (Ley 16 de 1.972)⁵³ se limitan a consagrar el principio de la cosa juzgada, pero no aluden al principio que es objeto de estudio.

Creemos que ello obedece a las confusiones conceptuales existentes en relación con el *non bis in ídem*, porque los que más se acercan a su esencia lo identifican con la cosa juzgada, con la que tiene elementos comunes, pero como ya se ha visto, aspectos que claramente los diferencian.

Lo anterior es verdaderamente lamentable, porque quedan excluidas de protección todas aquellas hipótesis relacionadas con el derecho penal material y al no existir esta restricción al poder punitivo del Estado, permiten la posibilidad de que se tenga en cuenta un mismo elemento para efectos de concluir en la tipificación de varios delitos con ese elemento común, que se considere un mismo elemento o circunstancia como parte del tipo,

⁵² Ley 74 de 1.968. Art 14.7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

⁵³ Ley 16 de 1.972. Art 8.4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

pero al mismo tiempo de una circunstancia de agravación; o que se tenga en cuenta un mismo hecho como elemento calificador del delito y simultáneamente como agravación punitiva genérica; o finalmente que por diversas motivaciones en la metodología de la tasación punitiva se pudieran hacer varias agravaciones punitivas sucesivas a cuenta de un mismo elemento de agravación como ha sucedido en el pasado.

El poder represivo del Estado debe no solamente limitarse en sus aspectos estrictamente procesales, sino que de la misma manera debe restringirse en las áreas antes mencionadas, porque de no procederse en esta forma, el derecho penal material puede llegar a utilizarse como un odioso instrumento de persecución, puesto que por medio de las diversas hipótesis estudiadas puede hacerse mucho más gravosa la situación del procesado, incrementándose de manera arbitraria e injusta la penalidad que legalmente se pudiera merecer.

En el principio constitucional que se estudia queda comprendida la prohibición de una doble valoración de un idéntico elemento del tipo o de sus circunstancias y de la plural utilización de factores relevantes para la pena.

Lo anterior implica al decir de García Albero:

“ que el principio non bis in idem material comportaría, ya en abstracto, la imposibilidad de que un mismo hecho punible pueda resultar simultáneamente objeto de previsión por parte de más de una norma jurídica.

“ Esta tesis resulta, como vimos, inadmisibile. Cosa bien diversa es que, abandonando el terreno de la abstracción, una conducta concreta que integra el supuesto de hecho de varios preceptos, sea calificada con arreglo a un sólo de ellos porque éste reúne ya en sí todos los puntos de vista desvalorativos presentes en los tipos en abstracto concurrentes. De suerte que su aplicación despoja a la conducta de su aptitud para soportar ulteriores desvalorizaciones. Es sólo la aplicación del precepto prevalente la que explica el desplazamiento. En otros términos: el principio non bis in idem material operaría en el momento de la constitución de varios delitos, impidiendo que las cualidades de una acción que se corresponden con los elementos de un tipo de delito, puedan ser utilizadas para colmar los elementos de

otro tipo delictivo cuando la valoración de uno de ellas está contenida en la del otro.”⁵⁴

Pero el *non bis in ídem* material comprende igualmente la imposibilidad de que un mismo hecho sea valorado doblemente, cuando la acción fácticamente considerada ha sido realizado en una sola ocasión. García Albero al respecto sostiene:

“ Desde la perspectiva de una sola norma penal considerada, el principio del *non bis in ídem* podría concretarse de la siguiente forma: “ Nadie puede ser castigado varias veces por el mismo hecho punible, en virtud de una misma ley penal. En verdad esta proposición jurídica puede entenderse también como una concreción del principio *non bis in ídem*, referida al Derecho Penal material.

“

“ En efecto, la concreción del *non bis in ídem* propuesta significa cabalmente que la consecuencia jurídica de una norma no puede ser aplicada varias veces cuando su presupuesto ha sido realizado una sola vez.”⁵⁵

Finalmente es la imposibilidad de tener en cuenta un mismo factor como determinante de la pena para hacer una doble imposición punitiva. En este sentido García dice:

“ Si queremos aprehender en una definición global, la diversa incidencia del principio en éste ámbito, podemos señalar que en su virtud queda excluida la posibilidad de valorar de modo plural, y siempre que las valoraciones se orienten en la misma dirección, un mismo factor determinante tanto del “ *quod* “ como del “ *quantum* “ concreto de pena.

“ La amplitud de esta definición tiene una doble pretensión. Por un lado, captar toda la posible incidencia del principio, que no se limita solamente, como ahora veremos, a la mera prohibición de emplear en la determinación de la pena, ni como agravantes ni atenuantes,

⁵⁴ *Non bis in ídem* material y concurso de leyes penales, Ramón García Albero. pág 228 Cedes Editorial Barcelona 1.995

⁵⁵ *Non bis in ídem*, material y..... Ramón García.....pág 230 Ob. Cit.

los elementos del tipo penal que han sido tenidos ya en cuenta en la creación del marco penal por el legislador.”⁵⁶

Es importante precisar si la vulneración del principio constitucional en estudio se produce, cuando el hecho o elemento doblemente considerado hace parte de la estructura típica del delito o si ello no es menester, e igualmente se produce su violación, cuando el hecho fácticamente considerado es doblemente valorado.

Si se asumiera la primera postura, es decir que el elemento doblemente considerado debe hacer parte del tipo penal, se estaría distorsionando la expresión constitucional, que no hace alusión a ningún elemento normativo y menos aun a la estructura típica; pero de todas maneras la posición nos servirá para demostrar la incoherencia y falta de lógica de nuestra legislación, porque nos parece que es indispensable hacer un análisis de la expresión constitucional, para determinar si la vulneración del principio exige que el hecho aparezca normativamente consagrado o simplemente basta que haga parte de la conducta fácticamente considerada, objeto del juzgamiento.

Pero si se interpreta el texto constitucional del artículo 29 al establecer el derecho:

“ A NO SER JUZGADO DOS VECES POR EL MISMO HECHO ”,

podríamos llegar a concluir que lo que se encuentra prohibido es la doble valoración de un hecho fácticamente considerado, sin que sea indispensable que el mismo haga parte de la figura típica o de sus circunstancias, sino que solo es indispensable que haga parte de la conducta que es objeto de imputación, para que el principio de la Carta se entienda vulnerado.

Y a esta conclusión se ha de llegar de manera lógica porque la expresión “ hecho “ utilizada por el constituyente de manera necesaria nos saca del ámbito de lo jurídico y nos ubica en el mundo de lo estrictamente fenomenológico o fáctico. De allí que hayamos de concluir que la prohibición es la de una doble valoración punitiva de un elemento fáctico de la conducta para efectos de hacer más gravosa la situación del procesado.

⁵⁶ No bis in idem material y..... Ramón Garcíapág 239 Ob. Cit.

Esta hipótesis es la que se podría dar en algunos casos de enriquecimiento ilícito frente al delito que lo genera. Ya se había considerado el caso inmediatamente anterior que se da cuando se pone a concursar indebidamente un hecho delictivo que tiene entre sus elementos típicos un elemento subjetivo, en este caso particular el propósito de provecho económico o lucro (delitos contra el patrimonio económico) y ese mismo elemento como integrador del delito de enriquecimiento ilícito, en éste caso el propósito de tener incremento patrimonial no justificado.

Pero la segunda hipótesis, ya no de la doble concurrencia de un elemento típico, sino de la doble consideración de un elemento de la conducta fácticamente considerada que se daría cuando el hecho delictivo que genera el enriquecimiento ilícito, no tiene entre sus elementos típicos nada relacionado con el provecho económico o el lucro, como sería el caso del abortador profesional, o el de narcotraficante, - figuras delictivas que como es apenas obvio no hacen ninguna alusión a aspectos relacionados con el lucro, ni al propósito de provecho - pero que nadie puede desconocer que estos individuos los ejecutan con una finalidad eminentemente económica.

Si en este caso se hacen concursar el aborto, o el narcotráfico - delitos generadores del crecimiento patrimonial injustificado - con el enriquecimiento ilícito, - efecto o consecuencia de la actividad abortadora o del narcotráfico, realizadas con propósito de lucro - es claro que un mismo elemento de la conducta fácticamente considerada se estaría considerado en dos ocasiones para hacer más gravosa la situación del procesado y consecuentemente violándose el principio constitucional en estudio.

Ya de manera concreta en relación con el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y los delitos de hurto o abuso de confianza, podríase contraargumentar que entre el hurto, el abuso de confianza y el enriquecimiento ilícito de particulares no existen elementos típicos comunes, porque el elemento subjetivo del hurto y del abuso de confianza es “..... obtener provecho para sí o para otro.....”, mientras que en el delito de enriquecimiento ilícito es la obtención para sí o para otro de un “....incremento patrimonial no justificado”; pero evidentemente el argumento en sentido contrario no es válido, porque pese a utilizarse expresiones gramaticales diversas se está haciendo alusión a un mismo elemento de la conducta, porque es indudable que se obtiene ese provecho patrimonial porque existió el propósito de provecho y existiendo tal elemento subjetivo como

orientador de la conducta en el hurto y en el abuso de confianza finalmente se podrá conseguir un enriquecimiento ilícito.

Podríase llegar a pensar que para que pueda entenderse vulnerado el non bis in ídem, es preciso que la doble valoración de un mismo elemento lo sea de la figura típica, bien porque hace parte al mismo tiempo del tipo penal propiamente dicho, de una de sus formas agravadas, o ser tenido en cuenta doblemente para efectos de concretar la existencia de un concurso.-

El primer evento se da cuando se agrava el hurto por haberse realizado con la participación de varias personas⁵⁷ y en el momento de hacerse la tasación punitiva, se incrementase la pena por haberse actuado en complicidad con otra persona.⁵⁸

En este caso el comportamiento de haber actuado en complicidad es doblemente considerado como circunstancia específica del hurto agravado y como circunstancia genérica de agravación punitiva.

La segunda hipótesis se puede dar cuando el elemento repetido en su consideración, es tenido en cuenta para configurar una doble imputación como podría suceder en el caso de un concurso, que podría darse cuando se tiene en cuenta la utilización de las armas para tipificar el delito de rebelión⁵⁹ y ese mismo elemento sirva para estimar consumado el delito de porte de armas.⁶⁰ Es claro que aquí el porte de armas se considera o valora doblemente para tipificar el delito de rebelión y el de porte de armas.

⁵⁷ ART. 241.—Circunstancias de agravación punitiva. La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad si la conducta se cometiere:

10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.

11).....”

⁵⁸ ART. 58.—Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

10. Obrar en coparticipación criminal.

⁵⁹ ART. 467.—Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁶⁰ ART. 365.—Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

En relación con la imposible concurrencia de los delitos de rebelión y el de porte de armas la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“Claro está que la anterior precisión sobre la conexidad, no tiene la virtud de desdibujar hipótesis delictivas como la de la rebelión (art. 125 del C. P.), en cuanto algunos de los tipos penales contemplados en el denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia, constituyen figuras de menor rango que pueden hacer parte estructural del tipo penal de rebelión, como es el caso del artículo 13 que sanciona la “ fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional “, esto porque quien realice tal actividad dentro del ámbito delictivo de la rebelión, esto es, “ los que mediante empleo de las armas (Subraya la Sala) pretenden derrocar al Gobierno Nacional, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años “ , (125) , no se les podrá imputar la particular hipótesis delictiva del artículo 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, sino que deben ser procesados por el delito de rebelión, cuya competencia se mantiene en la justicia ordinaria en cabeza de los Jueces Superiores.

“ A tal conclusión arriba la Sala guiada por los principios básicos del derecho penal, así, predicar lo contrario implicaría la aceptación de la existencia de un concurso efectivo de tipos penales entre las hipótesis delictivas de la rebelión (125) y el artículo 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, lo cual contendría clara violación al principio universal del non bis in idem. Se trata entonces de un aparente concurso de normas que obtiene plena resolución en el principio de la consunción, - lex consumens derogat legis consumptae – esto es, entre la posibilidad de aplicar dos tipos penales que se contienen entre sí, se impone la aplicación del aquél que implica una mayor relevancia jurídica y riqueza descriptiva, sobre aquél de menor jerarquía. - Sent. 11 Octubre de 1988. M. P. Rodolfo Mantilla Jacome.- (Los apartes destacados no son del texto).

Igualmente se daría la misma situación cuando teniendo en cuenta el elemento subjetivo del tipo, del ánimo de provecho, se tuviera en cuenta doblemente para predicar por ejemplo la existencia de un concurso entre los delitos de cohecho impropio e interés ilícito en la celebración de contratos.

Precisados teóricamente los elementos y características de la cosa juzgada, ha de concluirse que por haberse producido este fenómeno procesal en caso sub judice, el Tribunal del Atlántico ha debido abstenerse de conocer de la petición incoada y al haberlo hecho indebidamente, esta Corporación debe abstenerse por falta de competencia de conocer del recurso interpuesto.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el ejercicio de las funciones que le otorga la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - ABSTENERSE de conocer el recurso interpuesto, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. **Artículo Segundo** - Una vez en firme la presente decisión devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

Bogotá, Julio veintiocho (28) del año dos mil quince (2015)

**SALA PLENA SESIÓN No. 1282 DEL VEINTIOCHO (28)
DE JULIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)**

REF: Proceso No. 846 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander

Contra: Médicos de la clinica urgencias la samaritana los patios

Denunciante: Señor A.M.A.P.

Asunto: recurso de apelacion en contra de providencia preclutoria
(Primer archivo. Antes: Inhibitoria)

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 65-2015.

VISTOS

El Tribunal Seccional del Norte de Santander resolvió, el 14 de abril de 2015, no abrir investigación formal en contra de los Médicos de la Clínica Urgencias La Samaritana Los Patios, por no encontrar meritos para iniciar investigación formal, con base exclusiva en la lectura de la historia clínica de la paciente L.C.A.L., representada por su esposo, el señor A.M.A.P.

El quejoso interpuso ACCION DE TUTELA contra el Tribunal de primera instancia con el fin de buscar le sean concedidos los recursos de reposición y apelación en contra de la decisión del juez acquo.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta amparó el Derecho Fundamental al Debido Proceso del denunciante y ordenó al Tribunal Seccional conceder dichos recursos. Acatando entonces la decisión del juez de Tutela, el Tribunal analizó el recurso de reposición despachándolo de manera negativa para el quejoso y concedió la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica el 23 de junio de 2015.

Esta superioridad recibió el expediente el 3 de julio de 2015 y mediante sorteo al azar, correspondió el negocio jurídico al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 1 de junio de 2010, el señor A.M.A.P., identificado con cédula de ciudadanía número ... de ..., presentó queja ante el Instituto Departamental de Salud del Norte de Santander, en relación con la atención médica brindada a su esposa, la señora L.C.A.L., de 25 años, identificada con cédula de ciudadanía número de ..., quien fue hospitalizada el 23 de mayo de 2010 en la institución URGENCIAS LA SAMARITANA de Los Patios, con el objeto de someterse a la cirugía denominada Pomeroy (ligadura de trompas de Falopio como método de control natal), la cual fue efectuada el Lunes 24 de mayo de 2010, siendo dada de alta el mismo día de la operación. El médico a cargo fue el ginecólogo J.V.C.

Ese mismo día y los tres siguientes tuvo que ser llevada de urgencias a la misma institución donde fue intervenida, por cuadro clínico abdominal el cual, luego de las múltiples consultas de urgencias, hizo tomar la decisión de ser remitida al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, en donde el viernes 28 de mayo fue intervenida para drenaje de peritonitis de origen urinario, secundaria a ruptura de la vejiga, lo cual ocurrió en el acto operatorio.

Los especialistas de la última intervención fueron los cirujanos A.B. y R.M.. El anestesiólogo el doctor C..

El Instituto Departamental de Salud inició proceso de investigación en el presente caso, con auto de apertura de junio 2 de 2010. Asimismo, se encuentra a folios 17 recto y 20, auto fechado junio 2 de 2010, en donde se ordena la practica de unas pruebas.

Posteriormente se encuentra a folios 73 a 75, un concepto de Auditoria firmado por los doctores J.C.Z. y A.E.C., auditores médicos de la Oficina de Vigilancia y Control del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, en donde se encuentran presuntas fallas de tipo administrativo y médico en la atención de esta paciente.

Se anota además que en el folio 75 del cuaderno principal, fechado 30 de mayo de 2011, se encuentra el concepto firmado por estos auditores médicos, en donde expresan que debe trasladarse la queja ante el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander.

Esta queja fue enviada al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander el día 18 de septiembre de 2013, es decir, tres años y cuatro meses después de instaurada ante el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Y dos años y medio después de haber sido recomendado su envío ante el Tribunal Seccional de Ética Médica por dicho Instituto. El Tribunal Seccional envió el oficio 263 de septiembre 20 de 2013 (folio 85) al quejoso, acusando recibo de la queja presentada y advirtiéndole que: “las diligencias se encuentran en secretaría para ser repartidas en el momento procesal oportuno”.

Curiosamente, en los folios 86 a 88, con fecha Marzo 31 de 2015, es decir año y medio después del acto procesal consignado en el párrafo anterior, se halla lo que denomina ese tribunal como “Informe de conclusiones”, de tres paginas, en donde reconoce de manera expresa que lo único que se hizo fue una revisión de historia clínica de este caso y en donde el “investigador” doctor C.S. expresa (Folio 87, párrafo 6):

“6. Durante el acto quirúrgico de Pomeroy se puede presentar evento adverso como en este caso de ruptura accidental de la vejiga. No es un acto deliberado o malintencionado por parte del médico, sino un incidente que aunque prevenible se puede llegar a presentar, por tal motivo en el consentimiento informado la paciente firma después de satisfacer todas sus dudas sobre complicaciones del acto quirúrgico”

Y concluye en el folio 88:

“Una vez analizados los sucesos y los documentos anexos, no se encuentra transgresión al código de ética médica”.

Luego, en los folios 89 a 94 del expediente, se encuentra una “providencia” firmada por la sala plena del tribunal seccional, en donde transcribe este “Informe de Conclusiones” y además efectúa una serie de elucubraciones que incluyen:

- “...en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:.....”
- “...hubo preocupación por la atención y la salud de la paciente...”
- “...no fue desatendida ni abandonada...”
- “...sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atención...”
- “...los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el médico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teórico...”

Frente a esta “perla científico jurídica”, el quejoso interpuso acción de tutela ante el Juez de Circuito de reparto de Cúcuta, debido a la negativa a conceder los recursos ante semejante decisión.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso y ordenó al tribunal de primera instancia conceder los recursos de reposición y apelación respectivos en el actual proceso (folios 115 a 122)

El Tribunal Seccional de Ética médica de Norte de Santander concedió dichos recursos. Analizó la reposición, negando la revocatoria de la decisión ético disciplinaria y concedió la apelación. Para tales efectos, remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para su resolución.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- IRREGULARIDADES PROCESALES EN EL PRESENTE CASO

Esta superioridad se permite resumir las irregularidades presentadas en la siguiente forma

A- El Tribunal Seccional efectuó lo que denomina “Investigación”, teniendo en cuenta solamente lo consignado en la historia clínica.

Recordemos lo que se expresó en párrafos anteriores así:

Curiosamente, en los folios 86 a 88, con fecha Marzo 31 de 2015, es decir año y medio después del acto procesal consignado en el párrafo anterior,

se halla lo que denomina ese tribunal como “Informe de conclusiones”, de tres paginas, en donde reconoce de manera tácita que lo único que se hizo fue una revisión de historia clínica de este caso y en donde el “investigador” doctor C.S. expresa (Folio 87, párrafo 6):

“6. Durante el acto quirúrgico de Pomeroy se puede presentar evento adverso como en este caso de ruptura accidental de la vejiga. No es un acto deliberado o malintencionado por parte del médico, sino un incidente que aunque prevenible se puede llegar a presentar, por tal motivo en el consentimiento informado la paciente firma después de satisfacer todas sus dudas sobre complicaciones del acto quirúrgico”

Y concluye en el folio 88:

“Una vez analizados los sucesos y los documentos anexos, no se encuentra transgresión al código de ética médica”.

Luego, en los folios 89 a 94 del expediente, se encuentra una “providencia” firmada por la sala plena del tribunal seccional, en donde transcribe este “Informe de Conclusiones” y además efectúa una serie de elucubraciones que incluyen:

n “...en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:.....”

n “...hubo preocupación por la atención y la salud de la paciente...”

n “...no fue desatendida ni abandonada...”

n “...sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atención...”

n “...los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el médico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teórico...”

Ya nos referiremos en esta misma providencia a estos raciocinios

B- Los hechos ocurrieron el 23 de mayo de 2010. La Queja ante el servicio de salud tuvo efecto el 1 de junio de 2010.

Es decir, aquí se presentó una demora de un año

C- Deciden entonces enviar copias al tribunal seccional de ética médica el 30 de mayo de 2011.

Es decir, un año después de haber tomado la decisión de dicho envío. Otra demora de un año

D- Las copias se enviaron al tribunal seccional el 18 de septiembre de 2013.

Es decir, dos años después de haber tomado la decisión. Esto quiere decir que, entre el recibo de la queja y la decisión de envío de copias al tribunal ya había transcurrido un año de demoras injustificadas. Y entre dicha decisión y el envío real al tribunal, se presentó una demora adicional de otro año. Dos años en poder de cuál de las entidades estatales implicadas en el manejo del expediente?

E- Notifican al quejoso el 20 de septiembre de 2013, diciendo que será repartido a su “debido tiempo”

Si el siguiente acto procesal tiene lugar mas de un año después de esta notificación: qué es para el tribunal seccional el “debido tiempo”?

F- Investigan solamente con base en la historia clínica, sin ratificación de la queja, sin un solo testimonio, sin ningún elemento probatorio de la actuación médica

Desde cuando los tribunales de ética médica toman decisiones basadas en la apreciación subjetiva de alguien sin ingresar en un proceso jurídico? Esta es una clara violación del debido proceso y del derecho a la defensa de ambos extremos de la relación procesal

G- Deciden archivar luego de un “informe de conclusiones” efectuado en marzo de 2015.

Es decir año y medio después de una investigación superficial, en donde ni siquiera tienen ratificación de la queja, versión del médico investigado, interrogatorio de testigos de ambas partes, ni otra indagación probatorio de ningún tipo

H- Efectúan especulaciones respecto de la ocurrencia de los hechos, basados en la historia clínica y con interpretaciones apoyadas en supuestos, en planteamientos subjetivos, en actos médicos efectuados por profesionales

de los cuales no se conoce ni siquiera si son galenos graduados, y otros exabruptos por el estilo

También contrasta con lo expresado en la defectuosa providencia del ac-quo cuando dice:

“...los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el médico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teórico...”

I- Dan por sentado que los hechos descritos en los registros de la historia clínica son incontrovertibles, despreciando así la versión de los mismos por parte del denunciante, de la víctima y de las personas afectadas por las lesiones ocurridas en un acto quirúrgico de cuya participación ni siquiera se conoce la versión del cirujano o del anestesiólogo.

J- Asumen una posición de responsabilidad objetiva expresamente prohibida por nuestro sistema penal y disciplinario, faltando de nuevo a la ley.

K- Concluyen después de semejante actuación que el archivo no tiene ningún recurso

L- Los entutelan y les ordenan conceder reposición y apelación, con argumentos perfectamente válidos en favor del denunciante. Y al analizar la decisión de tutela no puede quedar otro camino que ir en apoyo del Juez que la emitió.

Con el anterior recuento, consideramos nuestra obligación compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, para que si lo considera conveniente, investigue las causas de injustificadas demoras en el presente proceso, que hoy entraría en el fenómeno procesal de la prescripción, por ineficiencia de varios funcionarios estatales.

II- SE RECIBE ADEMÁS, UN ESCRITO POR PARTE DEL PRESIDENTE DE ESE TRIBUNAL SECCIONAL, EN DONDE EXPONE LOS SIGUIENTES MOTIVOS Y CUESTIONAMIENTOS:

1- El archivo de las diligencias se viene cumpliendo de acuerdo a lo pautado por el Tribunal Nacional en sus decisiones

2- La no concesión de los recursos ha originado que las partes continúen interponiéndolos, inclusive a través de ordenes de tutela.

3- Esta posición jurisprudencial de la justicia ética médica ha sido glosada y puede originar conflictos que pueden comprometer la seguridad jurídica.

Ante esto podemos responder que:

1- Existen dos formas de archivo de las diligencias:

a- Una al termino de una investigación preliminar, cuando se decide que la conducta no existió, o que el acusado no la cometió, o que el señalado no es médico, etc. Esta se conocía anteriormente como decisión inhibitoria y hoy en día también se asimila a lo que se conoce como primera forma de archivo.

Pero estamos hablando de una verdadera investigación disciplinaria, es decir, un acto lleno de garantías de imparcialidad, neutralidad, conocimiento verdadero de los hechos, obtención de declaraciones, análisis de documentos, evaluación de la conducta médica y muchos otros.

Lo que ha hecho ese tribunal seccional no es otra cosa que una deficiente lectura de las anotaciones de la historia clínica, sin asumir una posición de real averiguación de las cosas, desconociendo así los derechos de los enfermos, los derechos de los quejosos y los derechos de los médicos implicados

Sus decisiones se han basado en la simple consideración de anotaciones de historias clínicas. Estas bases son insuficientes, defectuosas, sin fundamento jurídico, sin análisis justo y no se compadecen con la dignidad del cargo de investigadores y, muchísimo menos, de magistrados de un tribunal ético disciplinario.

De otro lado, la asesoría que ha recibido del abogado encargado de orientar los casos es científicamente inaceptable, éticamente lamentable y jurídicamente peligrosa.

Esto lo podemos expresar con conocimiento directo de las causas que nos han convencido de lo que aquí decimos.

Este primer acto de archivo SÍ es susceptible de recursos de reposición y apelación, particularmente si se tiene en cuenta la Ley que protege los derechos de las víctimas, que pueden convertirse en sujetos de actos injustos y absurdos como una investigación preliminar defectuosa, como en el caso que nos ocupa en esta decisión.

El Tribunal Nacional de Ética Médica recibe estos casos y los analiza, con el objetivo de tomar decisiones como la que aquí, precisamente, habrá de tomarse.

b- La otra forma de archivo de las diligencias es al terminar un investigación formal. Se conoce también como preclusión del proceso o segunda forma de archivo.

Los recursos en este caso no tienen sentido, pues por múltiples razones enunciadas en diversas sentencias de esta superioridad, se ha dicho que los actos calificatorios del proceso, como son la preclusión y su opuesto, el pliego de cargos, no son motivo de recursos por varias razones, entre otras la de evitar la prejudicialidad del acto de segunda instancia, que la obligaría a declararse impedida de volver a conocer del proceso si vuelve a llegar en sede de apelación nuevamente.

En conclusión, señalamos la confusión existente en ese tribunal seccional respecto de dos actos de archivo de las diligencias: uno después de investigación preliminar (correctamente efectuada), conocido anteriormente como decisión inhibitoria y el cual sí es apelable; y otro después de investigación formal, conocido como acto calificador, preclusión o segunda forma de archivo, el cual no es sujeto de recursos, particularmente de apelación.

2- Respecto de la obtención de los recursos a través de acciones de tutela, siempre hemos recomendado los siguientes procedimientos :

A- Cumplir primero que todo la orden del juez de tutela, por la naturaleza misma de esta acción, su urgencia jurídica y la posibilidad de ser sancionado en caso de no contestarse

B- Simultáneamente conceder el recurso ordenado de manera obligatoria, e impugnar la tutela con los argumentos que se encuentran ampliamente diseminados en nuestras jurisprudencias

C- Enviar un escrito ante la Procuraduría General de la Nación para que

investigue si la decisión de tutela está basada en ignorancia del juez que la ordene o en mala fe que oriente sus decisiones

D- Denunciar esta decisión ante el Consejo Superior de la Judicatura para que investigue la conducta del juez, con las mismas bases que se solicitan ante el ente anterior (Procuraduría).

Y desde nuestro punto de vista de ciudadanos, tendremos que aceptar que existen apelaciones que sí deben concederse en primera instancia y analizarse en sede Ad quem en la primera decisión de archivo del proceso, basados en los derechos de las víctimas, pues la consideración de los actos procesales por parte del superior inmediato será una garantía que evitará que se cometan errores e injusticias tan evidentes como las que acompañan este desafortunado proceso.

3- Respecto a la afirmación que expresa que: “Esta posición jurisprudencial de la justicia ética médica ha sido glosada y puede originar conflictos que pueden comprometer la seguridad jurídica”, solamente podemos responder que ocasionaría mas acciones glosatorias y, lo que es peor, acciones legales perjudiciales contra los operadores de la justicia disciplinaria ético médica, aquellas decisiones erradas como las que ha tomado en numerosas ocasiones ese tribunal seccional, muy seguramente por los errores conceptuales de tipo jurídico.

Para demostrar lo anterior, en el acápite que sigue a continuación mostramos algunos ejemplos de dichos errores.

Y no se trata de un error procesal simple: a esta mujer y a su esposo le fueron negadas todas las garantías procesales consagradas en la ley colombiana. No se les dio ninguna oportunidad de expresar su versión de los hechos, no se les permitió tratar de demostrar su dicho, no se les acogió en igualdad de condiciones para luchar en un proceso amparado por la Constitución Nacional, en fin, no se les ampararon esas garantías de un Estado Social de Derecho.

Nos preguntamos entonces de nuevo: Desde cuándo un proceso de cualquier índole se fundamenta en un solo documento probatorio?

Y este ha sido un procedimiento repetitivo en ese tribunal seccional, cuyas “investigaciones” se basan solamente en las notas de historia clínica, rompiendo todos los elementos de un proceso ético disciplinario, sea por mala

concepción intelectual de lo que representa el mismo; sea por pereza en ejercer las acciones procesales a las cuales se encuentra obligado; sea por ignorancia crasa de las obligaciones que corresponden a esa entidad como parte del sistema de “justicia disciplinaria ético médica”; sea por lamentable “asesoría jurídica”; sea por la razón que sea.....

Cómo se les ocurre afirmar que una investigación disciplinaria se encuentra fundamentada únicamente en esas notas de historia clínica?

En donde se encuentra la actividad procesal real que acompaña a un verdadero juzgamiento, como lo es el transcurso de un proceso de esta índole? Cómo basa su decisión en elucubraciones de pobre base científica y de paupérrima argumentación jurídica?

Cómo es posible que se juzgue y se tome una decisión tan delicada como condenar o absolver a un médico apoyados únicamente en hechos descritos en una historia clínica que, por otro lado, puede ser incluso falseada de manera dolosa por cualquier otra persona?

En respaldo de este último punto, mencionamos lo consignado en el folio 133 de este expediente, donde el quejoso expresa muy claramente: “...se puede evidenciar que dentro de la historia clínica...existen dos descripciones quirúrgicas...una con sello y otra sin sello, de la misma fecha y hora y sobre la misma intervención quirúrgica. Lo cual denota una incongruencia respecto a la verdad, donde las letras de diligenciamiento cambian, es decir son distintas”

Y el quejoso expresa en el folio 137 su insistencia sobre esta irregularidad procesal documental, que obliga a solicitar el concurso de la Fiscalía General de la Nación por la sospecha de los posibles delitos de falsedad documental y fraude procesal

Volviendo a estas exóticas actuaciones procesales, debemos preguntarnos si hemos vuelto a los tiempos de la Roma antigua que expresaba en sus fundamentos penales: *Res ipsi loquitur* (los hechos hablan por sí mismos)??? No se vislumbran elementos que obedezcan a la responsabilidad subjetiva a que obliga el ordenamiento en casos de procesos penales o disciplinarios, prohibiendo de manera radical la responsabilidad objetiva.

Como puede apreciarse, estos gravísimos errores procesales son inexplicables e inexcusables, como lo es el conjunto de actos jurídicos llevados a

cabo por ese tribunal seccional, al cual ya se le había advertido acerca de estos exabruptos que ponen en tela de juicio la imparcialidad y la razón intelectual de toda la denominada “justicia médica”

Ahora, si estos errores persisten en la forma en que lo han venido haciendo de manera repetitiva, o si por analizar y criticar estas actuaciones indebidas se presenta un problema de tipo administrativo que impida el normal funcionamiento de ese tribunal seccional, se deberá entonces pensar en trasladar los negocios jurídicos de tipo ético disciplinario médico a otro tribunal que asuma el conocimiento de los mismos. Los mas cercanos serian los de Santander, Arauca, Cesar y Bolívar.

La resolución de este tipo de planteamiento de problemas anticipados se encuentra en manos de este tribunal seccional.

III- LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION PRELIMINAR

Para justificar de manera académica nuestra posición respecto de la investigación preliminar en el proceso ético disciplinario médico, nos permitimos transcribir el excelente análisis de la Doctora Gladys León, doctora en Derecho y Bioética, Secretaria Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.

Dice la Doctora León:

“...Naturaleza de la Indagación Preliminar...”

No toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria. Si hay un autor conocido y existen motivos para investigar la posible comisión de una falta disciplinaria, lo procedente es abrir la correspondiente investigación y, dentro de la misma, practicar pruebas para lograr la determinación de todos los elementos necesarios para definir la responsabilidad disciplinaria. Si por el contrario, se tiene certeza de que el hecho no constituye falta disciplinaria o que la conducta no ha existido, que es atípica, o que la acción disciplinaria no puede iniciarse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad, el Tribunal debe abstenerse de abrir un proceso ético disciplinario mediante una decisión inhibitoria, ordenando el archivo de las diligencias porque no se encuentra mérito para abrir investigación. Pero habrá casos intermedios en los cuales procede la indagación preliminar.

La Indagación preliminar es un instrumento procesal muy útil en el proceso ético disciplinario que debe ser utilizado en los siguientes casos:

- a.- Con el fin de individualizar e identificar el autor de una posible falta disciplinaria.*
- b. Cuando exista duda sobre la procedencia de la apertura del proceso, por cuanto se requiere determinar, con antelación al auto de aceptación de la denuncia (Art. 75 ley 23 de 1981) si el hecho acusado existió, si es constitutivo de falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.*
- c. Así mismo se utiliza esta figura para determinar en caso de duda la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los Tribunales.*

No se trata de un requisito de procedibilidad y por lo tanto no es una etapa obligatoria del proceso.

*La Sentencia C-430/97 Corte Constitucional Expediente D-1596 con ponencia del Magistrado **Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL**, sobre la naturaleza de la indagación preliminar señala:*

La indagación preliminar disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor. Es decir que la indagación preliminar no hace parte de todos los procesos éticos disciplinarios y tiene objetivos claramente definidos.

La aplicación analógica de la indagación preliminar.

En congruencia con los principios generales del derecho la aplicación analógica procede cuando las normas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

La Ley 23 de 1981 no contempla expresamente esta figura procesal como si lo hacen el Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2002 en su artículo 150 y la Ley 911 de 2004 que regula los procesos deontológico disciplinarios, para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia en sus artículos 46 y 47.

Dispone la Ley 23 de 1981: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal. No obstante que en la Sentencia No. C-259/95 la Corte Constitucional estimó que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, “en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política y que al contrario, este precepto, conduce a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario”, al expedirse la Ley 906 de 2004, el panorama jurídico cambia totalmente y es el momento de determinar sobre el modo de aplicar la norma, en congruencia con el proceso descrito por la Ley 23 de 1981, por cuanto el proceso penal de tipo acusatorio que introduce esta ley con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, no es compatible en todas sus partes, con nuestro actual proceso; aunque es claro que la fase de indagación de investigación preliminar es compatible con nuestro procedimiento, desde el punto de vista de la finalidad buscada en el procedimiento penal, como es la comprobación de si los hechos denunciados y sus circunstancias revisten las características de un delito desde la perspectiva de la tipicidad objetiva de la conducta. Si procede la acción penal y la identificación e individualización de los autores o partícipes de la conducta investigada a partir del recaudo de elementos probatorios.

El termino de duración de la indagación preliminar.

La indagación preliminar no puede tener un término indefinido.

La Corte constitucional en Sentencia C-036/03 que declaró inexecutable el termino indefinido que se señalaba para la indagación preliminar regulada por el código Disciplinario único, cuando existía duda sobre la identificación o individualización por el autor presunto de una falta disciplinaria, preciso:

“la garantía constitucional del debido proceso exige que exista un término definido y preciso que ponga fin a la indagación preliminar y luego a la etapa de investigación disciplinaria”

En otras jurisprudencias constitucionales se ha establecido que la indefinición temporal de la actuación preliminar afectaba gravemente el derecho al debido proceso del indiciado.

De esta manera la investigación o indagación preliminar tiene un término definido y al vencimiento del mismo deberá dictarse auto inhibitorio, si no se han reunido los requisitos para iniciar el proceso ético disciplinario, o en caso contrario, auto de apertura de proceso.

Respecto de la duración de la indagación preliminar, en materia penal, se inicia con la noticia criminis recibida por la fiscalía y termina cuando este ente procede a formular imputación en presencia del juez de control de garantías, o se archivan las diligencias, o se solicita la preclusión de la investigación.

En un principio, la Ley 906 de 2004 no determino el plazo para que la Fiscalía adelantara la indagación preliminar; lo que llevo a la jurisprudencia constitucional a colegir que su límite temporal era el de la prescripción de la acción penal. Este problema culmina con la expedición de la Ley 1453 de 2011 que en el parágrafo de su artículo 49 reformo el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, en la parte que atañe al tema que nos ocupa así:

*“....**PARÁGRAFO.** La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”.*

En el código disciplinario único se establece que La indagación preliminar tiene una duración máxima de seis (6) meses, pero que cuando se trate de violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, podrá extenderse a otros seis meses.

Por su parte la Ley 911 de 2004 que regula el proceso deontológico disciplinario profesional de enfermería, señala en el Artículo 47 que la averiguación preliminar se realizará en el término máximo de dos (2) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación formal o resolución inhibitoria y que cuando no haya sido posible identificar al profesional de enfermería, autor de la presunta falta, la investigación preliminar continuará hasta que se obtenga dicha identidad, sin que supere el término de prescripción.

Derechos de imputado durante la indagación Preliminar.

Es un deber de los Tribunales garantizar el debido proceso y el derecho de defensa ciñendo sus actuaciones a la más rigurosa imparcialidad y cumplimiento de los principios que informan el arte de juzgar.

De esta manera no cabe la menor duda sobre la obligación de comunicarle, (una vez que se encuentre individualizado) al sujeto de investigación, la existencia de una indagación preliminar con el fin de que ejerza su derecho de defensa, pudiendo controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas dentro de las cuales se encuentra la versión libre que deberá ser recibida por el magistrado que adelanta la indagación preliminar. Bastante ilustrativas sobre el tema resultan las sentencias C-175/01 C-555/01 de la Corte Constitucional.

Tal y como lo planteaba el Dr. Edgar Saavedra Rojas en demanda conjunta de inconstitucionalidad sobre los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que dio origen a la sentencia C-025/09, el efectivo ejercicio del derecho de defensa “Puede activarse antes de que se adquiere la calidad de imputado, ya que desde una perspectiva interpretativa incluyente no puede existir una limitante temporal para la materialización del derecho a la defensa, como quiera que es una prerrogativa general y universal que surge a partir del momento mismo en que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso.”

Tal y como lo dijo la corte constitucional en la precitada sentencia refiriéndose al derecho a la defensa y a la Garantía del debido proceso

“La posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación”. ...”

Volviendo al caso presente, la indagación preliminar en este caso fue inexistente.

Cuales fueron los motivos de semejante error procesal? Los pobres análisis del tribunal seccional y sus erróneas conclusiones muestran que, en su criterio, basta la lectura de la historia clínica por parte de los magistrados y el abogado asesor para concluir que hubo o no hubo faltas a la ética y deontología profesionales médicas.

Tan simple raciocinio puede ser comparable a una decisión judicial de tipo penal que se basara exclusivamente en un informe de policía. Este puede ser la clave para definir un proceso y tomar una decisión, pero no sin antes haberlo confrontado con otras pruebas que demuestren o contradigan dicho reporte.

Si esta consideración tan primitiva por parte del juez acquo ético disciplinario médico de Norte de Santander fuera tomada en cuenta de manera general, entonces los tribunales de ética médica serían absolutamente redundantes. Y asimismo lo serían los jueces penales, civiles, administrativos y de cualquier otra índole.

Esta costumbre de esa entidad de fallar basada en las notas de historia clínica únicamente debe ser rechazada por completo. Es la nugatoria de todos los derechos individuales, tanto del demandado como del demandante. Constituye una clara muestra de negligencia judicial.

IV- EL FENOMENO DE LA PRESCRIPCION EN EL PRESENTE PROCESO

El proceso llegó a este tribunal nacional el 3 de julio de 2015, es decir, mes y medio después de haberse cumplido los cinco años del periodo de prescripción procesal para investigaciones disciplinarias.

Quedaría un sabor de amarga injusticia en el presente caso, no porque este-mos dando un criterio de inocencia o culpabilidad respecto de quienes par-ticiparon en el manejo de este caso, sino por las dilaciones injustificadas que se presentaron en diversas entidades del Estado, que obstaculizaron, entorpecieron y demoraron este proceso.

Y a esto también contribuyó el Tribunal Seccional de Ética Médica de Nor-te de Santander, quien no solamente incurrió en demoras adicionales, sino que de manera negligente y francamente opuesta al espíritu y la herme-néutica exegética de la Ley 23 de 1981, no se desempeñó con la diligencia y rigurosidad que el caso exigía y se apartó de la ley de manera flagrante, a través de una serie de análisis que esta superioridad rechaza de manera enérgica.

En sentencia numero 1764 del Tribunal seccional de Ética Médica de An-tioquia, con ponencia de este mismo magistrado (FGM) se expresó:

“...Llama la atención la demora, verdaderamente injustificada, de este proceso por espacio de casi cinco años en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, lo cual obedece a numerosos actos pro-cesales dilatorios por parte del acusado y sus defensores, así como a falta de celeridad y eficacia por parte de ese tribunal seccional.

Estas demoras o dilaciones encaminadas a buscar la prescripción de este proceso dejan un amargo sabor de falta de diligencia en el tribunal de primera instancia.

Se llama entonces la atención del juez acquo en este sentido, porque debemos declarar este instituto procesal de la prescripción, obede-ciendo los mandatos de la Ley que así nos obliga a actuar.

Simplemente enunciaremos el respaldo procesal que apoya esta obligación de esta superioridad.

I-LA PRESCRIPCION EN EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

RESPECTO DE LA PRESCRIPCION, en providencia numero 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA se expreso lo siguiente:

...

“...Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981 . Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

...

En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:

“ La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.-

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años .-

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la 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.-

.....

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador; en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso. Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado

por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

...

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexecutable el párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución...”

El anterior raciocinio debe reconsiderarse desde el punto de vista legal, en el aspecto de Interrupción de la Prescripción ético disciplinaria, como se considera en el siguiente acápite.

V- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Debe analizarse aquí un aspecto de capital importancia que viene preocupando a los tribunales de ética médica colombianos, tanto seccionales como nacional, respecto de la prescripción que ha sido analizada previamente.

Por muchísimas razones, muchos procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e ineffectividad en la resolución de casos de variada índole.

En nuestro sistema profesional médico se presentan varias causas de prescripción, entre las cuales mencionamos solamente algunas:

- 1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las víctimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria.
- 2- La falta de diligencia por parte de las entidades estatales o privadas que conocen de las posibles faltas disciplinarias y se demoran en denunciarlas ante los tribunales disciplinarios.
- 3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.
- 4- La excesiva carga de procesos en manos de un número insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.
- 5- Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias, obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles, presentación de nulidades inexistentes, etc.
- 6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

Es una realidad que en la Ley 23, regulatoria del proceso ético disciplinario no existe ninguna previsión normativa relacionada con la prescripción y menos aún, sobre su posible interrupción. Esta laguna legislativa nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la posibilidad de la integración legislativa con normas de otros ordenamientos, para que podamos responder a éste interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende

su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas. En el ámbito jurisdiccional, ejerce el ius puniendi, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana¹, ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital², la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,³ la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles⁴, la prohibición del destierro, la cadena per-

¹ 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).

² ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

³ ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁴ ARTICULO 28. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas

petua, y la confiscación;⁵ de prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida;⁶ de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones,⁷ de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad

de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

⁵ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

⁶ARTICULO 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, **YA 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).

⁷ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. **SÓLO PUEDEN SER INTERCEPTADAS O REGISTRADAS MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY.**

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

de locomoción.⁸

Igualmente es perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo,⁹ la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso,¹⁰ la práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites de la legalidad¹¹ y dentro

⁸ ARTICULO 28. Toda persona es libre. NADIE PUEDE SER MOLESTADO EN SU PERSONA O FAMILIA, NI REDUCIDO A PRISIÓN O ARRESTO, NI DETENIDO, NI SU DOMICILIO REGISTRADO, SINO EN VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, CON LAS FORMALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LA LEY.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁹ ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

¹⁰ARTICULO 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.

¹¹Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

de la inquebrantable dignidad del ser humano.¹²

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento,¹³ que al decir de Escriche, es evitarle al ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo Nro. 2 de 2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contenido del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la

¹² 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.

¹³Non bis in ídem. Estas palabras latinas, que literalmente significan no dos veces sobre lo mismo, contienen un axioma de derecho, cuyo sentido es que por un mismo delito no se ha de sufrir mas que una persecución; es decir, que no puede ser nuevamente acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él;

Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese esperar asilo sino en la tumba.

Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia, Don Joaquín Escriche, Magistrado de la Audiencia de Madrid, pág 1338 Garnier Hermanos. Libreros Editores. París, Sin año de edición.

Corte Penal Internacional.¹⁴

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua,¹⁵ y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos.¹⁶

Como consecuencia de ésta reforma constitucional y de la subsiguiente ratificación del Pacto de Roma, a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y de guerra podrían hacerse acreedores a la cadena perpetua como pena y a la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre y cuando dichas conductas sean avocadas en su conocimiento por la Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de subsidiaridad de su competencia.

¹⁴ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

¹⁵ Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. **Artículo 77. Penas aplicables**

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5o del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

B) **LA RECLUSIÓN A PERPETUIDAD CUANDO LO JUSTIFIQUEN LA EXTREMA GRAVEDAD DEL CRIMEN Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CONDENADO.**

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (Lo destacado no lo es en el texto)

¹⁶ Ley 742 de 2002. **Artículo 29. Imprescriptibilidad.** Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

Bien se sabe, que dicho Estatuto es complementario de las legislaciones nacionales y por tanto, la Corte Penal Internacional solo adquiere competencia cuando se dan ciertos supuestos expresa y taxativamente contemplados en dicho texto. Si la Corte Penal no adquiere competencia, esos delitos de lesa humanidad, serán conocidos por la justicia nacional y los responsables se harán acreedores a las penas previstas en la ley penal nacional y la prescripción de la acción y de la pena será de conformidad con las previsiones de nuestras leyes.

El vocablo prescripción en su contenido lingüístico en el ilustrado concepto de Cabanellas significa:

“**PRESCRIPCIÓN.** Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. **CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA.** Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.¹⁷ (Lo destacado no lo es en el texto).

El mismo autor en relación con la prescripción de la acción nos indica:

“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. NO PUEDE EJERCERSE EFICAZMENTE ÉSTA UNA VEZ TRANSCURRIDO CIERTO TIEMPO DESDE HABERSE DELINQUIDO.

.....

Esta caducidad procesal empieza a correr desde la medianoche del día en que se haya cometido el delito o, de ser éste continuo, desde aquel en que cesó de cometerse.¹⁸ (Lo destacado no lo es en el texto).

¹⁷ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 373, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996

¹⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

“PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.¹⁹ (Lo destacado no lo es en el texto).

La prescripción es un fenómeno jurídico que se presenta cuando se le vence al Estado en el ejercicio de sus facultades persecutoras un tiempo determinado dentro del cual podía ejercer el legal hostigamiento o ejecutar el castigo impuesto. Si dentro de éste lapso de tiempo, el Estado no puede consumir la persecución o implementar el castigo, cesa su competencia persecutora o sancionadora, como consecuencia del perfeccionamiento del fenómeno de la prescripción de la acción o de la pena.

Con la consumación de la prescripción de la acción, el Estado pierde la competencia para poder seguir investigando o tramitando el juicio, según el caso, por haberse perfeccionado el fenómeno de la prescripción y en tratándose de la prescripción de la pena, pasado el tiempo previsto en la ley, sin que el Estado hubiera podido ejecutar la pena impuesta por medio de sentencia ejecutoriada, pierde la capacidad de poderla ejecutar, precisamente por haberse vencido el tiempo que el legislador le concedió para que la pudiera hacer cumplir.

La prescripción de la acción penal se encuentra prevista en el artículo 83 del vigente Código Penal (Ley 599 de 2000) al determinarse:

“ ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

¹⁹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

(Artículo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007).

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

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público 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.

La prescripción de la pena aparece consagrada en el artículo 89 del Código Penal al precisarse:

“ARTÍCULO 89. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL. La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años

La acción penal o capacidad del Estado para investigar hechos delictivos o conductas disciplinarias, surge precisamente de la consumación de la conducta tipificada en la ley, bien por acción o bien por omisión, bien por acción delictiva instantánea o permanente.

En tales circunstancias el término de prescripción comienza a contarse desde el día en que se perfeccionó la acción o la omisión mediante la cual se consumó la conducta típica.

En las conductas de consumación instantánea es obvio, que el tiempo prescriptivo de la acción comienza a contarse desde el día en que se realizó la acción o la omisión que produjo el resultado antijurídico. En el caso del homicidio desde el día en que se produce la muerte de un ser humano como consecuencia de la acción o de la omisión realizada por el sujeto agente del delito.

En las conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, a partir del día en que se realizó la última acción delictiva. En el hurto continuado, a partir del día en que se consumó la última sustracción y en conductas permanentes como el secuestro, desde el día en que la persona por cualquier motivo recobra la libertad o fallece dentro del ilícito cautiverio.

En las conductas omisivas el término prescriptivo de la acción comenzará a contarse desde el día en que haya cesado el deber legal de actuar.

La iniciación del término prescriptivo de la acción penal aparece regulado en el actual código penal, en su artículo 84 al determinar:

“ARTÍCULO 84. *INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.* En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación.²⁰

Pero esa tradición jurídica se pierde con las previsiones del artículo 6° de la ley 890 de 2004 que modifica tal concepción y se dispone que la prescripción se interrumpe es con la formulación de la imputación. Es obvio que esta modificación se produce como consecuencia de comenzar a regir el nuevo sistema procesal acusatorio.

“ARTÍCULO 86. *INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN.*”

<Inciso 1o. modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Hoy con la norma disciplinaria vigente,²¹ y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha

²⁰ ART. 86.—Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

²¹ ARTÍCULO 30. **TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.** Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. **CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.** El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

dispuesto que la prescripción de la acción disciplinaria comenzará a contarse a partir del auto de apertura del proceso disciplinario.

Lo anterior nos indica que hubo una profunda modificación en cuanto a la forma de comenzar a contarse la prescripción de la acción disciplinaria, porque ya no es desde el momento de la consumación, ni desde la ejecución del último acto, ni desde que cesó el deber de actuar, como se había contemplado en la legislación anterior, sino que el término prescriptivo se comenzará a contar a partir de la fecha en que se dicte auto de apertura de la investigación disciplinaria.

Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios.

Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y/o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración,²² al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la

²² Ley 599 de 2000. ART. 2º—**INTEGRACIÓN.** Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código. Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3º. **PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.** En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

ley penal favorable,²³ y al principio de integración, para llenar los vacíos que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido.²⁴

Lo anterior, porque el Código Disciplinario Médico, Ley 23 de 1981, en el artículo 82, ordena que los vacíos existentes en esa norma sean llenados por remisión a las previsiones del Código de Procedimiento Penal. En ésta norma se evidencia la voluntad del legislador, que fue consciente que eran disciplinas con características y principios similares, y por ello ordenó que sus vacíos se llenaran en el ámbito del derecho procesal penal y de ningún otro ordenamiento.

Es evidente que éste tipo de regulaciones normativas no cubren la totalidad de los fenómenos de derecho penal material, ni del derecho procesal penal que se presentan en el adelantamiento de los procesos disciplinarios, vacíos que de manera necesaria, se deben llenar de conformidad con las previsiones penales y procesales señaladas con anterioridad y que aparecen consagradas en los códigos penal y procesal penal, actualmente vigentes.

Lo anterior, porque como ya lo adelantábamos el juez, bajo ninguna circunstancia puede abstenerse de fallar un proceso, argumentando ausencia de normas o vacíos probatorios, so pena de incurrir en una conducta delictiva. La Ley 153 de 1887, en relación con éste tema dispone:

²³ **Ley 599 de 2000. ART. 6°—LEGALIDAD.** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Ley 906 de 2004. **ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD.** Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

²⁴ **ARTÍCULO 25. INTEGRACIÓN.** En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

“ARTÍCULO 48. LOS JUECES Ó MAGISTRADOS QUE REHUSAREN JUZGAR PRETEXTANDO SILENCIO, OSCURIDAD Ó INSUFICIENCIA DE LA LEY, INCURRIRÁN EN RESPONSABILIDAD POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es por las circunstancias normativas precedentes que ha de concluirse que pese a que el artículo 82 solo remite a las normas procesales penales, para efectos de cumplir con el deber de impartir justicia se debe hacer remisión a las normas penales, procesales o disciplinarias que sean necesarias para llenar los vacíos que pudieran existir en éste ordenamiento y que por tal circunstancia, pudieran convertirse en un obstáculo para las decisiones que deben ser tomadas.

Lo anterior, no descarta entonces que para efectos de poder dictar un fallo disciplinario tuviera que hacerse remisión a normas del Código Penal, del Código Disciplinario Único, o de cualquier otra normatividad procesal con la que pudieran llenarse vacíos o lagunas normativas contenidas en el Código Disciplinario.

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudir a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes,²⁵ y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone

²⁵ Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.

Como una parte del derecho penal material, el derecho disciplinario debe ser concebido y reglamentado dentro de las garantías y características del derecho penal material, pero es obvio, que haciendo parte del derecho administrativo, sus decisiones tienen la opción de ser cuestionadas en el ámbito de la justicia Contencioso Administrativa.

Toda la conceptualización propia del debido proceso, con sus derechos y garantías que son propias para el derecho penal son extensibles al ámbito del derecho disciplinario, porque ambos pertenecen al ámbito del derecho sancionador y las únicas diferencias existentes es en relación con las consecuencias punitivas al producirse el juicio de responsabilidad.

Dentro de esa naturaleza compleja del derecho disciplinario ha de concluirse entonces que el trámite de los procesos disciplinarios debe adelantarse con el apego de los principios y garantías propias del derecho penal material y que la decisión final del proceso disciplinario si es susceptible de ser cuestionada ante la justicia contencioso administrativa.

El Derecho Penal Disciplinario en el pensamiento de don Luis Jiménez de Asúa:

“ Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena.”²⁶

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos

²⁶ Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967.

disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

Es importante igualmente destacar que el rigor que en la descripción de las conductas típicas que se exige en el ámbito del derecho penal no se da en el derecho disciplinario, puesto que al decir del maestro Jiménez:

“ A nuestro juicio, lo que acontece es que la infracción suele estar formulada inconcretamente, vagamente. En este sentido y por lo mismo que los tipos penales son agotadores, no le falta razón a Max Ernesto Mayer al establecer como características del Derecho Penal disciplinario la ausencia del tipo.”²⁷

La potestad disciplinaria que posee el Estado deviene directamente de la propia Constitución, puesto que al imponerse una serie de deberes a los funcionarios públicos, se prevé la posibilidad de su sanción para garantizar el correcto y eficiente funcionamiento del Estado en todas y cada una de sus manifestaciones.

La Constitución Nacional en el capítulo destinado a la función pública, precisa y determina quienes son funcionarios públicos y delega en la ley para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.²⁸

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado,²⁹ y la de éstos y los particulares en el artículo 6º del mismo Estatuto,³⁰ confiriéndose a la Procuraduría

²⁷ Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Ob cit. Tomo I pág 44.

²⁸ Art. 123.- Son servidores publico los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

²⁹ Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.

³⁰ ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6° del artículo 277 de la C. N.³¹

Por delegación legal del Estado, se faculta a algunas instituciones privadas, con funciones públicas transitorias, para que ejerzan igualmente funciones disciplinarias como ocurre con las corporaciones docentes respecto de los estudiantes, los patrones en relación a las faltas cometidas por los trabajadores de conformidad con un reglamento del trabajo debidamente autorizado por el Ministerio del Trabajo, en la actividad deportiva por parte de las ligas aficionadas o profesionales en relación con las infracciones al reglamento deportivo, por delegación directa de la Ley del Deporte y en las agremiaciones profesionales, para ejercer un control sobre el ejercicio adecuado de esas profesiones que son autorizadas y reglamentadas por el Estado.

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad.³²

La potestad disciplinaria ha sido definida por Julio Pratt, como:

“ La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo.”³³

³¹ Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

³² Art. 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio . La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

³³ Derecho Administrativo, Julio Pratt, Tomo I. Pág 154. Montevideo 1977.

Es claro que al ser un derecho sancionador y al poderse afectar derechos trascendentes del ciudadano, como sería por ejemplo excluirlo del ejercicio profesional por un tiempo más o menos largo, que en la actualidad puede llegar a ser hasta de cinco años, es apenas lógico que dicho poder punitivo se encuentre perfectamente regulado para evitar que se pudieran cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos sometidos a tales controles.

Es por ello que en éste ámbito predomina de manera relevante el principio de legalidad, tanto en el área de la definición de las conductas constitutivas de falta disciplinaria, como en el área procesal, en cuanto a los procedimientos que deben seguirse para finalmente poder imponer una sanción disciplinaria.

La Constitución de 1.991 dispuso un muy especial cuidado a los problemas relacionados con la salud, la seguridad social y el desarrollo integral y armonioso de los ciudadanos al establecer una serie de normas que tienen como finalidad fundamental garantizar el pleno y libre desarrollo de la personalidad, dentro del más estricto respecto a la dignidad de ser hombre.

Es por ello que en el artículo 43 estableció que la mujer:

“ Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

En el 44 se determinó que:

“ Son derechos fundamentales de los niños; la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada.....

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y en el 47 la protección de los minusválidos, mientras que en el 48 se determina la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado; para finalmente establecer en el art 49 que:

“ La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

“Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad.”

“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.”

“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

En el art 50 se consagra el derecho de todo niño menor de un año a recibir atención gratuita en todas las instituciones que reciban aportes del Estado cuando no tuvieran cobertura en salud.

Dentro de tales parámetros normativos es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los colombianos, destacándose éste como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el substrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales es claro que se debe dar una mayor protección a la conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.

Es entonces indiscutible que por ser el objeto de estudio y del ejercicio de la medicina la vida humana, se trata de una profesión prioritaria dentro de la vida de la comunidad y por ello el Estado se ve en la obligación de reglamentarla y controlarla con mayor precisión y exigencia que las otras profesiones liberales que están autorizadas en su ejercicio por la Constitución y la Ley.

La ley ética no ha sido concebida con un propósito persecutorio contra los médicos, sino con la laudable finalidad de garantizar un ejercicio responsable de esta profesión y de tal manera obtener la concreta vigencia y cumplimiento de los principios constitucionales antes citados.

Es dentro de este entendimiento que no es posible que pueda concebirse el proceso ético-médico como un instrumento de venganza privada, o un medio de persecución puesto en manos de los pacientes o de sus familiares, para hostigar al profesional de la medicina del cual recibieron sus servicios, ni menos aún que mediante el mismo, pudieran aspirar o pretender obtener el resarcimiento de los perjuicios económicos que afirman haber sufrido como consecuencia de la intervención médica.

El proceso de ética médica pretende ante todo garantizar un cabal, técnico, científico y humanizado ejercicio de la medicina y es por ello que su objetivo fundamental es de naturaleza social y pública, puesto que se convierte en un instrumento de seguridad para todos los integrantes de la comunidad.

Es por su naturaleza de derecho público y de sus objetivos eminentemente sociales, de bienestar general de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, razón suficiente para pensar como inconcebible que pretendiesen constituirse en parte civil para como resultas del proceso obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos.

Constituyen los Tribunales de Ética Médica y en general de ética profesional una necesidad social insoslayable, porque si bien la Constitución consagra la libertad de profesión y oficio, también lo es que al garantizar la vida, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la vivienda y tantos otros derechos, para la preservación de los mismos, debe garantizársele a los integrantes del núcleo social que los servicios profesionales que reciben sean idóneos y prestados con pericia y diligencia.

Es la razón por la cual, pese a la libertad de escogencia profesional el Estado se abroga el derecho de reglamentar y controlar todas las profesiones admitidas normativamente, porque de no ser así los derechos consagrados y garantizados estarían siempre en inminencia de ser vulnerados por un ejercicio profesional en contravía de los lineamientos técnico-científicos y legales.

Son entonces los Tribunales de Ética una necesidad social y un positivo aporte para la dignificación de las diversas profesiones, porque es claro que aun en el caso específico que nos preocupa, un médico deshonesto desdice de su profesión, la mancha y con tal ofensa afecta a la integridad de los miembros del cuerpo médico, porque es bien sabido que el pueblo, cuando ocurren situaciones o circunstancias que lo afectan no particulariza al deshonesto, sino que generaliza, haciendo referencia al cuerpo médico en su globalidad.

Los Tribunales de Ética Médica entonces están concebidos para garantizar el correcto ejercicio de la medicina y cumplido éste propósito, efectivizar los más altos intereses constitucionales de velar por la salud y la vida de los ciudadanos de Colombia.

Creemos que los médicos dentro de tales previsiones no solo deben esforzarse en cumplir personalmente de la manera más estricta con sus deberes, sino que deben poner en conocimiento de las autoridades todo acto médico que deshonre la profesión y que afecte la moral y la honra médica, porque con tal procedimiento no solo están colaborando en bien de la salud y la vida de los miembros de la comunidad, sino que está protegiendo el presente y el futuro de la profesión médica.

Desde ésta perspectiva, ha de concluirse que la ley de Ética Médica es una ley especial, en cuanto contiene los procedimientos sancionatorios para garantizar que los principios constitucionales respecto a la vida y la salud se mantengan incólumes desde la perspectiva del ejercicio profesional médico; respecto del Código Contencioso Administrativo, que es una ley general, puesto que prevé la forma de solucionar los conflictos entre el Estado y la persona y entre los diversos entes conformantes del Estado

La Constitución establece el concepto del debido proceso constitucional en el artículo 29 al disponer:

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

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

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

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.

El debido proceso es universal y se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es el conjunto de normas constitucionales y legales por medio de las cuales se limita el poder punitivo del Estado, y la autoridad ejercida por quienes ejercen la función represiva del Estado, para efectos de garantizar la vida, la libertad, la dignidad y los derechos fundamentales del ciudadano que podrían verse vulnerados por la actuación abusiva y arbitraria de sus funcionarios.

Es claro que la función represiva solo puede ser ejercida por el Estado, de manera directa por los funcionarios encargados de ejercer la represión y se puede encomendar por disposición expresa de la ley para que en determinados asuntos (de carácter administrativo, docente, laboral, deportivo o profesional) esa función sea ejercida por particulares que de manera general cuando la realizan actúan transitoriamente en calidad de servidores públicos.

El principio de legalidad engloba no solo la necesidad de una previa definición de las conductas que deben ser objeto de sanción, sino que igualmente comprende la previa creación a la realización de la conducta de los jueces que han de investigar y juzgar tales comportamientos, sino la creación igualmente previa de los ritos procesales que han de seguirse tanto en la investigación como en el juzgamiento; y es claro que la legalidad referida a las conductas que son objeto de reproche comprende igualmente el

señalamiento de las sanciones que habrán de imponerse en caso de concretarse una cualquiera de tales conductas.

La legalidad constituye la más extraordinaria garantía que el Estado pueda consagrar en beneficio de sus súbditos porque es claro que con ella el ciudadano queda libre de persecuciones que podrían ser implementadas por el propio Estado o de la arbitrariedad caprichosa de sus funcionarios.

Por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 en todos los vacíos existentes en la ley, los mismos serán resueltos con remisión a la normatividad procesal penal.

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que 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 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.

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 anterior norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-083 del 1º de marzo de 1995, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria en la que se sostuvo:

“ Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:

“Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho” (Subraya fuera del texto).

“Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, “a falta de legislación positiva”. Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeter legem*, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación sub iudice y aquélla sí lo hace.

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio,³⁴ quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el

³⁴ La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.

hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen³⁵ en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -*verbigratia*-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

“Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo

³⁵ Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

Pero si el juez está avocado a fallar, y además tiene la obligación de hacerlo, ¿cómo lograr, dentro de un Estado de derecho, el objetivo inherente a éste, que no haya conductas oficiales sin soporte normativo y, en consecuencia, que no haya decisiones judiciales arbitrarias?. Cada ordenamiento positivo lo hace a su manera, aunque el derecho comparado muestra significativas similitudes sobre el punto. Lo que sí es claro es que, inescapablemente, en ciertas situaciones límites, un gran margen de arbitrio judicial resulta inevitable.

Compete a la Corte examinar qué mecanismos ha dispuesto el ordenamiento colombiano para conseguir el objetivo enunciado y cómo ha de entenderse su verdadero alcance, muy especialmente a la luz de la Constitución del 91.

6.2.5. El problema, en Colombia a la luz de la Carta vigente.

El artículo 230 de la Carta establece:

“Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. (Subrayas de la Corte).

La pregunta que debe absolverse es ésta: ¿derogó la “norma de normas”, mediante la disposición transcrita, al artículo 8° de la ley 153 de 1887, anterior y de inferior rango jurídico?.

Para responder cabalmente a ese interrogante es preciso analizar y precisar el contenido del citado artículo 8°. Vuelve a reproducirse su tenor:

“ Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto,

la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. (Subrayas de la Corte).

A juicio del demandante, al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8°, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria. Por la misma razón, anuló entonces el art. 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada qué discutir, pues esta Corporación, mediante decisión que hizo tránsito a la cosa juzgada, declaró la exequibilidad de dicha norma. (Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994). Se contraerá, pues, la Sala al examen del artículo 8°.

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley “exactamente aplicable al caso controvertido”, enunciaba la analogía (“aquéllas que regulen casos o materias semejantes”), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos

análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento *per analogiam* no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen³⁶ al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien

³⁶ Op. cit.

aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ...” (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener “como criterio auxiliar obligatorio” “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional”, mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda

hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

“Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito:

explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo³⁷ en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: “Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica.” (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: **“La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil”**. (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: “La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto (‘la regla es como un resumen del derecho vigente’), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. “...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

³⁷ Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés³⁸ al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: “...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho”.

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió,³⁹ al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama “principios” es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: “...No existe la pretendida ‘diferencia lógica’ entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión....” (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una “regla general de derecho” (denominada a veces “principio”) es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos,⁴⁰ si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: “Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última”.

Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

³⁸ Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.

³⁹ Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.

⁴⁰ El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fé.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “nemo auditur ...” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación.

El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1° del artículo 5° 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 ambos procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria. La mencionada ley en relación con la prescripción de la acción disciplinaria dispone:

“ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que respondiese a la trascendental misión encomendada al instrumento procesal disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicio a los intereses generales de la Nación. Sería entonces imposible la aplicación de las previsiones del Código Contencioso Administrativo, que reduciría de una manera ostensible el término prescriptivo, con grave perjuicio para la nación colombiana y de cada uno de las personas que la integran.

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley,⁴¹ porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un periodo prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a

⁴¹ ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, la apertura de la acción disciplinaria ético médica inició el 20 de septiembre de 2013, como consta en el folio 85 del cuaderno principal de este proceso.

Por lo expresado, se debe interrumpir la prescripción que venía siendo acumulada contando la fecha 22 de mayo de 2010 y se considera que los cinco años de prescripción se reanudan a partir de la fecha de inicio de la acción disciplinaria: 20 de septiembre de 2013, con lo cual el termino de prescripción se contará hasta el 20 de septiembre de 2018.^{42,43}

⁴² Este asunto de la interrupción de la prescripción fue discutido en el taller respectivo en la reunión de Tribunales el día el 19 de junio de 2015 celebrada en esta ciudad de Bogotá, con participación de varios magistrados de los Tribunales Nacional y Seccionales y varios Abogados Secretarios.

Hay que destacar los aportes intelectuales de la doctora María Mereces Vásquez Piñeros (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá), del doctor Jacob Cuellar Bermúdez (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca), de la doctora Gladys León Salcedo, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca), de la doctora Vanesa Francisca Guerra Castañeda, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Huila), del doctor Carlos Andrés Bolaño Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Chocó) de la Doctora Zenit Cabrera Sierra Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar) de la doctora Ramona del Socorro Mosquera (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico) del doctor Juan Carlos Torres Díaz (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica de Arauca) y la doctora Alejandra María Zapata Hoyos (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia).

Así mismo de los señores Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica doctores Germán Gamarra Hernández, Fernando Guzmán Mora y los presidentes de los Tribunales Seccionales doctores; Germán Uriza Gutiérrez (Cundinamarca), Gabriel Puello Suárez (Magdalena), Dora Lilia Baquero Maldonado (Meta), Edgar Villota Ortega (Nariño), Abdiel Castaño Bardawil (Risaralda) Juan Guillermo Barrera Carvajal (Santander) Fernando Guzmán Martínez (Tolima) y Luis Gerardo Salcedo Prieto (Valle del Cauca)

⁴³ Inició la intervención la Dra. MARÍA MERCEDES VÁSQUEZ PIÑEROS manifestando que en la actualidad son generalizadas las inquietudes en todos los Tribunales Seccionales sobre el tema de la prescripción. Lo anterior porque en la práctica las quejas llegan cuando falta poco tiempo para que ocurra la prescripción, ello aunado a que en algunos tribunales el volumen de procesos es muy alto, por ejemplo en el Tribunal de Bogotá hay 800 procesos activos aproximadamente con las dificultades que implican las citaciones de médicos, testigos, las solicitudes de aplazamientos y en general las maniobras dilatorias

VI- CONCLUSIONES

1- El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander no siguió de manera legal los actos procesales consagrados por la Constitución Nacional, la Ley 23 de 1981 y su Decreto reglamentario 3380 de 1981 respecto de la forma de llevar a cabo el procedimiento ético disciplinario médico allí consagrado

2- Varias entidades del Estado mostraron negligencia respecto de su obligación de agilizar el proceso contenido en este caso

de los abogados defensores. Por todas estas y otras razones, el término de 5 años resulta insuficiente en la mayoría de los casos.

Explicó que el término de prescripción que adoptó el Tribunal Nacional de Ética Médica en el año 2002 fue el establecido en el artículo 30 del Código Disciplinario Único, antes de su modificación, es decir 5 años desde la ocurrencia de los hechos.

El citado artículo 30 fue modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, según el cual el término de prescripción de 5 años se empieza a contar a partir del auto de apertura de investigación disciplinaria .

De acuerdo con el concepto del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 2006, con radicado 1100103-06-000-2006-000-64-00 (1757) M.P. Flavio Augusto Ramírez Arce, corren los 5 años de prescripción y se interrumpen cuando hay resolución de cargos.

Señaló que esto es importante porque hay manifestaciones del acto médico que se gestan después de que han transcurrido más de 5 años desde su realización, por eso con un término de 5 años que no tenga interrupción, el derecho de acudir a la justicia disciplinaria en muchos casos se ve cercenado porque cuando se interpone la queja ya han transcurrido los 5 años o están por finalizar. En el caso de los biopolímeros la persona se da cuenta del daño cuando ha transcurrido mucho tiempo. Esto refleja la existencia de una problemática que se debe resolver para dar respuesta a los pacientes que sufren estos inconvenientes, con el fin de no vulnerar el acceso a la justicia.

El Dr. Guzmán Mora manifestó que cuando hay uso de biopolímeros de por medio, se ha demostrado que ni siquiera se cuenta con la respectiva autorización del INVIMA y así el uso fuera legal, es un hecho cierto que los daños por alojenosis empiezan a aparecer después de 7 años de la intervención, cuando ha caducado la acción y ha prescrito la potestad disciplinaria. Entonces, como ya somos conocedores de esta realidad, es necesario evaluar las alternativas que se tengan al alcance para aplicar un término de prescripción diferente, determinando cuál de las leyes existentes nos permite prolongar en el tiempo la prescripción, cuya aplicación pueda estar enmarcada en la Ley 23 de 1981.

Señaló que artículo 13 del Decreto 3380 de 1981 dispone lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”

3- Existe la sospecha de falsedad documental de la historia clínica en cuestión

4- Al presente caso lo cobijaría el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que han pasado cinco años desde el ultimo acto médico denunciado

Ello quiere decir que en este momento como ya se conoce la problemática, no sería aplicable la citada norma a los médicos que apliquen biopolímeros porque ya se sabe cuál es la consecuencia de su aplicación. Agregó que según su criterio el proceso ético disciplinario debería ser más de tipo penal que civil o disciplinario porque la penalización hace que los actos sean expeditos y las sanciones más estrictas.

Seguidamente explicó la diferencia entre caducidad y prescripción, señalando que caducan acciones y prescriben los derechos. La acción se mira desde el punto de vista de quien puede demandar, es decir, si el interesado no interpone la queja dentro de los 5 años, la acción caduca. Lo que prescribe es la facultad de juzgar o dicho de otro modo, el derecho del estado a juzgar. En todo caso son dos figuras de terminación del proceso.

La prescripción no opera si no se solicita y no es oficiosa. La caducidad si puede ser oficiosa y está dirigida a la salvaguarda del interés público.

Las diferencias entre una y otra muestran que se limita más el derecho de la persona a accionar que el derecho del Estado a impartir justicia.

El Dr. Jacob Cuéllar manifestó que la metodología para abordar el tema de la prescripción de la acción disciplinaria en sede de Ética médica, es partir del artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, que como norma especial impone una remisión clara a las normas de procedimiento penal. Primero: al acudir a la norma procesal, que si bien es de tendencia acusatoria, en el artículo 332-7, establece como causal, el vencimiento de términos, pero más aún si fuéremos más precisos normativamente, el artículo 77, que dispone las causales de extinción de la acción penal, consagra como causal la prescripción, y este tópico está regulado en la misma normatividad procesal en el artículo 292 sobre su interrupción; norma procesal que nos lleva al artículo 83 del en el código penal, en el que se establece que el termino básico de prescripción de la acción es de cinco años.

En este punto, surge un problema de aplicación de la norma, porque ella indica que la providencia o acto procesal que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación y este acto procesal no existe en la norma especial disciplinaria médica, lo que existe es un PLIEGO DE CARGOS, y la una actuación procesal que existe semejante en la norma procesal penal es el ESCRITO DE ACUSACION, esta actuación no tiene la entidad para interrumpir la acción penal, dicho escrito solo tiene inicialmente un efecto disciplinario en el funcionario investigador, el cual pierde competencia para ese caso concreto, y se extiende el termino por 60 días más para la audiencia pública, si vencido este término, ya surge una causal de preclusión de la acción penal, mas no la prescripción.

Como vemos estas normas no resuelven el problema procesal de la prescripción de la acción disciplinaria, con lo cual nos obliga a aplicar el principio de integración normativa, el cual me indica que debería aplicar en esta materia el código general del proceso, el cual a su vez tampoco nos resuelve el problema, con lo cual, debemos seguir con el proceso de integración, acudiendo a las normas que por su estructura y contenido, regu-

5- Pero en el presente proceso, acudimos a la aplicación del artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo “La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria”, por los análisis efectuados en el acápite VI de esta providencia, respecto de la Interrupción de la Prescripción.

6- Si la acción disciplinaria en el presente caso se inició el 20 de septiembre de 2010, se interrumpe la prescripción a partir de esta fecha y comienzan a contarse de nuevo los cinco años de dicho término, el cual culminará el 20 de septiembre de 2018

len materias similares, y es en este punto que se debe proceder a acudir al código único disciplinario, ley 734 de 2.002, en su artículo 21, norma que de manera clara y precisa, regula el instituto de la prescripción de la acción disciplinaria. En efecto, el artículo 30 de la Ley 734 señala:

“La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. (...)”

De acuerdo con ello habría que preguntarse cuál es el alcance del término ocurrencia de la falta.

La Dra. Claudia Patricia Gaviria señaló que pensar en ampliar los términos de prescripción implicaría reformar la ley. Por ello se debe buscar en el Código Penal o en la Ley 734 el término de prescripción que más nos favorezca. Con la reforma introducida por la Ley 1474 a la Ley 734 se cuentan los términos a partir del auto de apertura y con el Código Penal corre desde la ocurrencia de los hechos, por eso, para los Tribunales es más favorable la Ley 734.

El Dr. Jacob Cuéllar, manifestó que se debe tener en cuenta que como en nuestro campo nos rige la Ley 23 de 1981 que es una ley especial y remite al Código de Procedimiento Penal, no se puede entrar a aplicar de entrada la Ley 734. En efecto, hay dos sentencias de la Corte Constitucional (C-259/1995 y la C-259/2005) en las cuales se efectúa un análisis de la Ley 23, específicamente sobre la remisión por el principio de especialidad. En ellas se dice que la remisión es al Código Procesal Penal vigente, en aquello que sea posible y no afecte la naturaleza del proceso disciplinario. Las dos hablan de las reglas procesales y se avala la remisión a las leyes procesales penales.

Si en el Procedimiento Penal no se encuentra la solución se debe buscar en las otras normas, en el orden que establece la Ley 153 de 1887. En esta medida, en el Código de Procedimiento Penal se dice que la caducidad y la prescripción se cuentan desde la ocurrencia del hecho y se interrumpe con la formulación de la imputación. Aplicando esta norma ganaríamos un tiempo de 5 años. No sería una aplicación desfavorable porque ya existe la norma.

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 - Declarar la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISCIPLINARIA en el presente proceso, por hechos ocurridos el 22 de mayo de 2010, y con inicio de la acción ético disciplinaria el 20 de

En un primer momento se puede pensar que la formulación de la imputación equivale al pliego de cargos porque se entiende que desde allí empieza el juicio. Sin embargo, una cosa es la denuncia y otra cosa el pliego de cargos, pero lo que tenemos en el proceso disciplinario que se parezca a la imputación es el pliego de cargos.

El Dr. Jacob Cuéllar hizo referencia al Estatuto Anticorrupción aclarando que frente a los actos médicos no se puede predicar que sean corruptos sino incorrectos.

El Dr. Guzmán Mora señaló que existen las siguientes alternativas:

1. Aplicar la teoría de la prescripción en cinco años de manera absoluta
2. Aplicar la ley penal que dice que el pliego de cargos interrumpe la prescripción
3. Aplicar la Ley 734 de 2002

La Dra. Claudia Patricia Gaviria llama la atención de que no es lo mismo acusación que imputación, por eso no cree que sean tan sencillo aplicar esa norma porque no se tendría un acto que se asemeje a la formulación de la imputación en el proceso disciplinario y debemos ser muy cuidadosos con la propuesta a realizar de modo que no sea atacada por los abogados defensores y no la puedan tumbar fácilmente mediante tutela.

La conclusión final en el debate, es que si no se encuentra un acto que se pueda asimilar a la formulación de imputación, se debe justificar de tal manera que nos permita acudir a las disposiciones de la Ley 23 de 1.981, luego por disposición del artículo 82, acudir a la aplicación de la ley procesal penal vigente, norma que no resuelve el problema porque en la ley procesal penal, el acto que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación, la cual no es igual a la resolución de pliego de cargos, por ello al no encontrar una solución en esta norma, se justifica poder aplicar otras normas, para llenar el vacío normativo que presenta la ley 23 de 1981, el orden de aplicación es el código único disciplinario, ley 734 de 2002, por regular materias similares.

Se sugiere que el proceso de fundamentación o de motivación de la resolución que se dicte en este tema tenga este orden de argumentación, con la cual se está justificando la aplicación de la ley 734 d 2.002, frente a la no aplicación de la ley penal y procesal penal, en este tema específico, por lo expresado anteriormente por el DR. Jacob Cuéllar, con lo cual se tiene que la prescripción de la acción disciplinaria médica prescribe en cinco años desde la ocurrencia de los hechos, pero que se interrumpe con la resolución de apertura de la acción disciplinaria, según lo dispone el artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo “La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. ...”

septiembre de 2013, motivo de la presente actuación. En consecuencia, los términos de prescripción de este proceso comenzarán a contarse a partir del 20 de septiembre de 2013 y por espacio de cinco años, con base en los elementos de la parte motiva de esta providencia, contenidos en el acápite VI: CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. **Artículo Segundo** - Revocar la decisión de ARCHIVO DEL PROCESO en el presente caso, por no encontrar dicha decisión ajustada a la Ley. **Artículo Tercero** - Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander iniciar INVESTIGACION FORMAL en el presente caso, con el objeto de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, advirtiéndole que si se presentan dilaciones injustificadas adicionales, se tomarán las medidas que el caso exija. **Artículo Cuarto** - Expresar la profunda preocupación de esta superioridad respecto de la actividad procesal del Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander y de su asesor jurídico, exhortando a sus magistrados a que actúen de manera diligente, eficiente y expedita en los actos procesales del presente caso, ajustándose de manera estricta al ordenamiento jurídico colombiano. **Artículo Quinto** - Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue las causas de los fenómenos dilatorios en que incurrieron varias entidades del Estado, en especial el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander. **Artículo Sexto** - Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación por sospecha de falsedad documental en el documento de Historia Clínica de la paciente L.C.A.L. **Artículo Séptimo** - Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Octavo** - Contra la presente decisión no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado-Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MURICIO HIGDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (Ad-Hoc); MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Septiembre quince (15) del año dos mil quince (2015)

**SALA PLENA SESIÓN No. 1289 DEL QUINCE (15) DE
SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)**

Ref: Proceso No.1958-14 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

Demandado: Doctor G.r.v.

Denunciante: Hospital la Buena Esperanza de Yumbo

Paciente: M.A.F.P.

Asunto: Apelación a sanción de suspensión en el ejercicio de la Medicina por cinco años

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 80-2015.

VISTOS

Mediante RESOLUCIÓN No. 001-2015 del 28 de enero de 2015, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca resolvió “Dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica de este proceso a fin de determinar si el médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No.... de .. (...) y tarjeta profesional No. ..., es merecedor a sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio profesional de más de seis meses por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia”.

El expediente fue enviado por “error involuntario” a la carrera 66ª No. 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

El Tribunal Nacional de Ética Médica analizó cuidadosamente los hechos y decidió, al imponer una suspensión mayor de seis meses en el ejercicio de la medicina, lo siguiente:

ARTICULO PRIMERO: Sancionar al ciudadano con titulo de médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No. de (....) y tarjeta profesional No....., con pena de SUSPENSION EN EL EJERCICIO PROFESIONAL POR EL TERMINO DE CINCO AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO: Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo considera conveniente, investigue las razones por las cuales se presentaron DILACIONES INJUSTIFICADAS Y DESME-DIDAS en el curso del actual proceso, por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle.

Dentro de términos, la defensa del médico condenado interpuso recursos de reposición y apelación.

Pasa entonces a resolver la reposición solicitada en la siguiente forma

HECHOS

El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO “ESE”.

En el se hacia relación a una comunicación de la Personería Municipal de Yumbo (Valle) fechada 14 de enero de 2011 en donde se solicitaba al Hospital La Buena Esperanza del mismo municipio, información respecto de la atención a la señora M.A.F.P. identificada con cédula de ciudadanía número, en relación con lo que se calificó como un “mal procedimiento médico” asociado a un dispositivo intrauterino.

La mencionada paciente fue atendida el 13 de mayo de 2010 para realizar procedimiento de planificación familiar (DIU) por la médica N.H.M.G.

El 3 de junio de 2010, el Gerente del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, mediante oficio firmado por T.A.F.F., se notificó oficialmente del

fallo ético disciplinario confirmado por el Ministerio de Protección Social, en relación con la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el termino de cinco años, impuesta al médico G.R.V. (folio 0067 del cuaderno principal).

El 17 de junio de 2010, en control médico se le informó que no se encontraba el dispositivo supuestamente implantado, y solicitaron una radiografía, ordenando nueva cita para el 28 de diciembre de 2010, es decir, seis meses después.

El 13 de julio de 2010, consultó al mismo hospital por dolores pélvicos y fue atendida por el médico I.M.L., quien ordenó a la enfermera de turno retirar el dispositivo, el cual no fue visualizado por la mencionada profesional. Frente a esto,, el médico formuló diclofenaco y ordenó una ecografía pélvica. Esta fue efectuada el 14 de julio y no logró detectarse el DIU, el cual posteriormente fue descubierto mediante radiografía de abdomen simple en la cavidad abdominal.

El 19 de Julio de 2010 fue revisada por el médico G.R.V., quien en ese momento se encontraba suspendido del ejercicio de la medicina por el término de cinco años, por abuso sexual en paciente femenina, como adelante se mencionará en su momento.

El 7 de agosto fue recibida en interconsulta por el especialista en ginecología M.V.R., quien programó cirugía para el 7 de diciembre de 2010. Dicho procedimiento fue efectuado por el médico E.Q., quien encontró daños en una de las trompas de Falopio por efectos de la implantación del DIU.

El 8 de febrero de 2011, una junta médica del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, decidió remitir el caso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica, con el objeto de definir la responsabilidad derivada del procedimiento inicial de colocación de DIU.

El oficio fue recibido por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente).

POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL

SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUES DEL ÚLTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

Allí se “repartieron” las diligencias al Magistrado DAIRO DE JESÚS GUTIÉRREZ CUELLO, quien ordenó apertura de investigación el 19 de febrero de 2014.

El 31 de marzo de 2014 el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo respondió que el ciudadano G.R.V. no prestaba sus servicios en la institución desde agosto 5 de 2010.

Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

Se nombró defensor de oficio el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014.

El médico G.R.V. , en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LÓPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud.

El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V. , por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

“ Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica:

...

4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional.

.....

9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los

más elevados preceptos de la moral universal.

.....

Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento Médico:

- Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;
- Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen;
- Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética;
- Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;
- Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente;
- Guardar y respetar los secretos a mí confiados;
- Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;
- Considerar como hermanos a mis colegas;
- Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;
- Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;
- Solemne y espontáneamente (sic), bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

...

Artículo 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

- a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional;
- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.

....

LA APELACION DE LA SANCION IMPUESTA A G.R.V.

Se sustenta en los siguientes puntos:

- 1- El término de caducidad de la acción es de tres años, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011
- 2- El condenado fue sancionado en tres oportunidades, pero sus sanciones finiquitaron el 12 de julio de 2015
- 3- El defendido no es sujeto de alta peligrosidad para la sociedad
- 4- El encartado suplicó al gerente del Hospital donde trabajaba que no le enviara mas pacientes, pero dicho funcionario hizo caso omiso de dichas súplicas y le continuó enviando pacientes
- 5- El término de prescripción ya se cumplió

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LA INEFICIENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Existen serias irregularidades en los tiempos transcurridos entre actos procesales en este caso, para lo cual **NO SE ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN LÓGICA DE NINGÚN TIPO** y que hacen sospechar **MALA FE** en el manejo de este caso.

Recapitemos las fechas

- El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO “ESE”.
- El oficio fue considerado por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente).
- **POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL**

VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUES DEL ULTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

- El 19 de febrero de 2014 se dio inicio a la acción ético disciplinaria médica
- El expediente fue enviado por “error involuntario” a la carrera 66ª N 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.
- Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.
- Se nombró DEFENSOR DE OFICIO el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014
- El médico G.R.V. , en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LÓPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud
- El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V. , por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

Es imprescindible preguntarse dos cosas en estos tiempos procesales:

- 1- Por qué motivos se presentó una demora de más de dos años y medio entre la fecha de recibo de la queja (25 de abril de 2011) y el siguiente acto procesal (12 de febrero de 2014)?;
- 2- A qué se debe que, luego de esta inexplicable y vergonzosa demora,

vuelva a presentarse una nueva dilación entre el 27 de febrero de 2014 y el 28 de enero de 2015, fecha en que se decidió el envío al Tribunal Nacional de Ética Médica?;

3- Y para completar semejantes dilaciones, entre la fecha de decisión de envío a la segunda instancia y el recibo en el Tribunal de segunda instancia transcurren otros cinco meses?.

Porque aquí podemos argumentar los siguientes planteamientos:

a- No es de aceptación que un tribunal seccional se tome casi tres años entre el primero y el segundo acto procesal;

b- No es de recibo que se presente una nueva demora de un año adicional entre dos nuevos actos procesales que definen rápidamente un envío de cuadernos procesales;

c- Es francamente absurdo que, encima de todo, se tomen cinco meses para enviar un expediente entre Cali y Bogotá.

No se puede aceptar esta situación que, lejos de traducir una simple ineficiencia judicial, orientan más bien a una dilación de un proceso en que se está juzgando la conducta de un verdadero reiterado infractor ético médico.

Y esta afirmación no es gratuita. Un profesional de la medicina que recibe al menos tres sanciones por actos condenados por los tribunales médicos deontológicos es un sujeto de alta peligrosidad para la sociedad. Y mucho mas en tratándose de actos relacionados con el pudor sexual de las pacientes, no en una, sino en tres ocasiones

Y para recordarle al tribunal de primera instancia, nos permitimos recordar los procesos en los que éste sujeto ha sido condenado:

- 2004. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de 45 días por agresión sexual a la señora M..S.C.
- 2009. Sanción de seis meses por agresión sexual a la señora D.R.R.. Confirmado por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 20 de octubre de 2009 mediante providencia 78-09.

- 2009. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años por agresión sexual a la señora C.C.H., mediante providencia 61-09. Esta fue confirmada por el Ministerio de la Protección Social el 12 de abril de 2010, al resolver el recurso de apelación.

Estos hechos no tienen ningún fundamento lógico, ninguna excusa válida y absolutamente ninguna explicación intelectualmente aceptable.

Por tal motivo no queda otro camino que solicitar la intervención de la Procuraduría General de la Nación.

II- RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES DEL SUJETO DISCIPLINADO

Es francamente indispensable consignar en esta providencia las sentencias de este Tribunal Nacional en contra de este individuo con título de médico:

1- PRIMER PROCESO

“....Bogotá, noviembre dieciocho (18) del año dos mil ocho (2008).

*SALA PLENA SESION No.980 DEL DIEICIOCHO (18) DE
NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO 2008).*

*Referencia: Proceso No. 836-06 Del Tribunal De Ética Médica Del Valle
Del Cauca.*

Demandado: Doctor G.R.V.

Denunciante: Sra. M.S.C.

Magistrado Ponente: Doctor Miguel Otero Cadena

Providencia No. 61-2008

ASUNTO

Apelación de la RESOLUCIÓN No. 005-2008 del 28 de mayo de 2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio del cual Resuelve “Imponer sanción de SUSPENSIÓN en el ejercicio profesional de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días al Dr. G.R.V., identificado con la cédula de ciudadanía No. ... de, registro médico No. como infractor a los Art. 1 num. 1 y 9, 35 y 36 de la Ley 23 de 1981,

por los hechos relacionados con la paciente señora M.S.C.,” dentro del Proceso 836-06.

HECHOS

El 7 de febrero de 2006 el Hospital Buena Esperanza de Yumbo envió al Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca la queja interpuesta por la señora M.S.C. por la actitud del doctor G.R.V. durante la consulta médica en el puesto de salud de Buenos Aires el día 16 de marzo de 2005.

En la declaración de la señora S. ante la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo Valle, manifiesta:

“En el puesto de salud de Buenos Aires me hicieron la citología me salió con inflamación en el cuello uterino y en el resultado me salió la inflamación entonces la enfermera me dijo que tenía que pasar con el médico entonces yo saqué la cita y entonces me atendió el Doctor G.R., cuando pasé me dijo que tenía entonces yo le pasé el resultado lo que me había salido en la citología, el lo miro y me preguntó que si me dolía para orinar, teniendo relaciones entonces yo le contesté que no me dolía nada ni me ardía tampoco, me dijo que me subiera a la camilla, que me iba a revisar y me preguntó que cuantos orgasmos tenía al tener relaciones con mi esposo, entonces yo le dije que a veces no tenía, entonces el me dijo que me iba a revisar por que de pronto me hacía falta estimulación entonces me dijo que abriera las piernas que me iba a revisar y me empezó a meter los dedos entonces me apretaba como al lado de los ovarios y me dolía porque me hacía muy duro, duró unos minutos examinándome así de lado a lado y entonces después ya me dijo que yo era muy seca y que me iba a estimular y yo le dije que no, porque me daba vergüenza con un desconocido, y el me contestó que no que me relajara que tranquila que no pasaba nada y me empezó a frotar el clítoris y me metía los dedos y me decía que soltara el estómago y el me dijo que me iba a frotar cinco minutitos y le dije que no porque si no con mi esposo mucho menos con una persona desconocida, el me dijo que me relajara que si yo veía que me iba a desarrollar que me viniera que no pasaba nada, yo le dije que no que no podía y yo quería cerrar las piernas, entonces volvió y le dije que pena si no podía con mi esposo y me paré, ya me dijo que me subiera el interior y me dio una formula que porque yo tenía nervios, entonces yo le recibí la formula que me pasó y dejé ese examen ahí tirado y salí de una, Y le comenté a la enfermera, y ella me contestó que no era la primera vez que con otras personas había pasado lo mismo y que ellos no habían dicho nada por miedo de verse

involucrados y pues ella me dijo que si yo gustaba que hiciera una carta que ella me daba el nombre del médico, entonces pues yo le dije que si, pero pues como yo también comenté en la casa entonces me dijeron que eso era tiempo perdido porque ya después iban a decir que la palabra del uno contra la de un médico no le iban a ser caso a uno de lo que uno decía contra un médico y después de ese examen con él me salía un flujo con sangre y yo nunca había tenido ese dolor y menos bajito. Después yo saque cita con la Doctora M.F.E. y entonces ella me preguntó que me pasaba y yo le conté que el Doctor me había masturbado y entonces yo le dije que después de ese examen que el me hizo me salió flujo sanguinolento, entonces ella me dijo que porque no había hecho un escándalo para que dejara de ser tan atrevido, entonces ella me trató me mandó óvulos, una ecografía y un examen y entonces tenía que cauterizarme por que tenía un desgarre de un parto entonces pues lo del flujo era lastimada.”

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de acuerdo al Proceso Disciplinario No.836-06 que consta de 86 folios allegó la historia clínica de la paciente, las declaraciones de la señora M.S., de la señora A.A.P.M. auxiliar de enfermería, y la versión libre rendida por el doctor G.R.V. el día 4 de diciembre de 2006.

En Auto Interlocutorio No. 053~2007 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 19 de diciembre de 2007 se Resuelve: “PRIMERO.-Declarar que existe mérito para formular cargos contra Dr. G.R.V. , por presunta violación a los artículos 1°. Numerales 1° y 9°, artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981.

SEGUNDO.- Señálase el día 30 de enero de 2008, hora 9:30 AM Para realización de la diligencia de descargos.”

En la diligencia de Descargos realizada el día 2 de abril de 2008 y el respectivo documento de soporte el Doctor G.R.V., acompañado de su apoderado el Dr. GUSTAVO ADOLFO GOMEZ RESTREPO explica la forma como él interpreta los resultados de las citologías en general considerando que si existen “células que indiquen la inflamación, puede corresponder a un proceso tumoral, infeccioso de sitio o de tejido adyacente, por eso no me quedo con el solo resultado, si no que interrogo con síntomas asociados y lo complemento con un examen del área afectada ” Ante la pregunta si había utilizado especulo para revisar el cerviz de la

paciente, informa que no lo utilizó por no disponerse de este elemento en el centro de salud y que realizó un examen ginecológico por medio del tacto vaginal, en la versión libre folio 30 manifestó “encontré un proceso de erosión de cuello y flujo alrededor del cuello, no muy abundante, incluso externamente era muy difícil por que la paciente estaba muy tensa, desafortunadamente no hay lubricante en el puesto de salud, entonces lo que se utiliza es Isodine cuando lo hay”.

Realiza una explicación del tratamiento que empleó en esta paciente y que había empleado en otras pacientes con patología de infección similar, tratamiento no convencional y no soportado por la literatura médica a no ser en “foros por Internet principalmente en España” que es “mas efectiva que el uso de los antibióticos convencionales, produciendo un tratamiento más paliativo sobre la infección que lo normal”. El tratamiento lo realiza con guates de látex a pesar que estos ocasionan inconformidad por ser “abrasivos” lo mismo que el uso de la gasa que impregna en Isodine y produce abrasión de los tejidos inflamados e infectados y con esto se obtiene según él, el estímulo para la regeneración de los tejidos.

Considera que la paciente no entendió las explicaciones dadas por su nivel socio cultural, que generalmente en el centro de salud las pacientes pertenecen al estrato 1 y 2, pero que con pacientes de mayor nivel socio cultural “es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos”.

Explica que ante la supuesta violación de los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81 en el Centro de Salud no se dispone de elementos para llevar una historia clínica en mejor forma y él tiene dificultades en la escritura.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la Resolución No.005~2008 del veintiocho de mayo de 2008 no aceptó los descargos presentados por el Doctor G.R.V. y le impuso la sanción disciplinaria de SUSPENSIÓN en el ejercicio de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días.

Con fecha 1 de julio de 2008 el apoderado del Doctor R.V. interpuso recurso de reposición y subsidio de Apelación a la resolución 005-2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 10 de septiembre de 2008 resolvió no reponer la resolución 005-2008 del 28 de mayo de 2008 y concedió la Apelación para ante este Tribunal.

El Recurso de Apelación fue remitido al Tribunal Nacional el día 10 de septiembre de 2008 y repartido en sala mediante sorteo en Sala Plena el 30 de septiembre de 2008, correspondió al doctor Miguel Otero Cadena como Magistrado Ponente.

CONSIDERACIONES

Manifiesta el Dr. GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ RESTREPO en calidad de apoderado judicial del Dr. G.R.V. sustenta los recursos de Reposición y en subsidio de Apelación explicando que el Dr. R. fue muy explícito en las explicaciones dadas a la paciente sobre los procedimientos que le “permitieran al galeno descartar la presencia de otros cuadros infecciosos dada la patología de la paciente, pues es claro que es mejor establecer de manera inmediata el diagnóstico de la paciente a fin de formular e iniciar la estrategia clínica pertinente a fin de dar final satisfactorio al cuadro presentado por la señora M.S.C. De allí que a pesar de la de presunta incomodidad física generada a la paciente no se llevó acabo de manera voluntaria o mucho menos por una actitud deshonrosa por parte del Dr.R.”

Considera el Dr. G. que la paciente mal interpretó las explicaciones dadas por el médico y que los procedimientos fueron realizados para producir efectos benéficos y por lo tanto la queja es infundada. Agrega más adelante que la interpretación errónea por parte de la paciente, pudo haber sido por su “condición social”.

El Tribunal Nacional no encuentra lógicas las explicaciones dadas por el Dr. G.R.V. en la versión libre rendida el 4 de diciembre de 2006, folios 29 a 32, ni las dadas en la diligencia de descargos del 2 de abril de 2008, para demostrar que las maniobras o “procedimientos” no convencionales ni soportados científicamente realizados a la paciente, ni registrados correctamente en la historia clínica, fueron con fines terapéuticos o según el abogado Dr. Gómez. a folio 72 con fines diagnósticos. Tampoco se entiende cómo sin espejito y unos guantes de látex que producen supuestamente abrasión realiza diagnóstico de erosiones del cuello uterino y no utilizó si tenía dudas del diagnóstico y no contaba con los elementos adecuados en

el centro de salud, la remisión de la paciente a un mayor nivel de atención, sin recurrir a métodos no entendibles por la paciente, a pesar de ser bachiller, ni por esta Sala del Tribunal Nacional.

No es aceptable que se apoyen tanto el médico endilgado como su apoderado en el nivel socio-económico o en el estrato 1-2 de la paciente, la interpretación que hiciera ella de las explicaciones del procedimiento.

Desvirtúan la queja de la paciente por el tiempo transcurrido entre los hechos y la presentación escrita de la misma. El Tribunal Seccional encuentra en las explicaciones dadas por la quejosa y el testimonio de la auxiliar de enfermería, justificación a esa demora que se encuentra dentro de los términos establecidos por la Ley.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sostenido que cuando se presentan actividades delictivas atentatorias contra el pudor y la libertad sexual ha de darse credibilidad a la víctima cuando el testimonio de la víctima es coherente, concordante y no existen circunstancias que hagan temer por una acusación temeraria, vindicativa, interesada o por cualquier otra circunstancia que hiciera temer por su veracidad. Esta Corporación comparte ese criterio porque casi un porcentaje del ciento por ciento de estas conductas contra el pudor y la libertad sexual ocurren por razones obvias sin la presencia de testigos. En tales circunstancias aceptar tan peregrina tesis sería admitir que esta clase de atentados quedaran siempre en la más absoluta impunidad. En el caso sub judice nos encontramos con el testimonio de una mujer humilde pero honesta y eso se infiere de su lenguaje y de la forma como relata los hechos acaecidos; esposa preocupada con los abusivos desmanes del médico tratante, preocupada fundamentalmente por su posición ante su esposo y sin que se pueda deducir que hubiera llegado a tener interés en perjudicar al médico. Es desde todo punto de vista prácticamente imposible que una mujer en su calidad de esposa y madre vaya a inventarse tan absurdas acusaciones sin que las mismas hubieran ocurrido en la realidad.

Por el contrario encuentra la Sala que su dicho es concordante con el extraño y desconocido método diagnóstico o tratamiento utilizado por el acusado, la no utilización del espejo que es indispensable, igualmente la falta de una enfermera que en este tipo de exámenes es necesariamente requerida; las anteriores circunstancias unidas a lo comentado por la au-

xiliar cuando la paciente salió asustada del consultorio, de que no era el primer caso, son razones más que suficientes para darle credibilidad a lo denunciado por la quejosa.

En el Capítulo 59 pagina 1425 del Libro DERECHO MÉDICO COLOMBIANO – RESPONSABILIDAD ÉTICA MÉDICA DISCIPLINARIA de Fernando Guzmán y otros, que trata de DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MÉDICO dice:

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominación sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente.

Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona; Su intimidad.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca tanto al elevar pliego de cargos como al sancionar al Dr. G.R.V., se basa en el Capítulo I de la Ley 23 de 1981 que trata de la DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS, principios que expresamente lo señala el Artículo 1 constituyen 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 o religioso . El respeto por la vida y los fueros de las persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.”

Teniendo en cuenta que en el recurso de Apelación no se desvirtúan los cargos y no quedan dudas, no hay lugar a la solicitud de resolver el proceso a favor del investigado.

En relación a la infracción a los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81, existe reconocimiento con algunos atenuantes relacionados con las dificultades en la caligrafía manifestados por el Dr. G.R.V. , pero que no impiden se

cumpla con la norma referente a lo señalado al registro de las condiciones de salud en la historia clínica.

La Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica considera con todo respeto que el Tribunal Seccional al señalar la sanción la aplicó con exagerada benevolencia.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: Confirmar el auto interlocutorio No.005~2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de fecha 28 de mayo de 2008. ARTICULO SEGUNDO: Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE..”

2- SEGUNDO PROCESO

“...Bogotá, Septiembre primero (1) del año dos mil nueve (2009)

*SALA PLENA SESION No.1015 DEL PRIMERO (1) DE
SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).*

*REF: Proceso No. 840, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle
Contra Dr. G.R.*

Denunciante: Señora C.C.H.B.

Asunto: Sanción de Suspensión por más de seis meses

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega. MD.

Providencia No. 61-09

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, en sala plena del 10 de Junio de 2009, resolvió enviar al Tribunal Nacional de Ética Médica el proceso adelantado contra el doctor G.R.V., por queja presentada por la señora C.C.H.B., para la posible imposición de sanción consistente en Suspensión en el Ejercicio Profesional por lapso superior a seis meses.

El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 5 de Agosto de 2009; puesto para reparto en la sala plena del 11 de Agosto, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS

En escrito fechado el 7 de Febrero de 2006, la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital Buena Esperanza de la localidad de Yumbo, Valle del Cauca, envió al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca la queja presentada por la señora C.C.H.B., contra el médico G.R.V. , junto con el auto No. 016-06 de dicha oficina y los anexos correspondientes, para que el tribunal abocara el conocimiento de la queja dentro de su competencia legal.

En la ampliación y ratificación de queja presentada bajo juramento a la ya dicha oficina de Control Interno Disciplinario por la señora H. (folios 7 y 8 rectos), relata ella que el 28 de Diciembre de 2005 fue atendida en la consulta externa del hospital por el doctor G.R, quien la venía controlando al parecer por infección genital; en esta consulta, el doctor le ordenó desvestirse y acostarse en la camilla de examen, “me revisó y me dijo que estaba muy irritada, fue cuando salió del consultorio, le dijo a la enfermera que le diera un frasco que era como una crema para untarme, él me empezó a echar esa crema en la parte vaginal y a limpiarme con algodón y después me empezó a meter los dedos... yo le dije que eso me estaba doliendo, entonces él me dijo que me tranquilizara...después ya terminó con eso y me dijo ahora tiene que estimularse, entonces yo le dije doctor yo nunca he hecho eso... él me dijo no le de pena, haga de cuenta que yo no estoy aquí...yo le ayudo, y él empezó a estimularme, él me dijo pero hay mujeres que se desarrollan muy rápido, usted por qué no...dijo abra bien las piernas y sacó la lengua para hacerme sexo oral, entonces yo me paré de la camilla y le dije yo me voy, me dijo entonces si usted no se estimula le va a coger un dolor bajito, después me dijo cuando llegue a su casa se sigue estimulando”.

Con términos muy parecidos testificó nuevamente bajo juramento la quejosa en diligencia de ratificación de queja ante el Tribunal de primera instancia, el día 18 de Septiembre de 2006; ante esa ratificación, el magis-

trado instructor propuso al tribunal citar para versión libre al doctor R., previa su identificación como médico, diligencia para la cual se fijó el día 3 de Septiembre de 2007 y así se le notificó en debida forma al disciplinado. Igualmente, se dispuso oír en declaración juramentada a la enfermera A.P.M, a quien se identificó como la persona que trabajaba en la institución asistencial donde ocurrieron los hechos y a la cual la quejosa dijo haberle comentado el episodio inmediatamente después de su ocurrencia.

La actuación

En la versión libre visible a folios 27 a 29 (rectos y versos), el doctor G.R.V. se identificó con la cédula de ciudadanía colombiana número expedida en, manifestó ser médico graduado en la Universidad del Valle y poseer el registro médico de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca. Estuvo asistido por el abogado Diego Fernando Medina Capote, a quien dijo otorgar poder amplio y suficiente para actuar como su defensor. Al ser preguntado por su versión de los hechos, admite haber utilizado la sustancia antiséptica “isodine” para frotar “las paredes de la vagina hasta retirar todo el material purulento, es un procedimiento bastante doloroso porque arde y duele”; dijo que tal procedimiento lo había aprendido de un médico en Tuluá y que en la nota escrita por él en la historia clínica de la paciente, correspondiente al día de los presuntos hechos, no consignó con detalle tal procedimiento y se limitó a escribir “asepsia” porque el procedimiento “es algo muy sencillo, es coger una gasa, coger isodine y limpiar la pus”.

En cuanto a la orden de auto-estimularse, admitió que “sí le dije que se estimulara porque genera contracción de cuello y descongestiona a nivel pélvico y de la parte vascular, eso minimiza el dolor después del procedimiento, como ella no sabía le indiqué cómo hacerlo y ella siguió”. Y ante la afirmación de la quejosa sobre intento de sexo oral, respondió: “Cómo voy yo siendo médico y estoy tratando una paciente con una infección, ni bobo que fuera para irme a contaminar de algo, no sé porqué ella dice eso, es ilógico, qué voy a pretender tener sexo oral con una paciente a la que estoy tratando de una infección”. Agregó, para terminar, que toda su conducta “era buscando beneficio para la paciente pero en ningún momento tenía la idea, ni pretendía nada sexual con la paciente, no entiendo por qué la paciente dice eso”.

En testimonio juramentado, la auxiliar de enfermería y promotora en salud A.A.P.M., identificada con la cédula de ciudadanía de, afirmó que la señora H...o le había manifestado “en ese momento, era que él la había tocado la parte genital”, y al ser interrogada por el instructor concretó: “Yo normalmente les explico a las señoras que el médico debe realizar el examen y dentro de éste es un tacto vaginal. Lo que ellas sí me dicen es que fuera del examen que se les debe realizar; él las masturba, por lo cual se les indica que ellas pueden quejarse por éste hecho”.

El tribunal seccional, en auto interlocutorio del 3 de Diciembre de 2008, resolvió formular pliego de cargos al doctor G.R.V. por presunta violación a los artículos 1º, numerales 1, 3, 9 y 10; artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981, y señaló el 28 de Enero de 2009 para la respectiva diligencia de descargos.

En escrito entregado al tribunal seccional el 21 de Enero de 2009, el disciplinado R.V. otorgó poder como apoderada a la abogada Genny Mercedes López Duque; fue ella quien lo acompañó en la diligencia de descargos, visible a folios 49 y 50 rectos, la cual estuvo además complementada con el escrito visible a folios 51 a 55 rectos. En su escrito, el doctor G.R.V. admite de nuevo haber “limpiado el área genital con isodine y gasa”, y señala que “es posible que haya dolor debido a que la paciente se encontraba muy irritada. Por lo tanto le sugerí a la paciente que se relajara, pero no con mala intención y no con un vocabulario descortés”. Afirma que el examen físico genital era indispensable, y que “me ratifico que mi intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional... considero que lo que hubo por parte de la paciente fue una mala interpretación del significado de la palabra estimulación pues se trataba exclusivamente de que entendiera las condiciones de la piel de la zona afectada y que le iban a permitir una mejoría mucho más rápida que con los otros tratamientos”. Reitera que las imputaciones de la quejosa “no son ciertas” y que “no hubo intención alguna de mi parte en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación MÉDICO-PACIENTE” (las mayúsculas son del original). A la testigo A.P. la tacha de “sospechosa” porque presuntamente vive en el mismo barrio de la quejosa y “puede pensarse que se encuentran confabuladas para atentar contra mi buen nombre, ética, valores y derechos”.

Pasa luego a referirse a lo dicho por la quejosa sobre presunto intento de sexo oral, a lo que dice “conociendo la patología de la paciente está claro

que no me iba a arriesgar a atentar contra mi salud o mi propia vida” y afirma que “no más por esta manifestación por parte de la quejosa se puede deducir que existe mala fe e intenciones de causar daño, aunque yo no conozco los motivos de atentar contra mi buen nombre”. Señala que “las explicaciones vertidas al momento de la consulta no fueron entendidas con el sentido que se pretendía por parte de este galeno” y que “está claro que dada su condición social, las personas pueden asimilar ciertas situaciones de maneras muy diferentes y una conducta que un estrato social puede ser vista como reprochable o indecente en otro no, así pues con pacientes de mayor nivel socio-cultural es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos”. Insiste en que el procedimiento que realizó “no es convencional” pero lo aprendió “de un docente en mi época de internado en ginecología en Tuluá” y que “sólo se usa en casos de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuesta a tratamientos convencionales, como sucedió con la paciente C-”. Acepta los cargos en cuanto a los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981 reconociendo “que evidentemente no cuento con la mejor caligrafía” pero alega que “en el puesto de salud en que me encontraba para esa fecha no contaba con equipos de computación que nos permitieran a los que allí laborábamos diligenciar las historias clínicas de una forma más ágil y práctica”, además de señalar que “en un tiempo máximo de atención de quince minutos...se dificulta mucho llevar a plenitud cada una de las labores tendientes a la efectiva prestación de un servicio”, pero manifiesta al tribunal “mi compromiso para mejorar en dicho aspecto”.

Terminada la lectura del documento de descargos, el disciplinado fue interrogado por la Sala Plena para aclarar algunos de los conceptos que había vertido; en sus respuestas, sugirió en que el “malentendido” se produjo porque la paciente quejosa es “del barrio Buenos Aires que es de la ladera sur; es uno de los barrios más bajos, a eso me refiero, en 22 años de práctica médica hasta ahora tengo este problema y fue precisamente en ese barrio”. Como la sala le recordó que en su versión libre admitió haberle dicho a la quejosa que se estimulara y “como no sabía le indiqué cómo hacerlo”, manifestó querer aclarar que “lo que yo le dije a la paciente no fue que se estimulara a nivel genital sino que se hiciera exactamente como se hacen las maternas de estímulo del pezón (sic)...lo otro es que cuando le dije que se sobara no era en la parte genital sino en el hipogastrio o sea la parte baja del abdomen”; como se le pusiera de presente que la versión está firmada por él, de su puño y letra, respondió: “La firma sí, lo que no

entiendo es por qué lo que yo expliqué ese día no está en el expediente, ese día yo no leí porque se me olvidaron las gafas, yo firmé”. Como la Sala pregunta si hace las dichas estimulaciones cada vez que atiende a una paciente con infección del tracto vaginal, es enfático al responder: “Nunca hago lo que hice con esa paciente ni previo ni posterior, lo hice en este caso porque la paciente se quejaba de que le estaba doliendo...y una cosa que quiero aclarar de este caso es que lo que yo les digo en este caso se basa en la declaración de la paciente porque ni siquiera me acuerdo de haber hecho esto en ese puesto de salud. Yo baso lo que estoy haciendo en lo que la paciente describe”. Enseguida reconoce que en el año 2005 hubo otra u otras quejas por motivos similares a la queja actual, pero no refiere cómo terminaron esos casos. El tribunal de primera instancia, por su parte, hizo notar en su resolución 007/2009, (folio 71 recto) que esa corporación sancionó al disciplinado en dos ocasiones por quejas similares a las que obran en el presente proceso, la primera vez con suspensión en el ejercicio profesional por 45 días y la segunda, con suspensión por seis meses.

Como el defensor del doctor R. en diciembre de 2008, abogado Gustavo Adolfo Gómez Restrepo, había pedido recibir testimonio a dos señoras que habían sido atendidas por el disciplinado sin que tuvieran motivo de queja contra él, la Sala Plena del tribunal seccional por auto del 4 de marzo de 2009 visible a folio 60 recto y verso consideró inconducentes tales testimonios para esclarecer la conducta investigada y en consecuencia, denegó la práctica de tales pruebas, decisión que fue debidamente notificada y no fue recurrida.

Analizado el acervo probatorio, la Sala Plena del tribunal seccional mediante resolución del 10 de Junio de 2009 desestimó los descargos presentados por el disciplinado, consideró probado que realizó a la quejosa un procedimiento extraño e inadecuado con un método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, y realizó manipulaciones que llevaron a la paciente “a una situación de mucha incomodidad...alejándose de los principios metodológicos y éticos que deben prevalecer en la relación médico-paciente”. Como acaba de citarse, además señaló que esa corporación sancionó al doctor G.R.V. en dos ocasiones anteriores, por hechos muy similares ocurridos también en los meses de marzo y junio de 2005 en otras dos pacientes que se quejaron por ello, razones por las cuales la Sala Plena resolvió dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica

para la posible aplicación de sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses, al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 23 de 1981, y así se cumplió.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La calidad de médico del doctor G.R.V. se encuentra debidamente probada en el informativo.

Para este Tribunal Nacional, está igualmente probado con las declaraciones de la quejosa, de la auxiliar de enfermería presente ese día en el sitio de los hechos, y del propio disciplinado tanto en la versión libre como en la diligencia de descargos, que atendió a la quejosa en consulta de control por infección genital el día 28 de Diciembre de 2005, que durante tal consulta le realizó aplicación intravaginal de una sustancia desinfectante yodada (Isodine) y que le ordenó “estimularse” presuntamente para aliviar el dolor producido por la aplicación intravaginal mencionada.

El término “estimularse” fue entendido por la quejosa en el sentido de masturbarse digitalmente y provocó en ella, según su declaración juramentada, negativa inmediata a la que el disciplinado respondió con el ofrecimiento de “enseñarle” y las acciones correspondientes en los genitales de ella, cosa que él admite en su versión libre y luego trata de negar en la diligencia de descargos afirmando que lo transcrito en la versión libre no fue lo dicho por él y que tal documento lo firmó sin leerlo “porque había olvidado las gafas”, aseveración imposible de aceptar pues en esa ocasión lo acompañó su abogado defensor y si realmente hubiera tenido dificultad para leer lo que iba a firmar, sin duda lo habría hecho notar de inmediato y esa persona de su entera confianza le habría ayudado o habría señalado la situación al funcionario instructor para evitar lesión al debido proceso y al derecho a la defensa.

La acusación relacionada con el intento de practicar sexo oral a la quejosa, la rechaza el disciplinado con el argumento de que, sabiendo el estado clínico de la señora, no es lógico pensar que él voluntariamente se expusiera a contraer infección que pusiera en peligro su salud o su vida; en este aspecto concreto, se trata de la palabra de la quejosa contra la del disciplinado, porque no había en el consultorio nadie más, como lo afirma el propio doctor G.R.V. al tachar la credibilidad de la testigo

A.P.; sin embargo, no se vislumbran motivos para que la señora H. busque perjudicar en forma tan grande al médico que la venía atendiendo, inventando una acusación precisa con todos los detalles.

Por lo que hace a los puntos del pliego de cargos relacionados con mal diligenciamiento de la Historia Clínica al escribir sus notas en forma casi ilegible, el disciplinado los admite y aún ofrece trabajar para corregir ese comportamiento en lo venidero, por lo que se consideran probados.

Para este Tribunal Nacional de Ética Médica, las faltas contra el pudor sexual cometidas durante un acto médico son de las más graves que pueden reprocharse a un médico. En efecto, por una parte, constituyen indebido aprovechamiento de la posición del profesional frente a una persona necesitada que pide su ayuda en situación de peligro para su salud o su vida, y que a la angustia y preocupación por la enfermedad ve agregados el atropello a algo tan íntimo y delicado como son su vida sexual y su pudor, y el desagrado y maltrato emocional que tales conductas provocan; por otra parte, con esa clase de atropellos se resquebraja el buen nombre de todo el Cuerpo Médico y la confianza que la Sociedad le otorga a quienes protegen bienes tan trascendentales como la vida y la salud, confianza que es indispensable para el correcto ejercicio de la profesión de médico. Si en algún caso tales faltas fueran resultado de algún desorden de la actividad psíquica del médico, al reproche y sanción se agregaría la solicitud de que el afectado se sometiera a los exámenes y tratamientos del caso, manteniéndose fuera del ejercicio profesional mientras no hubiera razonable seguridad de que el desorden hubiera desaparecido, y cambiando las características de su práctica para que en ella no tuviera contacto con personas si los tratamientos no dieran esa seguridad.

En el caso que se analiza, la actuación del doctor G.R.V. fue irregular desde el punto de vista científico y antiética, reñida con el respeto a la dignidad de la señora C.H.B.; viola los numerales 1, según el cual “el respeto por la vida y los fueros de la persona humana” son esencia espiritual de la Medicina; 3, que ordena al médico ajustarse “a los principios metodológicos y éticos que salvaguardian los intereses de la ciencia y los derechos de la persona”; 9, que obliga al médico a “sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal”; y 10, relativo a los principios éticos que rigen el quehacer de los médicos, todos ellos del artículo primero de la Ley 23 de 1981;

también el artículo 11, “la actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo”; el 12, por el cual “el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”; el 15, por cuanto no hay constancia de que obtuviera el consentimiento informado de la paciente para el tratamiento que dice haberle aplicado; y el 36, porque no diligenció la historia clínica respectiva con claridad; los actos contrarios al pudor han sido repetidos por el disciplinado contra diversas pacientes, quienes se han quejado por tal causa como lo admite él mismo, y las sanciones respectivas no parecen haber logrado disuadirlo de su conducta, por lo que este Tribunal Nacional considera que debe imponerse la máxima sanción prevista en la Ley 23 de 1981, la cual servirá por otra parte para evitar que se presenten nuevas oportunidades de atropellos contra otras mujeres necesitadas de consulta médica.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le concede el artículo 89 de la Ley 23 de 1981,

RESUELVA

Artículo Primero. - Imponer al doctor G.R.V. , de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, dentro del proceso incoado por la queja presentada por la señora C.C.H.B. y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por un lapso de cinco (5) años, que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que la presente providencia quede en firme. Artículo Segundo. - Contra la presente providencia son procedentes los recursos de reposición, para ante este Tribunal Nacional, y de apelación, para ante el Ministerio de la Protección Social, dentro de los treinta días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la providencia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE....”

ESTA SENTENCIA FUE APELADA ANTE EL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL, EL CUAL CONFIRMÓ EN TODAS SUS PARTES LA PROVIDENCIA CONTENTIVA DE LA DECISION SANCIONATORIA EL 12 DE ABRIL DE 2010 (FOLIOS 054 A 061 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

3- TERCER PROCESO

“...Bogotá, Octubre veinte (20) del año dos mil nueve (2009)

SALA PLENA SESIÓN No.1022 DEL VEINTE (20) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009)

*Ref: Proceso 820 Del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Denunciante: D.R.R
Contra: Doctor G.R.V.*

*Magistrada Ponente: Guillermina Schöonewolff de Loaiza.
Providencia No. 78-09*

VISTOS

El 9 de julio de 2009 la abogada Genny Mercedes López Duque, apoderada del doctor G.R.V. , interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación ante la Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica, contra la resolución N° 005 del 03 de junio de 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, donde se le impone al doctor G.R.V. sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 meses como infractor del Artículo 1 numeral 1 y 3 . Artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

EL 29 DE JULIO DE 2009 EL Tribunal Seccional resuelve no reponer lo decidido en la resolución 005-2009 del 3 de junio del 2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

Entra para reparto el 3 de septiembre correspondiéndome su instrucción.

HECHOS

La señora D.R.R. con cédula de ciudadanía ... de, afiliada a la E.P.S. Caprecom, con fecha 29 de junio de 2005 interpone una petición en forma verbal y escrita ante la coordinadora de la oficina de Atención al Usuario del Hospital Buena Esperanza ESE del Municipio de Yumbo Valle, señora G.S.G.O. (Folio 00030). En la cual expone: “Fui a la consulta el día 21 de junio de 2005 del Barrio Bella Vista. El doctor G.R.V. , a consultar por un

flujo que tenía. Él me hizo acostar en la camilla y me hizo quitar la ropa interior y me hizo abrir las piernas y comenzó a lastimarme con unas gasas untadas de Isodine. Me dijo que me relajara, que me tocara en la parte vaginal y en los senos como masturbándome para que aflojara un líquido que él necesitaba que saliera. Yo considero que ningún médico debe hacer eso, que no era el modo de tratarme, además me lastimó mucho y estoy sangrando desde entonces.”

El 30 de junio la señora G.S.G. envía a la jefe de control interno disciplinario del Hospital doctora M.R.P., la petición recibida para que se realice la respectiva revisión del caso y se dé una respuesta por escrito para ser presentada a la señora D.R.R.

Mediante auto de julio 29 de 2005 la doctora P., jefe de la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital la Buena Esperanza de Yumbo, Valle, dispone remitir al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, las diligencias adelantadas en contra del doctor G.R.V. “por queja verbal expuesta por la señora D. R. (SIC) R..”

Entre la documentación recibida por el Tribunal Seccional el 5 de diciembre de 2005, figura a folio 00003 constancia de que no se pudo entregar la citación a la paciente por que ya no reside en la dirección anotada. Citación dirigida a la señora D.R.R..

Con fecha 5 de diciembre de 2005 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca dispone adelantar investigación formal contra el doctor G.R.V. .

El 31 de mayo de 2006 el Tribunal Seccional solicita a la jefe de Control Interno del Hospital, copia de la historia clínica, evoluciones, notas de enfermería e informe sobre la ubicación de la paciente D. R. (sic) Rojas, para efectos de citación y se informe que servicio de salud utilizó la paciente para ser atendida en la entidad hospitalaria.

En junio 14 de 2006 se recibe respuesta de la oficina de control Interno del Hospital en la cual envían la dirección y teléfono de la hija de la paciente, señora .BP., y aclaran que la dirección que figura en la historia clínica de la señora D.R.R. con CC: ya no corresponde a su dirección actual. Además se corrige que el nombre de la quejosa es D.R.R. (folio 00015).

En agosto 3 de 2006 la doctora Sandra Viviana Aparicio, abogada asesora del Tribunal Seccional envía citación a la paciente con el apellido errado y a la dirección que se les había notificado que ya no era su residencia.

Nuevamente el 13 de marzo de 2007(F: 00022) la abogada asesora envía citación por segunda vez a la señora R.R. a la dirección correspondiente a la hija de la paciente. La quejosa no asiste a ratificar la queja.

A folio 00023 con fecha 9 de julio de 2007 se observa constancia secretarial que indica que se ha citado en 2 ocasiones por escrito y se ha entablado conversación telefónica con la hija de la señora D. R. (sic) R. y no se ha hecho presente.

El abogado asesor del Tribunal Seccional doctor Augusto Cuellar, solicita a la coordinadora de atención al usuario del Hospital de Yumbo, el texto original de la queja de la señora D.R.R y le solicita gestión para poderla localizar.

En abril 8 de 2008 se envía la tercera citación con el apellido R.R. a la dirección suministrada por el Hospital de Yumbo, pero tampoco asistió la paciente a la citación y no presentó justificación válida.

El Hospital La Buena Esperanza remite a solicitud del Tribunal, copia de la historia clínica y las guías de protocolos para el manejo de la vaginosis.

El 10 de noviembre rinde su versión libre el doctor G.R.V. con cc: ... de ... en compañía de su abogado y manifiesta que lo que acostumbra a hacer cuando le llegan casos de vaginosis a repetición que no responden al tratamiento es hacer una asepsia con isodine y con gasa, retirar al máximo el material purulento que pueda haber, dejar vagina y cuello lo más limpio posible y después de eso instaurar tratamiento farmacológico para que actúe sobre lo poco que pudo haber quedado de sustrato infeccioso. Dice que le pide que esté lo más relajada posible, que se estimule los pezones porque al apretar el pezón se libera oxitocina y eso estimula la contracción del útero, “En caso de que haya una secreción en la parte interna, al contraer el útero la expulsa.” No deja constancia en la historia clínica porque solo deja un resumen de la consulta. Se le solicita que lea lo que anotó en la historia clínica pero algunos apartes el mismo médico no los

entiende. Agrega que es un procedimiento bastante efectivo pero por las consecuencias que le ha traído con las quejas decidió no volverlo a hacer; el procedimiento no lo aprendió de los libros sino por un ginecólogo en Tulúa doctor M., cuando realizó su rotación de ginecología.

El 10 de diciembre de 2008 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, analiza las pruebas recaudadas en el proceso y realiza las siguientes conclusiones:

- 1- Atendió a la paciente D. R. (sic) R. en el servicio de consulta externo del puesto de salud Bellavista el día 21 de junio de 2005.*
- 2- Al diagnosticar un cuadro de vaginosis en la paciente R.R, se apartó de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de la Protección social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, al utilizar un método poco ortodoxo y sui generis (estimulación.)*
- 3- No dejó constancia en la historia clínica, del método terapéutico utilizado.*
- 4- El diligenciamiento de la historia clínica no fue claro*
- 5- Utilizó un método terapéutico no debidamente aceptado por las instituciones científicas legalmente reconocidas.*
- 6- No brindó el apoyo necesario en la atención brindada a la señora R.R., antes por el contrario despertó su preocupación que la llevó a instaurar la queja.*
- 7- No se ajustó a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los derechos de la persona.*

EL Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca resuelve formular cargos por posible violación a los Artículos: Artículo 1º numerales 1,3, 9 y 10, y los artículos 11,12 y 15 de la Ley 23 de 1981. Adicionalmente el artículo 36 de la misma Ley por haber realizado la historia clínica de la paciente con letra ilegible.

El 11 de febrero de 2009 rinde sus descargos el doctor G.R.V. en compañía de su abogada doctora Genny Mercedes López Duque, informa que es médico general de la Universidad del Valle, tiene 49 años, casado y CC: ... de

Manifiesta que la señora D.R.R. profirió imputaciones deshonrosas en su contra, declaración que no fue ratificada ante el Tribunal de Ética Médica

del Valle del Cauca, a pesar de tres citaciones que le enviaron a la quejosa. Refiere que atendió a la paciente en varias ocasiones, y que le pudo haber causado dolor por el grado de inflamación que presentaba. Dice que actuó con ética, profesionalismo, prudencia, educación, utilizando un vocabulario menos técnico y más popular para que entendiera un resultado positivo en su recuperación., el cual fue interpretado erróneamente.

Afirma que existen ciertas manifestaciones que pretenden hacer ver de su parte una conducta violatoria de los principios éticos, y que no hubo intención alguna en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación médico paciente.

Refiere que las declaraciones de la auxiliar de enfermería A.P. son de mala fe y con intención de causarle daño y que por lo tanto iniciará las acciones legales pertinentes.

Acepta que si bien el procedimiento realizado no es convencional solo lo usa en caso de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuestas a tratamientos convencionales como en el caso de la paciente.

Dice que con relación a los cargos formulados en los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, reconoce que no cuenta con la mejor caligrafía, lo que le ha impedido en muchos casos desarrollar su labor a cabalidad.

Solicita tener como pruebas documentales las copias de las calificaciones de su desempeño laboral. Y como testimoniales las declaraciones de tres pacientes para que informen como testigo presenciales lo que conste sobre hechos de su comportamiento como médico en casos similares.

En marzo de 2009 el Tribunal Seccional resolvió denegar las pruebas solicitadas por el doctor G.R.V. por considerarlas inconducentes para el propósito de desvirtuar los cargos formulados.

El tres de junio de 2009, La Sala Plena del Tribunal Seccional en su resolución No 005. -2009 profiere RESOLUCIÓN DE FONDO, por medio de la cual resuelve:

Aceptar los descargos con relación al Artículo 1º numerales 9 t 10 de la Ley 23/81 al concluir que su comportamiento no obedeció a una actitud

inmoral dirigida a fines diferentes al servicio médico, sino a un procedimiento inadecuado y no convencional, con una método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, que se aparta de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de La Protección Social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza.

Y no aceptar los descargos presentados referentes al Artículo 1º numerales 1 y 3 ; 7 y los artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

Y segundo imponer al doctor G.R.V. CC: ... de, sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de 6 meses.

EL RECURSO

El 09 de julio la apoderada del doctor G.R.V. interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación contra la resolución 005 del 03 de junio de 2009. del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la cual lo sancionó con suspensión en el ejercicio profesional durante 6 meses.

Fundamente su recurso:

1-Considera muy drástica la sanción de 6 meses impuesta al doctor G.R.V. , habiendo ratificado en audiencia de descargos, que la intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional.

2-La conducta y el procedimiento utilizado por este profesional se salen de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, pero solo se utilizó con el fin de descartar otros cuadros de infecciones.

3- El procedimiento es inadecuado, pero que en ningún momento hubo mala fe, tanto es así que el mismo profesional ha confesado su inusual procedimiento y no ha negado sus actuaciones.

4-El doctor G.R.V. ya fue sancionado por el Tribunal de Ética Médica del Valle con suspensión de 45 días, por violación de los mismos artículos, por hechos muy similares ocurridos en marzo del 2004, sanción debidamente causada.

5-Dice que en contra de su defendido existe una confabulación, pues existen varias declaraciones en contera, sobre hechos narrados muy similares, practicados en el mismo sitio y en todas las declaraciones aparece la auxiliar de enfermería A.P.

6-El doctor G.R.V. acepta su culpa de la forma inadecuada del pro-

cedimiento y manejo inusual del tratamiento, pero alega que ya fue sancionado por este proceder.

7-Se debe aplicar el principio del Non bis in ídem, dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de impedir que una persona ya juzgada vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta o procedimiento y también prohíbe permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones o juicios sucesivos ante una misma jurisdicción.

8- Los hechos son diferentes o más bien quien denuncia los hechos son personas diferentes, pero se hace énfasis en un mismo diagnóstico, en una misma conducta o procedimiento no convencionales o soportados científicamente, realizados a los pacientes, ni tampoco registrados correctamente en la historia clínica.

PETICIÓN: Se revoque la Resolución No 005 del 3 de junio de 2009 mediante la cual se sanciona al doctor G.R.V. con suspensión en el ejercicio de la medicina por el termino de 6 meses.

El 29 del mes de julio del 2009 el Tribunal de Primera Instancia resuelve no reponer la decisión de la resolución 005-2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

La señora D.R.R presenta una queja o petición en forma verbal y escrita ante funcionaria de la oficina de atención al usuario del hospital Buena Esperanza del Municipio de Yumbo con relación a la consulta y procedimientos realizados por el Dr. G.R.V. el día 21 de Julio de 2005.

La queja es remitida a la jefe de control interno disciplinario del mismo Hospital. Se cita a la paciente para ampliación y ratificación de la queja, pero la dirección que figura en la historia clínica ya no corresponde a la paciente.

De la oficina de control interno del hospital se remiten las diligencias adelantadas y la versión libre del médico al Tribunal de Ética Médica del valle del Cauca, registrando en forma accidental que la quejosa se llama D.R.R

El Tribunal solicita a la oficina de control interno disciplinario del Hospital la historia clínica, hojas de enfermería, etc de la paciente.

Por regla general, las denuncias deben ser interpuestas bajo la gravedad del juramento y por tal razón, en principio, las denuncias anónimas no son de recibo, pero pese a la situación anterior, cuando la denuncia anónima contempla informaciones serias, reales y verídicas, tal información puede ser fuente para iniciar una investigación preliminar que tiene como objetivo primario verificar la verosimilitud de las denuncias contenidas en ese tipo de escritos.

Es evidente que lo contenido en la denuncia de la señora R.R., a pesar de no haber podido ser ratificada bajo la gravedad del juramento, es una realidad, que su contenido se ajusta completamente a la verdad histórica de los hechos, tanto que los hechos, por lo menos en lo relacionado con su existencia son aceptados por el propio disciplinado.

En tales circunstancias, pese a la no ratificación de la denuncia la información fue idónea para iniciar la respectiva investigación y para llegar al conocimiento de los hechos que llevaron al Tribunal de primera instancia a imponerle una sanción al médico disciplinado.

Se trata entonces ésta de una actuación válida, que no es del caso anular por las razones expuestas con anterioridad.

En el recurso de apelación el inculpado doctor R. en ningún momento debate o desvirtúa las consideraciones y conclusiones a que llegó el Tribunal Seccional para imponerle la sanción de suspensión; por el contrario acepta que realizó los métodos y procedimientos motivo de la queja, que se apartó de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, y confiesa su inusual procedimiento y acepta su culpa, lo mismo que el diligenciamiento de la historia es deficiente por no contar con “su mejor caligrafía”

Dice el memorial que el doctor R. realizó estos procedimientos para descartar otros cuadros de infecciones, sin aclarar cuales, puesto que el motivo de consulta de la paciente y el diagnóstico anotado por el mismo médico fue el de vaginosis sin presentar síntomas de otra patología.

En su recurso acepta haber sido sancionado con anterioridad (15 meses antes), por los mismos hechos, sin embargo continúa realizando estos pro-

cedimientos con el conocimiento que eran censurables y sancionables lo que indica que el médico G.R.V. es reincidente.

El nom bis in idem es una garantía constitucional que prohíbe la persecución reiterada, indefinida y consiste precisamente en que no se puede iniciar plurales investigaciones penales por un mismo hecho.

Al hacerse referencia a un mismo hecho, ha de entenderse la prohibición como la imposibilidad de los funcionarios del Estado de iniciar varias investigaciones por una misma conducta o por un mismo hecho; porque es obvio que el Estado en el ejercicio del ius puniendi puede iniciar tantas investigaciones contra una misma persona, como cuantos hechos o conductas diferentes haya realizado.

En el caso presente la recurrente tiene un errado concepto de esta prohibición constitucional porque no se está tramitando una nueva investigación por un hecho que en el pasado fue objeto de juzgamiento sino que se trata de un nuevo proceso originado en una nueva conducta realizada por el mismo médico pero sobre una paciente diferente y en circunstancias de tiempo modo y lugar perfectamente diferentes.

Tan cierta es la aseveración anterior que el propio legislador admite en el caso de la inasistencia familiar que una vez adelantado un proceso por incumplimiento alimentarios del pasado si el irresponsable padre nuevamente incurre en la inasistencia se le puede hincar un nuevo proceso por el mismo delito porque se trata de nuevas conductas, similares a las anteriores pero diferentes, en cuanto constituyen nuevos deberes alimentarios.

Lo anterior aparece previsto en el artículo 235 del Código penal que establece:

“....Art.235. Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria...”

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: Confirmar la resolución No 005 del 03 de junio del 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio de la cual se le impone sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 (seis) meses al doctor G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No de Como infractor al artículo 1 numeral 1 y 3, artículos 11, 12 15 y 36 de la Ley 23 de 1981. ARTICULO SEGUNDO: Una vez en firme la presente providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE...”

III- RESPÈCTO DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA POR EL MÉDICO CONDENADO

Es absolutamente claro que el individuo G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal cuando, a pesar de haber sido condenado con sanción severa de suspensión en el ejercicio de la medicina, continuó desempeñándose como médico sin tener el privilegio legal y social de hacerlo

La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como: “la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.”

La medicina se ha clasificado como una ‘profesión liberal’. La esencia de estas profesiones es que la persona entrega a quien las ejerce una confianza especial y unos elementos personales íntimos que hacen que la relación sea más de tipo humanístico que económico.

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

Las facultades de medicina legalmente reconocidas, que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los

datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). La medicina en nuestro país la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame) y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas .

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición, en forma reiterada, está ejerciendo como médico.

Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente.

Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas, y profesionalismo.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

El delito no es solamente ejercer un acto médico no aprobado, sino anunciarse para tal efecto, lo cual configuraría simultáneamente un delito de estafa .

El tratadista colombiano Sergio Yepes expresa en su obra Responsabilidad Civil Médica:

“[...] debemos denunciar a aquellas personas que sin ser médicos realizan actividades curativas temerariamente, poniendo en peligro la integridad de quienes se someten a sus acciones ocasionando menoscabos en éstos debido a la impericia y a la falta de conocimiento y competencia profesional.”

La Ley 14 de 1962 aclara qué personas ejercen ilegalmente la medicina:

“[...] a) Las que por medio de las llamadas ciencias ocultas se dediquen a tratar enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden. b) El que con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones, o por cualquier otro medio semejante abuse de la credulidad ajena. c) Los médicos y cirujanos, o las personas legalmente autorizadas para ejercer dicha profesión que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos. d) Los que trabajen en ramos afines o auxiliares de la medicina, como farmacéuticos, enfermeros, parteros, fisioterapeutas, etc., que extralimitando el campo de sus actividades practiquen el ejercicio de aquella profesión.”

Y aclara las sanciones respectivas: “El que ejerza ilegalmente la medicina y cirugía sin tener el correspondiente título de idoneidad[...] incurrirá en prisión de seis meses a dos años y responderá civilmente de los perjuicios causados.”

Desafortunadamente, en la actualidad el ejercicio ilegal de la medicina comporta una multa si nos basamos en el Código de Policía.

Pero, si se analiza el asunto desde el punto de vista de suplantación de personalidad, fraude procesal, estafa y otros delitos asociados a este ejercicio, las sanciones se pueden hacer más efectivas y de una severidad proporcional al acto médico ilegal.

El sujeto G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal al estar suspendido de su práctica por condena ejecutoriada de los tribunales de ética médica.

La prueba reina en este caso obra a folio 008 del cuaderno principal del expediente en cuestión, en donde se aprecia que el 19 de julio de 2010

ejerció la profesión médica estando suspendido de la misma por sentencia ejecutoriada del Tribunal Nacional de Ética Médica y confirmada en la respuesta a la apelación impetrada por el condenado, el día 12 de abril de 2010.

Quiere esto decir que, el 19 de julio de 2010, el sujeto G.R.V. atendió a la paciente M.A.F.P., estando suspendido del ejercicio de la medicina a partir del 12 de abril de 2010. Esto conforma un claro ejercicio ilegal de la medicina.

Y estaba suspendido por la condena impuesta de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años, comenzando en el año 2009, de acuerdo con la providencia 61-09 de esta superioridad, la cual se encuentra transcrita en ésta providencia

Ya veremos mas adelante, cuando se hable de interrupción de la prescripción, los alcances de esta trasgresión de la norma ético médica.

IV- RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

En providencia número 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA se expreso lo siguiente:

...

“...Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981 . Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

...

En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:

“ La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.-

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años.

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la 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.

.....

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración, o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito, debidamente ejecutoriada. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, “ rápidamente, “ sin dilaciones injustificadas.....”, pues no puede el disciplinado quedar sujeto indefinidamente a una imputación.

Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales.

V- LA PRESCRIPCION EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL

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.

Este Tribunal Nacional de Ética, en noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. Efraím Otero Ruíz, en la Providencia No.92-2013 expresó en relación a que la prescripción no operaba en tres años:

“...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 llenado 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 querrela. 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 querrela 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 persecutoria 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.

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

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 marcado 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 Ennecerus 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 ambos 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).

.....

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 prescrip-

ción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicio 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 número: 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 artículo 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 benefician 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 inexecutable 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.

VI- LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe analizarse aquí un aspecto de capital importancia que viene preocupando a los tribunales de ética médica colombianos, tanto seccionales como nacional, respecto de la prescripción que ha sido analizada previamente.

Por muchísimas razones, múltiples procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e ineffectividad en la resolución de casos de variada índole.

En nuestro sistema profesional médico se presentan varias causas de prescripción, entre las cuales mencionamos solamente algunas:

1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las víctimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria;

2- La falta de diligencia por parte de las entidades estatales o privadas que conocen de las posibles faltas disciplinarias y se demoran en denunciarlas ante los tribunales disciplinarios

3. La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.

4. La excesiva carga de procesos en manos de un número insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas;

5. Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias, obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles, presentación de nulidades inexistentes, etc;

6. La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

En anterior decisión, ésta Corporación, con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora (21 de julio de 2015), en relación con la interrupción de la prescripción sostuvo:

I- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Debe analizarse aquí un aspecto de capital importancia que viene preocupando a los tribunales de ética médica colombianos, tanto seccionales como nacional, respecto de la prescripción que ha sido analizada previamente.

Por muchísimas razones, múltiples procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e ineffectividad en la resolución de casos de variada índole.

En nuestro sistema profesional médico se presentan varias causas de prescripción, entre las cuales mencionamos solamente algunas:

- 1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las víctimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria
- 2- La falta de diligencia por parte de las entidades estatales o privadas que conocen de las posibles faltas disciplinarias y se demoran en denunciarlas ante los tribunales disciplinarios
- 3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso
- 4- La excesiva carga de procesos en manos de un número insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.
- 5- Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias, obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles, presentación de nulidades inexistentes, etc.
- 6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

Es una realidad que en la Ley 23, regulatoria del proceso ético disciplinario no existe ninguna previsión normativa relacionada con la prescripción y menos aún, sobre su posible interrupción. Esta laguna legislativa nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la posibilidad de la integración legislativa con normas de otros ordenamientos, para que podamos responder a éste interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas. En el ámbito jurisdiccional, ejerce el ius puniendi, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana,¹ ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital,² la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,³ la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles,⁴ la prohibición del destierro, la cadena perpetua,

¹ 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).

² ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

³ ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁴ ARTICULO 28. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las

y la confiscación;⁵ de prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida;⁶ de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones,⁷ de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad

formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

⁵ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

⁶ 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.

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, **YA 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).

⁷ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. SÓLO PUEDEN SER INTERCEPTADAS O REGISTRADAS MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

de locomoción.⁸ Igualmente es perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo,⁹ la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso,¹⁰ la práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites de la legalidad¹¹ y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano.¹²

8 ARTICULO 28. *Toda persona es libre. NADIE PUEDE SER MOLESTADO EN SU PERSONA O FAMILIA, NI REDUCIDO A PRISIÓN O ARRESTO, NI DETENIDO, NI SU DOMICILIO REGISTRADO, SINO EN VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, CON LAS FORMALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LA LEY.*

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁹ ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

¹⁰ 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.

¹¹ Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

¹² 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.

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento,¹³ que al decir de Escriche, es evitarle al ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo Nro. 2 de 2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contentivo del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional.¹⁴

¹³ *Non bis in ídem*. Estas palabras latinas, que literalmente significan no dos veces sobre lo mismo, contienen un axioma de derecho, cuyo sentido es que por un mismo delito no se ha de sufrir mas que una persecución; es decir, que no puede ser nuevamente acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él;

Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese esperar asilo sino en la tumba.

Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia, Don Joaquín Escriche, Magistrado de la Audiencia de Madrid, pág 1338 Garnier Hermanos. Libreros Editores. París, Sin año de edición.

¹⁴ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua,¹⁵ y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos.¹⁶

Como consecuencia de ésta reforma constitucional y de la subsiguiente ratificación del Pacto de Roma, a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y de guerra podrían hacerse acreedores a la cadena perpetua como pena y a la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre y cuando dichas conductas sean avocadas en su conocimiento por la Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de subsidiaridad de su competencia.

Bien se sabe, que dicho Estatuto es complementario de las legislaciones nacionales y por tanto, la Corte Penal Internacional solo adquiere competencia cuando se dan ciertos supuestos expresa y taxativamente contemplados en dicho texto.

Si la Corte Penal no adquiere competencia, esos delitos de lesa humanidad, serán conocidos por la justicia nacional y los responsables se harán acreedores a las penas previstas en la ley penal nacional y la prescripción de la acción y de la pena será de conformidad con las previsiones de nuestras leyes.

El vocablo prescripción en su contenido lingüístico en el ilustrado concepto de Cabanellas significa:

¹⁵ Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. **Artículo 77. Penas aplicables**

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5o del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

B) **LA RECLUSIÓN A PERPETUIDAD CUANDO LO JUSTIFIQUEN LA EXTREMA GRAVEDAD DEL CRIMEN Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CONDENADO.**

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (Lo destacado no lo es en el texto)

¹⁶ Ley 742 de 2002. **Artículo 29. Imprescriptibilidad.** Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

“**PRESCRIPCIÓN.** Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. **CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA.** Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.¹⁷ (Lo destacado no lo es en el texto).

El mismo autor en relación con la prescripción de la acción nos indica:

“**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. NO PUEDE EJERCERSE EFICAZMENTE ÉSTA UNA VEZ TRANSCURRIDO CIERTO TIEMPO DESDE HABERSE DELINQUIDO.**

.....

Esta caducidad procesal empieza a correr desde la medianoche del día en que se haya cometido el delito o, de ser éste continuo, desde aquel en que cesó de cometerse.¹⁸ (Lo destacado no lo es en el texto).

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

“PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.”¹⁹ (Lo destacado no lo es en el texto).

La prescripción es un fenómeno jurídico que se presenta cuando se le

¹⁷ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 373, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

¹⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

¹⁹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

vence al Estado en el ejercicio de sus facultades persecutoras un tiempo determinado dentro del cual podía ejercer el legal hostigamiento o ejecutar el castigo impuesto. Si dentro de éste lapso de tiempo, el Estado no puede consumar la persecución o implementar el castigo, cesa su competencia persecutora o sancionadora, como consecuencia del perfeccionamiento del fenómeno de la prescripción de la acción o de la pena.

Con la consumación de la prescripción de la acción, el Estado pierde la competencia para poder seguir investigando o tramitando el juicio, según el caso, por haberse perfeccionado el fenómeno de la prescripción y en tratándose de la prescripción de la pena, pasado el tiempo previsto en la ley, sin que el Estado hubiera podido ejecutar la pena impuesta por medio de sentencia ejecutoriada, pierde la capacidad de poderla ejecutar, precisamente por haberse vencido el tiempo que el legislador le concedió para que la pudiera hacer cumplir.

La prescripción de la acción penal se encuentra prevista en el artículo 83 del vigente Código Penal (Ley 599 de 2000) al determinarse:

“ **ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

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

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público 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.

La prescripción de la pena aparece consagrada en el artículo 89 del Código Penal al precisarse:

“ARTÍCULO 89. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL. La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años

La acción penal o capacidad del Estado para investigar hechos delictivos o conductas disciplinarias, surge precisamente de la consumación de la conducta tipificada en la ley, bien por acción o bien por omisión, bien por acción delictiva instantánea o permanente.

En tales circunstancias el término de prescripción comienza a contarse desde el día en que se perfeccionó la acción o la omisión mediante la cual se consumó la conducta típica.

En las conductas de consumación instantánea es obvio, que el tiempo prescriptivo de la acción comienza a contarse desde el día en que se realizó la acción o la omisión que produjo el resultado antijurídico. En el caso del homicidio desde el día en que se produce la muerte de un ser humano como consecuencia de la acción o de la omisión realizada por el sujeto agente del delito.

En las conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, a partir del día en que se realizó la última acción delictiva. En el hurto continuado,

a partir del día en que se consumó la última sustracción y en conductas permanentes como el secuestro, desde el día en que la persona por cualquier motivo recobra la libertad o fallece dentro del ilícito cautiverio.

En las conductas omisivas el término prescriptivo de la acción comenzará a contarse desde el día en que haya cesado el deber legal de actuar.

La iniciación del término prescriptivo de la acción penal aparece regulado en el actual código penal, en su artículo 84 al determinar:

“ARTÍCULO 84. **INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.** En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación.²⁰

Pero esa tradición jurídica se pierde con las previsiones del artículo 6° de la ley 890 de 2004 que modifica tal concepción y se dispone que la prescripción se interrumpe es con la formulación de la imputación. Es obvio

²⁰ ART. 86.—Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

que esta modificación se produce como consecuencia de comenzar a regir el nuevo sistema procesal acusatorio.

“ ARTÍCULO 86. *INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN.*

<Inciso 1o. modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Hoy con la norma disciplinaria vigente,²¹ y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha dispuesto que la prescripción de la acción disciplinaria comenzará a contarse a partir del auto de apertura del proceso disciplinario.

Lo anterior nos indica que hubo una profunda modificación en cuanto a la forma de comenzar a contarse la prescripción de la acción disciplinaria, porque ya no es desde el momento de la consumación, ni desde la ejecución del último acto, ni desde que cesó el deber de actuar, como se había contemplado en la legislación anterior, sino que el término prescriptivo se comenzará a contar a partir de la fecha en que se dicte auto de apertura de la investigación disciplinaria.

²¹ ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios. Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y/o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración,²² al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la ley penal favorable,²³ y al principio de integración, para llenar los vacíos

²² Ley 599 de 2000. ART. 2°—**INTEGRACIÓN**. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código. Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

²³ Ley 599 de 2000. ART. 6°—**LEGALIDAD**. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 6o. **LEGALIDAD**. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido.²⁴

Lo anterior, porque el Código Disciplinario Médico, Ley 23 de 1981, en el artículo 82, ordena que los vacíos existentes en esa norma sean llenados por remisión a las previsiones del Código de Procedimiento Penal. En esta norma se evidencia la voluntad del legislador, que fue consciente que eran disciplinas con características y principios similares, y por ello ordenó que sus vacíos se llenaran en el ámbito del derecho procesal penal y de ningún otro ordenamiento.

Es evidente que éste tipo de regulaciones normativas no cubren la totalidad de los fenómenos de derecho penal material, ni del derecho procesal penal que se presentan en el adelantamiento de los procesos disciplinarios, vacíos que de manera necesaria, se deben llenar de conformidad con las previsiones penales y procesales señaladas con anterioridad y que aparecen consagradas en los códigos penal y procesal penal, actualmente vigentes.

Lo anterior, porque como ya lo adelantábamos el juez, bajo ninguna circunstancia puede abstenerse de fallar un proceso, argumentando ausencia de normas o vacíos probatorios, so pena de incurrir en una conducta delictiva. La Ley 153 de 1887, en relación con éste tema dispone:

“ARTÍCULO 48. LOS JUECES Ó MAGISTRADOS QUE REHUSAREN JUZGAR PRETEXTANDO SILENCIO, OSCURIDAD Ó INSUFICIENCIA DE LA LEY, INCURRIRÁN EN RESPONSABILIDAD POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es por las circunstancias normativas precedentes que ha de concluirse que pese a que el artículo 82 solo remite a las normas procesales penales, para efectos de cumplir con el deber de impartir justicia se debe hacer remisión a las normas penales, procesales o disciplinarias que sean necesarias para llenar los vacíos que pudieran existir en éste ordenamiento y que por tal circunstancia, pudieran convertirse en un obstáculo para las decisiones que deben ser tomadas.

²⁴ ARTÍCULO 25. **INTEGRACIÓN.** En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

Lo anterior, no descarta entonces que para efectos de poder dictar un fallo disciplinario tuviera que hacerse remisión a normas del Código Penal, del Código Disciplinario Único, o de cualquier otra normatividad procesal con la que pudieran llenarse vacíos o lagunas normativas contenidas en el Código Disciplinario.

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudir a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8° de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes,²⁵ y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.

Como una parte del derecho penal material, el derecho disciplinario debe ser concebido y reglamentado dentro de las garantías y características del derecho penal material, pero es obvio, que haciendo parte del derecho administrativo, sus decisiones tienen la opción de ser cuestionadas en el ámbito de la justicia Contencioso Administrativa.

Toda la conceptualización propia del debido proceso, con sus derechos y garantías que son propias para el derecho penal son extensibles al ámbito del derecho disciplinario, porque ambos pertenecen al ámbito del derecho sancionador y las únicas diferencias existentes es en relación con las consecuencias punitivas al producirse el juicio de responsabilidad.

²⁵ “ Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Dentro de esa naturaleza compleja del derecho disciplinario ha de concluirse entonces que el trámite de los procesos disciplinarios debe adelantarse con el apego de los principios y garantías propias del derecho penal material y que la decisión final del proceso disciplinario si es susceptible de ser cuestionada ante la justicia contencioso administrativa.

El Derecho Penal Disciplinario en el pensamiento de don Luis Jiménez de Asúa:

“ Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena.”²⁶

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

Es importante igualmente destacar que el rigor que en la descripción de las conductas típicas que se exige en el ámbito del derecho penal no se da en el derecho disciplinario, puesto que al decir del maestro Jiménez:

“ A nuestro juicio, lo que acontece es que la infracción suele estar formulada inconcretamente, vagamente. En este sentido y por lo mismo que los tipos penales son agotadores, no le falta razón a Max Ernesto Mayer al establecer como características del Derecho Penal disciplinario la ausencia del tipo.”²⁷

²⁶ Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967.

²⁷ Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Ob cit. Tomo I pág 44.

La potestad disciplinaria que posee el Estado deviene directamente de la propia Constitución, puesto que al imponerse una serie de deberes a los funcionarios públicos, se prevé la posibilidad de su sanción para garantizar el correcto y eficiente funcionamiento del Estado en todas y cada una de sus manifestaciones.

La Constitución Nacional en el capítulo destinado a la función pública, precisa y determina quienes son funcionarios públicos y delega en la ley para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.²⁸

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado,²⁹ y la de éstos y los particulares en el artículo 6º del mismo Estatuto,³⁰ confiriéndose a la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6º del artículo 277 de la C. N.³¹

Por delegación legal del Estado, se faculta a algunas instituciones privadas, con funciones públicas transitorias, para que ejerzan igualmente funciones disciplinarias como ocurre con las corporaciones docentes respecto de los estudiantes, los patrones en relación a las faltas cometidas por los trabajadores de conformidad con un reglamento del

²⁸ Art. 123.- Son servidores publico los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio

²⁹ Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.

³⁰ ARTICULO 60. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

³¹ Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones publicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

trabajo debidamente autorizado por el Ministerio del Trabajo, en la actividad deportiva por parte de las ligas aficionadas o profesionales en relación con las infracciones al reglamento deportivo, por delegación directa de la Ley del Deporte y en las agremiaciones profesionales, para ejercer un control sobre el ejercicio adecuado de esas profesiones que son autorizadas y reglamentadas por el Estado.

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad.³²

La potestad disciplinaria ha sido definida por Julio Pratt, como :

“ La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo. ³³

Es claro que al ser un derecho sancionador y al poderse afectar derechos trascendentes del ciudadano, como sería por ejemplo excluirlo del ejercicio profesional por un tiempo más o menos largo, que en la actualidad puede llegar a ser hasta de cinco años, es apenas lógico que dicho poder punitivo se encuentre perfectamente regulado para evitar que se pudieran cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos sometidos a tales controles.

Es por ello que en éste ámbito predomina de manera relevante el principio de legalidad, tanto en el área de la definición de las conductas constitutivas de falta disciplinaria, como en el área procesal, en cuanto a los procedimientos que deben seguirse para finalmente poder imponer una sanción disciplinaria.

³² Art. 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio . La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

³³ Derecho Administrativo, Julio Pratt, Tomo I. Pág 154. Montevideo 1977.

La Constitución de 1.991 dispuso un muy especial cuidado a los problemas relacionados con la salud, la seguridad social y el desarrollo integral y armonioso de los ciudadanos al establecer una serie de normas que tienen como finalidad fundamental garantizar el pleno y libre desarrollo de la personalidad, dentro del más estricto respecto a la dignidad de ser hombre.

Es por ello que en el artículo 43 estableció que la mujer:

“ Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.”

En el 44 se determinó que:

“ Son derechos fundamentales de los niños; la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada.....

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y en el 47 la protección de los minusválidos, mientras que en el 48 se determina la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado; para finalmente establecer en el art 49 que:

“ La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

“ Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“ Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad.”

“ La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.”

“ Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

En el art 50 se consagra el derecho de todo niño menor de un año a recibir atención gratuita en todas las instituciones que reciban aportes del Estado cuando no tuvieran cobertura en salud.

Dentro de tales parámetros normativos es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los colombianos, destacándose éste como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el substrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales es claro que se debe dar una mayor protección a la conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.

Es entonces indiscutible que por ser el objeto de estudio y del ejercicio de la medicina la vida humana, se trata de una profesión prioritaria dentro de la vida de la comunidad y por ello el Estado se ve en la obligación de reglamentarla y controlarla con mayor precisión y exigencia que las otras profesiones liberales que están autorizadas en su ejercicio por la Constitución y la Ley.

La ley ética no ha sido concebida con un propósito persecutorio contra los médicos, sino con la laudable finalidad de garantizar un ejercicio responsable de esta profesión y de tal manera obtener la concreta vigencia y cumplimiento de los principios constitucionales antes citados.

Es dentro de este entendimiento que no es posible que pueda concebirse el proceso ético-médico como un instrumento de venganza privada, o un medio de persecución puesto en manos de los pacientes o de sus familiares, para hostigar al profesional de la medicina del cual recibieron sus servicios, ni menos aún que mediante el mismo, pudieran aspirar o pretender obtener el resarcimiento de los perjuicios económicos que afirman haber sufrido como consecuencia de la intervención médica.

El proceso de ética médica pretende ante todo garantizar un cabal, técnico, científico y humanizado ejercicio de la medicina y es por ello que su objetivo fundamental es de naturaleza social y pública, puesto que se convierte en un instrumento de seguridad para todos los integrantes de la comunidad.

Es por su naturaleza de derecho público y de sus objetivos eminentemente sociales, de bienestar general de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, razón suficiente para pensar como inconcebible que pretendiesen constituirse en parte civil para como resultas del proceso obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos.

Constituyen los Tribunales de Ética Médica y en general de ética profesional una necesidad social insoslayable, porque si bien la Constitución consagra la libertad de profesión y oficio, también lo es que al garantizar la vida, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la vivienda y tantos otros derechos, para la preservación de los mismos, debe garantizársele a los integrantes del núcleo social que los servicios profesionales que reciben sean idóneos y prestados con pericia y diligencia.

Es la razón por la cual, pese a la libertad de escogencia profesional el Estado se abroga el derecho de reglamentar y controlar todas las profesiones admitidas normativamente, porque de no ser así los derechos consagrados y garantizados estarían siempre en inminencia de ser vulnerados por un ejercicio profesional en contravía de los lineamientos técnico-científicos y legales.

Son entonces los Tribunales de Ética una necesidad social y un positivo aporte para la dignificación de las diversas profesiones, porque es claro que aun en el caso específico que nos preocupa, un médico deshonesto desdice de su profesión, la mancha y con tal ofensa afecta a la integridad de los miembros del cuerpo médico, porque es bien sabido que el pueblo, cuando ocurren situaciones o circunstancias que lo afectan no particulariza al deshonesto, sino que generaliza, haciendo referencia al cuerpo médico en su globalidad.

Los Tribunales de Ética Médica entonces están concebidos para garantizar el correcto ejercicio de la medicina y cumplido éste propósito, efectivizar los más altos intereses constitucionales de velar por la salud y la vida de los ciudadanos de Colombia.

Creemos que los médicos dentro de tales previsiones no solo deben esforzarse en cumplir personalmente de la manera más estricta con sus deberes, sino que deben poner en conocimiento de las autoridades todo acto médico que deshonre la profesión y que afecte la moral y la honra médica, porque con tal procedimiento no solo están colaborando en bien de la salud y la vida de los miembros de la comunidad, sino que está protegiendo el presente y el futuro de la profesión médica.

Desde ésta perspectiva, ha de concluirse que la ley de Ética Médica es una ley especial, en cuanto contiene los procedimientos sancionatorios para garantizar que los principios constitucionales respecto a la vida y la salud se mantengan incólumes desde la perspectiva del ejercicio profesional médico; respecto del Código Contencioso Administrativo, que es una ley general, puesto que prevé la forma de solucionar los conflictos entre el Estado y la persona y entre los diversos entes conformantes del Estado

La Constitución establece el concepto del debido proceso constitucional en el artículo 29 al disponer:

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

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

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

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.

El debido proceso es universal y se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es el conjunto de normas constitucionales y legales por medio de las cuales se limita el poder punitivo del Estado, y la autoridad ejercida por quienes ejercen la función represiva del Estado, para efectos de garantizar la vida, la libertad, la dignidad y los derechos fundamentales del ciudadano que podrían verse vulnerados por la actuación abusiva y arbitraria de sus funcionarios.

Es claro que la función represiva solo puede ser ejercida por el Estado, de manera directa por los funcionarios encargados de ejercer la represión y se puede encomendar por disposición expresa de la ley para que en determinados asuntos (de carácter administrativo, docente, laboral, deportivo o profesional) esa función sea ejercida por particulares que de manera general cuando la realizan actúan transitoriamente en calidad de servidores públicos.

El principio de legalidad engloba no solo la necesidad de una previa definición de las conductas que deben ser objeto de sanción, sino que igualmente comprende la previa creación a la realización de la conducta de los jueces que han de investigar y juzgar tales comportamientos, sino la creación igualmente previa de los ritos procesales que han de seguirse tanto en la investigación como en el juzgamiento; y es claro que la legalidad referida a las conductas que son objeto de reproche comprende igualmente el señalamiento de las sanciones que habrán de imponerse en caso de concretarse una cualquiera de tales conductas.

La legalidad constituye la más extraordinaria garantía que el Estado pueda consagrar en beneficio de sus súbditos porque es claro que con ella el ciudadano queda libre de persecuciones que podrían ser implementadas por el propio Estado o de la arbitrariedad caprichosa de sus funcionarios.

Por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 en todos los vacíos existentes en la ley, los mismos serán resueltos con remisión a la normatividad procesal penal.

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidas en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los orde-

namientos 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 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.

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 anterior norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-083 del 1º de marzo de 1995, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria en la que se sostuvo:

“ Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:

“Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho” (Subraya fuera del texto).

“Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso contro-

vertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, “a falta de legislación positiva”. Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeter legem*, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación sub *judice* y aquélla sí lo hace.

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio,³⁴ quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen³⁵ en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -*verbigratia*-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

³⁴ La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.

³⁵ Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

“Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

Pero si el juez está avocado a fallar, y además tiene la obligación de hacerlo, ¿cómo lograr, dentro de un Estado de derecho, el objetivo inherente a éste, que no haya conductas oficiales sin soporte normativo y, en consecuencia, que no haya decisiones judiciales arbitrarias?. Cada ordenamiento positivo lo hace a su manera, aunque el derecho comparado muestra significativas similitudes sobre el punto. Lo que sí es claro es que, incapablemente, en ciertas situaciones límites, un gran margen de arbitrio judicial resulta inevitable.

Compete a la Corte examinar qué mecanismos ha dispuesto el ordenamiento colombiano para conseguir el objetivo enunciado y cómo ha de entenderse su verdadero alcance, muy especialmente a la luz de la Constitución del 91.

6.2.5. El problema, en Colombia a la luz de la Carta vigente.

El artículo 230 de la Carta establece:

“Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. (Subrayas de la Corte).

La pregunta que debe resolverse es ésta: ¿derogó la “norma de normas”, mediante la disposición transcrita, al artículo 8º de la ley 153 de 1887, anterior y de inferior rango jurídico?.

Para responder cabalmente a ese interrogante es preciso analizar y precisar el contenido del citado artículo 8º. Vuelve a reproducirse su tenor:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. (Subrayas de la Corte).”

A juicio del demandante, al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8º, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria. Por la misma razón, anuló entonces el art. 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada que discutir, pues esta Corporación, mediante decisión que hizo tránsito a la cosa juzgada, declaró la exequibilidad de dicha norma. (Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994). Se contraerá, pues, la Sala al examen del artículo 8º.

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias,

dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley “exactamente aplicable al caso controvertido”, enunciaba la analogía (“aquéllas que regulen casos o materias semejantes”), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.

Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar.

El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irre-

vocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen³⁶ al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ...” (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

³⁶ Op. cit.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener “como criterio auxiliar obligatorio” “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional”, mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

“Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo³⁷ en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: “Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había

³⁷ Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.

considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica.” (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: “La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil”. (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: “La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto (‘la regla es como un resumen del derecho vigente’), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. “...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés³⁸ al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: “...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho”.

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió³⁹, al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama “principios” es reducible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: “...No existe la pretendida ‘diferencia lógica’ entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del

³⁸ Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.

³⁹ Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.

tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión....” (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una “regla general de derecho” (denominada a veces “principio”) es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos,⁴⁰ si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: “Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última”.

Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive

⁴⁰ El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “*nemo auditur ...*” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación.

El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1° del artículo 5° 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 ambos procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria. La mencionada ley en relación con la prescripción de la acción disciplinaria dispone:

“ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que respondiese a la trascendental misión encomendada al instrumento procesal

disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicio a los intereses generales de la Nación. Sería entonces imposible la aplicación de las previsiones del Código Contencioso Administrativo, que reduciría de una manera ostensible el término prescriptivo, con grave perjuicio para la nación colombiana y de cada uno de las personas que la integran.

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley,⁴¹ porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un período prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6° de la ley 890 de 2004.

Con lo anterior en mente hay que tener en cuenta las siguientes fechas

- 1- Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina al sujeto G.R.V. el 1° de septiembre de 2009, en sede de primera instancia por la infracción ética de agresión sexual en una paciente;

⁴¹ ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

2- Ejercicio de acto médico encontrándose suspendido de la profesión médica el 19 de julio de 2010;

3- El auto de apertura de investigación por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle tuvo efecto el 19 de febrero de 2014, es decir, a menos de cuatro años de haber ocurrido los hechos (folio 70 de cuaderno principal);

4- Con este auto se interrumpe la prescripción de la acción ético disciplinaria por espacio de otros cinco años. Esto quiere decir que dicha prescripción tendrá efecto el 19 de febrero de 2019.

VII- SOBRE LA PELIGROSIDAD SOCIAL DE CIERTOS SUJETOS

Alega el defensor del disciplinado, sobre la no peligrosidad del Dr. G.R.V., y a pesar de que el vocablo en su contenido o significación es sumamente claro, debe hacerse una aclaración importante en la evolución histórica del Derecho Penal Colombiano y del derecho penal universal, porque el vocablo en su significación jurídica fue una de las armas argumentativas de los fundadores del positivismo penal, Ferri, Lombroso y Garófalo, porque como consecuencia de su tesis central sobre la inexistencia del libre albedrío en la conducta humana al tomar decisiones afectantes de la ley penal, y coadyuvando la anterior con las teorías antropológicas de Lombroso, las sociológicas de Ferri y las criminológicas de Garófalo, pregonaron la famosa teoría de la peligrosidad, según la cual por estigmas antropológicos, por circunstancias patológicas, por ambientes sociales, como la falta de educación, la pobreza, y por circunstancias criminológicas, estos por las causas individuales y sociales que llevan a la conducta delictiva, - siguiendo los temas tratados por Lombroso en su obra: “ El delito, sus causas y remedios “ -, las principales causas que **determinan**, de manera irremediable al ser humano a la realización de la conducta delictiva serían las siguientes: el clima, terrenos insalubres, la raza, la prensa, las aglomeraciones, la densidad poblacional, las inmigraciones, la alimentación precaria, el alcoholismo, la instrucción, problemas económicos, la religión, el desamparo en la niñez, la herencia, la edad, la precocidad, el sexo, la prostitución, la ociosidad, las prisiones.⁴²

⁴² El delito, sus causas y remedios, César Lombroso, Trad. C. Bernaldo de Quirós, E. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1902.

Frente a la teoría del libre albedrío, propuesta por Carmignani, Carrara y sus seguidores, el positivismo contrapuso su tesis del determinismo y como consecuencia de éste último la prognosis de la conducta futura del hombre delincuente y la adjetivación del comportamiento probable de grandes grupos humanos, como consecuencia de sus *predeterminación* a la realización de conductas delictivas, que lleva a éstos profesores a calificarlos como exponentes de la *peligrosidad* o de la *temibilidad social*.

Sobre el concepto de peligrosidad el Diccionario de Cabanellas nos lo enseña así:

“ *Peligrosidad o Peligrosidad Social*. Para Florian, la aptitud, inclinación o tendencia del delincuente a delinquir de nuevo. Para Grisпинi, la capacidad de una persona para llegar a ser con posibilidad autora de un delito. Para Jiménez de Asúa, la peligrosidad integra una posibilidad relevante, una probabilidad de un elemento temido.

1. *Instauración doctrinal*. El concepto de peligrosidad es producto de la Escuela positiva italiana, que, al servicio de su lema de la defensa social (v.) entendía que no sólo interesa el castigo de los delitos consumados, intentados o frustrados, sino que conviene anticiparse a la realidad del mal adoptando medidas de seguridad contra sujetos de los cuales quepa esperar fundadamente, por condiciones personales, de relación o de ambiente, la comisión de actos contrarios a los intereses sociales e individuales.

2. *Reparos*. Reaccionando contra los excesos de ese certero principio (que encuadra dentro de la extendida fórmula: “mejor es prevenir que remediar”), los defensores de las libertades individuales aducen que no existe síntoma ni prueba alguna concluyentes acerca de la producción inevitable de un delito; ya que el desistimiento es posible en todo instante, aun probado el pensamiento criminal y los primeros actos preparatorios.

3. *Síntomas*. Los positivistas indican como signos más evidentes de peligrosidad social o criminal: la multirreincidencia (por supuesto indiscutible), la habitualidad, la habitualidad, las enfermedades mentales (sobre todos las manías agresivas), el alcoholismo, la toxicomanía, la vagancia, la mendicidad, el proxenetismo, la prostitución, el ser jugador profesional.

4. **Peligrosidad y delincuencia.** La relación entre una y otra y otra ofrece dos aspectos, según señala Julián Calvo: por una parte, el delito anterior puede, o no, considerarse, según los casos, como un índice de peligrosidad, y ésta puede no ser revelada por delito alguno anterior (de aquí la clasificación de la peligrosidad en predelictiva y postdelictiva, de gran trascendencia en las leyes); por otra parte, la conducta peligrosa puede denunciar una tendencia delictuosa o simplemente antisocial. La teoría de la peligrosidad se dirige a un fin de prevención y halla su fundamento en el derecho de la sociedad a defenderse a sí misma y asegura su propia conservación (derecho de defensa), y en el deber de proteger y enmendar a sus miembros minusvalentes (derecho de protección).⁴³

Estas teorías propuestas por Ferri en el conocido proyecto de código penal italiano de 1921, que finalmente sería rechazado por el Parlamento Italiano, que se inclinó por el proyecto presentado por Hugo Rocco, de corte e inclinación eminentemente clásico.

Pese a la derrota de sus teorías en la madre patria italiana, ese proyecto y las teorías positivistas se expandieron por el mundo, donde en numerosos países se aprobaron Códigos positivistas, teniendo como modelo el Proyecto Ferri, entre ellos Colombia que lo adoptó como código en 1936 y que habría de regir, hasta 1980, cuando fue derogado por el código de ese año; o se aprobaron numerosos estatutos, ideados por las doctrinas positivistas, entre ellos Colombia, con la Ley 135 de 1937, conocida como “Ley de vagos, maleantes y rateros”. En otros países se aprobaron estatutos similares, con la única diferencia que el último adjetivo fue sustituido por el de “gamberros”.

Las más conocidas dictaduras de la época se nutrieron en las tesis positivistas, como fue el código penal soviético de 1935, algunas de las famosas leyes Hitlerianas, promulgadas en Nuremberg y algunos estatutos penales para perseguir a los menesterosos y a la pequeña delincuencia de la España Franquista.

Ferri explica lo que se debe entender por la peligrosidad o temibilidad en su obra: “Principios de Derecho Criminal. Delincuente y el delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia sostuvo:

⁴³ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Editorial Helias-ta, Tomo VI, pág 181, Buenos Aires, 1.996

“Ahora bien, la noción del peligro no fue extraña a las doctrinas que consideraron la sola entidad objetiva del delito, y ya Carrera distinguió el daño, del peligro, según que el primero o solamente el segundo sea resultado del delito. Y por los juristas alemanes y después por los neoclásicos italianos esta distinción realista fue llevada <<nebulosamente entre las nubes>>(- como decía Romagnosi), discutiéndose si el peligro significa la <<posibilidad>> o la <<probabilidad de un evento antijurídico>>; si para valorar el peligro el Juez debe tener en cuenta el caso concreto o más bien referirse al momento de la acción (la <<prognosis postuma>> de Liszt); si el peligro es una <<entidad objetiva>> o más bien una <<inducción subjetiva>>, etc. Incluso se ha distinguido después el peligro en efectivo y presunto (pericolo corso>> y <<pericolo appreso>> de Carrara), en concreto y abstracto, remoto y próximo, individual y colectivo, real y eventual o potencial... llegándose en pleno exceso artificioso a hablar incluso de <<un peligro del peligro>>... cuando es evidente que a la justicia punitiva (aunque no a la policía de seguridad) sólo interesa el peligro efectivo y real (2).
(...)

La Escuela Positiva, en cambio, ha hablado siempre de temibilidad o peligrosidad del delincuente, atribuyéndola una función jurídica (no sólo en la aplicación individual de la pena, si no ante todo en la norma de la ley penal) bien diversa de aquella otra que radica en la constancia de un peligro frente al daño no producido. Una cosa es considerar el hecho peligroso, y otra muy distinta considerar al hombre peligroso (2).

En efecto, la peligrosidad del delincuente es independiente con frecuencia del peligro objetivo. Y puede subsistir incluso aunque falte éste, como en el caso de la tentativa imposible por razón de los medios adoptados o a causa del fin propuesto por el delincuente, como veremos al tratar de la tentativa. Recuérdese el caso Laurent, juzgado por la Corte de Agen, que atrajo la atención de Francisco Carrara: un padre perverso, impulsado por motivos de interés resuelve matar a su hijo, y mientras éste se encuentra trabajando en el campo prepara y carga un fusil para darle muerte cuando vuelva del trabajo. Pero el hijo regresa de modo imprevisto a la casa y descarga el arma, colocándola en el mismo sitio en que estaba antes, dispara el padre contra él a dos pasos de distancia. Ahora bien, como quiera que el joven salió ileso, y dado que con un fusil sin cargar no es posible dar muerte a un hombre, la teoría objetiva sobre el delito intentado concluye sosteniendo que la conducta de Laurent no es delictiva, aunque sí inmoral.

Y lo mismo en el caso del que penetra en la habitación donde duerme la persona que ha elegido como víctima y dispara contra ella, siendo así que había muerto ya hace algunas horas a causa de un aneurisma o por otro motivo. No es posible matar a un hombre muerto, dice el jurista, que sólo tiene en cuenta la objetividad jurídica de la infracción.

Pero se trata, tanto en el caso Laurent como en el otro, de un delincuente de peligrosidad indudable, responde el criminalista que valúa el acto en el autor.

En el primero y segundo de estos ejemplos no sólo no existe daño alguno, sino que tampoco se da objetivamente el peligro. Pero tanto en uno como en otro existe la peligrosidad del delincuente.⁴⁴

De ello resulta moral y jurídicamente indudable la necesidad de una sanción represiva contra el sujeto: esto fue lo que hizo el Tribunal de Agen condenando a Laurent a pesar de las abstracciones contrarias de la <<lógica jurídica>>. Y si la tentativa de delito es pueril hasta el extremo de no demostrar ni siquiera la peligrosidad del sujeto (que intenta, verbigracia, envenenar a otro por medio de azúcar, o causar la muerte por medio de exorcismo mágicos a distancia, etcétera), podrá eliminarse la sanción represiva, quedando, sin embargo, la oportunidad de las <<medidas de policía>> (vigilancia, advertencia, amonestación, arresto momentáneo, internamiento en una casa de salud, etc.) muy distintas de las <<medidas de seguridad>> (1).

La peligrosidad del delincuente constituye, por tanto, en criterio (subjetivo) fundamental que va sustituyendo al criterio clásico (objetivo) de la entidad del delito. Por ello, nuestro Proyecto de Código penal que, según Jiménez de Asúa, es el único que ha dado una sistematización legislativa íntegra al criterio de la peligrosidad criminal, procuró <<que el centro de las leyes penales pasara del delito al delincuente>> (2).

El penalista argentino, Eusebio Gómez, en su obra: “ Enrique Ferri, aspectos de su personalidad. Síntesis y comentario de su obra “, nos orienta respecto a las teorías positivistas y formula críticas a las mismas:

⁴⁴ Principios de Derecho Criminal, Enrique Ferri, págs. 267 y ss, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Reus, Madrid, 1.933. Sin fecha de edición.

“ En materia de peligrosidad, Ferri, después de haber admitido el concepto de que todo autor de delito es siempre responsable, hace una distinción que el autor de este libro se ha permitido criticar en otra obra. Para Ferri hay una peligrosidad criminal y una peligrosidad social. Esta comporta el peligro de que se cometa un delito; la otra el de que se recaiga en el delito. Según Ferri, la peligrosidad social no puede motivar sino medidas de defensa preventiva, que tienen carácter policial, insusceptibles de ser confundidas con las que se adoptan post – delictum para la defensa represiva.

La crítica precedentemente recordada dice así: “Claro está que puede existir peligrosidad sin delito, pero comportando el peligro de delito. En este sentido no se ve cómo puede sostenerse la diferencia entre “peligrosidad social” y “peligrosidad criminal”, por el hecho de que ésta represente peligro de reincidencia y la otra peligro de delito. Peligro reincidencia es peligro de delito, porque sin delito no hay reincidencia”.

“Las medidas que exigen la peligrosidad sin delito no pueden tener un carácter que, en lo esencial, difiera de las que corresponde asignar a la peligrosidad revelada por el delito. A la defensa social contra éste responden, o deben responder, unas y otras medidas. Este concepto – que Ferri tacharía de ecléctico – es de las más irreductible adhesión a los postulados básicos de la escuela positiva.⁴⁵

Por su parte Rafael Garófalo en su obra: “ La Criminología”, refiriéndose de manera concreta a la represión de la criminalidad, define lo que él entiende por Delito natural, al sostener:

“ El crimen o “ delito natural “ es, según el concepto que he procurado dar del mismo, la ofensa inferida al sentido moral de la humanidad cuando ésta no es ya esclava del instinto bestial o de las pasiones fogosas e indomables de la vida de rapiña, es decir, cuando ha llegado ya a los primeros grados de la civilización.

Y un poco más adelante en referencia a la peligrosidad, sin mencionarla nos dice:

⁴⁵ Enrique Ferri, Aspectos de su personalidad, Síntesis y comentario de su obra., Eusebio Gómez, Ediar Editores, pág 299, Buenos Aires. 1947.

“ Hay sujetos incompatibles con todo medio civilizado; y como sus instintos salvajes no les consientes someterse a las reglas de la actividad pacífica, lo que les sería conveniente es la vida de las horadas errantes o de las tribus primitivas. Para garantizar a la sociedad contra éstos, no habría más que dos medios: o encerrarlos por toda su vida o expulsarlos para siempre. El primer medio sería en muchos casos bastante más cruel que la misma muerte, el segundo es bastante más preferible cuando una nación posee colonias, tierras todavía despo- bladas, donde la actividad malhechora no proporcionaría utilidad al- guna y donde la conservación de la existencia sería continuamente el agujón del trabajo, que es su condición absoluta. Por consiguiente, por medio de la deportación es como hay que eliminar a los ladrones de profesión, a los vagabundos, y en general a todos los malhechos habituales: su adaptación a la vida social solo será posible en condi- ciones de existencia completamente nuevas.⁴⁶

⁴⁶ La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, Rafael Garó- falo, Trad. Pedro Dorado Montero, pág 332, E. La España Moderna

ARTICULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utili- dad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.
4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.
7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.
8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
10. Obrar en coparticipación criminal.
11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.

Esa peligrosidad que llevó a los positivistas a proponer medidas preventivas (sancionatorias) y represivas, justificando las primeras en el concepto de la peligrosidad o la temibilidad, es un debate y un concepto superados por la historia, porque es una realidad que al castigarse preventivamente se desconoce el principio de legalidad y se termina sancionando al hombre por lo que es, - teoría del derecho penal de autor -, y no por lo que ha hecho (derecho penal de acto o de conducta).

Criterios y teorías que no tendrían cabida dentro del moderno concepto del Estado Social, y Democrático de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el debido proceso, en el principio de legalidad, que han llevado a que las viejas teorías positivistas hayan sido revaluadas por las teorías del derecho penal de acto.

Hoy la peligrosidad ha sido sustituida, por las causas de agravación punitiva, y debe reconocerse que éstas causales de agravación de la pena, coinciden con las características del hombre peligroso, estudiado por los positivistas italianos.

Y hablando de éste tema en concreto, ha de reconocerse, que un médico que realizando un acto médico, aprovechando su situación de preeminencia sobre la paciente y de la minusvalía relativa de la paciente, realiza actos sexuales abusivos, se constituye en una conducta que como se demuestra en esta providencia ha sido reiterativa, que no solo se convierte en un pesado baldón o deshonor para la profesión, sino en un verdadero

13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.

14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.

15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.

16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.

17. <Numeral adicionado por el artículo 2 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

17. <sic> <Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1356 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la conducta punible fuere cometida total o parcialmente en el interior de un escenario deportivo, o en sus alrededores, o con ocasión de un evento deportivo, antes, durante o con posterioridad a su celebración.

peligro para los miembros del sexo femenino que acudan en busca de sus servicios, donde se las va a irrespetar, a ofender en su honra y a desconocer su libertad de autodeterminación sexual.

VIII- EL ARGUMENTO DE CUMPLIR ÓRDENES A SABIENDAS DE HABER SIDO SUSPENDIDO DEL EJERCICIO MÉDICO

Llama la atención esta afirmación del investigado por su fundamento absurdo, su falsa inocencia y su argumento que constituye un verdadero insulto a la inteligencia del juez.

Cómo así que cumplir órdenes de atender pacientes, a sabiendas de encontrarse suspendido del ejercicio profesional por agresor sexual de varias pacientes ?.

Cómo es posible que este sujeto disciplinado quiera “vender” la idea de persona obediente y temerosa ante la orden de ejercer ilegalmente la medicina, conociendo las múltiples sentencias a que se había hecho acreedor por sus actos antiéticos y socialmente ofensivos ?

Porque tratar de descargar la culpa del ejercicio ilegal de la medicina exclusivamente en sus superiores, a sabiendas de sus condenas, resulta imposible de aceptar como argumento lógico de orden jurídico.

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 solicitud de declaración de la prescripción de la acción disciplinaria en el presente proceso por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las cuales se refieren a haberse presentado el inicio de la acción dentro de los cinco años de haber ocurrido los hechos. **Artículo Segundo** - Declarar la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISCIPLINARIA en el presente proceso por hechos ocurridos el 19 de julio de 2010 con auto de apertura de investigación por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle el 19 de febrero de 2014, es decir, a menos de cinco años de haber ocurrido los hechos motivo de este proceso, con lo cual se interrumpe

la prescripción de la acción ético disciplinaria por espacio de otros cinco años. Esto quiere decir que dicha prescripción tendrá efecto el 19 de febrero de 2019. **Artículo Tercero** - No reponer la decisión de SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CINCO AÑOS al ciudadano con título de médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No. de y tarjeta profesional No. por violación a los artículos 1 (numerales 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, por los argumentos expresados en la parte motiva de esta providencia. Lo anterior agravado por los antecedentes de tres condenas previas graves por decisiones incluidas en esta sentencia. **Artículo Cuarto** - Conceder el recurso de apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. **Artículo Quinto** - Enviar el proceso a dicho Ministerio para lo de su competencia. **CÚMPLASE.**

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado-Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

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

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

Ref: Proceso No.477 Tribunal de Eticamedica del Valle del Cauca.
Denunciados: N.de laR.B., P.P.A. y A.A.A.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 09-2005

VISTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

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

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

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

El 23 de junio de 2000 ve a la paciente en mención, hace algunas recomendaciones y ordena consulta de control para julio 29 de 2000. Hay que tener en cuenta que esta paciente había presentado en un embarazo anterior cuadro de hiperglicemia del embarazo.

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

5- El 25 de septiembre de 2000 acude a cita con el Dr. P.V.P.A., quien reemplaza a la Dra. N. R.B. debido a incapacidad de esta última.

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

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

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

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

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

9- El Señor L.R. y la Señora L.R., analizan que debido a la deficiencias que se presentaron en la atención brindada a la paciente por los Drs. P. y B., se atentó contra la salud de la Señora puesto “que no fueron capaces de prevenir el desenlace funesto de la pérdida de nuestro hijo” actuando sin interés y sin respeto por la vida humana a pesar de que la paciente permanentemente los alertó sobre su sintomatología, y no fue atendida, con ánimo de proteger económicamente a la entidad a la cual prestan sus servicios, “no ordenando oportunamente los exámenes de diagnóstico necesarios para salvaguardar la vida de nuestro hijo. Dicen que los exámenes fueron practicados en forma tardía, no se ofreció a la paciente el apoyo que debe brindar el médico y “sus pronósticos no tuvieron un fundamento

científico y de diagnóstico” como lo haría cualquier médico precavido y es por eso que especialmente acusa a los Drs. P. y B. como responsables del homicidio de su hijo en el vientre de su esposa.

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

11- DESCARGOS DE LA DRA. N. DE LA R.B.

Se concluye que sí consideró a la paciente en cuestión como de alto riesgo por su antecedente de diabetes gestacional en un embarazo anterior. Siguió con buen criterio la calificación de ROD (Riesgo obstétrico detectado), así lo consignó desde el 19 de mayo de 2000 en el primer control de embarazo y la paciente lo interpretó y siguió de acuerdo a lo que debió quedar consignado en su carnet. No obstante la Dra. De La R. posteriormente desestima el riesgo consignado que se suma al desconocimiento de la FUR., y la edad gestacional se sigue considerando solo ecográficamente.

...

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

12- DESCARGOS DEL DR. P.V.P. A.

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

13- DESCARGOS DEL DR. A.A.A.

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

REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

El apoderado de la Dra. N. de la R.B interpone Recurso de Reposición Resolución 007-2004 (Subsidio de Apelación). Después de una interesante disertación sobre la Lex Artis, el apoderado afirma que su defendida no fue más allá de los límites del riesgo permitido, y en tal condición no infringió deber de cuidado alguno, que admita reproche ético de este tribunal, actuando dentro de las expectativas razonables y del marco de la lex artis. En consecuencia ruego revocar la decisión inicialmente adoptada y en su lugar abstenerse de formular sanción alguna en contra de quien aquí represento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

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

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

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

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

Como argumentación explicativa tengamos en cuenta el siguiente ejercicio: El artículo 82 de la ley 23 de 1981 prescribe que en lo no previsto en la presente ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal. Con esta remisión normativa, entremos a analizar el contenido del artículo 83 del Código Penal en la parte de nuestro interés, la que literalmente regula: “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad pero en ningún caso será inferior a cinco años”, todo lo cual indica que al amparo de la Ley 599 de 2000, la prescripción de la acción penal a favor de la doctora B. será de cinco años. En Concordancia Con el artículo 86 C.P.P. que indica que la prescripción de la acción se interrumpe con la resolución acusatoria debidamente ejecutoriada.

Como es de público conocimiento, y como preámbulo de la entrada en vigencia del nuevo régimen penal, sistema acusatorio, Ley 906 del 31 de agosto de 2004, artículo 531 que contiene el régimen de transición, que es de aplicación inmediata, prevé que el término de prescripción y caducidad

de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de su entrada en vigencia, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la Ley (599 de 2000), y consagra además que en ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres años.

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

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

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

EXTEMPORANEIDAD DE LA NULIDAD INVOCADA

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

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

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

No es cierto como lo afirma el apoderado que “la acción disciplinaria para la doctora B. prescribió mientras se estaba dando tramite al recurso de reposición, cuando la resolución que impone la sanción aún no estaba ejecutoriada, toda vez que al 24 de mayo de 2,004 habían pasado 45 meses. Es más, la prescripción ya había tenido lugar exactamente un mes antes de proferir la resolución de sanción disciplinaria “ (negrillas fuera del texto) y que por ello se debe revocar la Resolución No.007 de 23 de Junio de 2.004.

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

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

RESPECTO AL AUTO INTERLOCUTORIO DE 08 DE SEPTIEMBRE DE 2004.

No es posible en estos momentos que por la vía de la nulidad se revoque también el auto que desató el recurso de reposición interpuesto (como principal) contra la providencia que formuló cargos por violación a la Ley 23 de 1.981, con el argumento consistente en que para la fecha en que se dictó el Interlocutorio No.059 -2004 (08 de Septiembre) “la única decisión posible para el Tribunal era la declaratoria de la prescripción” como se lee en el tercer folio de la petición del Dr. A.M.

Cuando se deniega un recurso de apelación, se abre la probabilidad de que el recurrente acuda a interponer el recurso de queja de que trata el artículo 195 del C.P.P. , que dice;

“ Art. 195.- PROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA. Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja, dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniegue el recurso”.(Negrillas fuera de texto). Interpuesto el recurso de queja, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada, como de otras que estime pertinentes, y dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias deber sustentar el recurso. Esta actuación está reglamentada por los artículos 196 y 197 del Código de Procedimiento Penal, normas que al igual que la antes citada tienen aplicación en el proceso disciplinario por expresa remisión del artículo 82 de la Ley 23 de 1981.

En el caso presente era procedente el recurso de queja si lo hubiese invocado el señor apoderado, que bien podía contener como punto nuevo, la declaratoria de prescripción. Pero pretender ahora que frente a decisiones ejecutoriadas por la vía de la nulidad se decrete la prescripción al tenor del artículo 531 de la Ley 906 de 31 de Agosto de 2.004 es improcedente porque el Auto Interlocutorio No.059/2.004 de 08 de Septiembre pasado quedo ejecutoriado al tercer día siguiente al de la notificación personal que se hizo por Secretaría al Dr. A.M. el 14 de Octubre de 2.004 (folio 00348 V to).

Significa lo anterior que desde el mismo jueves 14 y hasta el miércoles 20 de Octubre de 2.004 (ya que el lunes 18 fue festivo) el señor apoderado pudo recurrir en queja el Interlocutorio que denego el recurso de apelación porque ya para el 21 de octubre estaba en firme, conforme a lo regulado por el artículo 187 del C.P.P.

En conclusión, es extemporánea la nulidad invocada y consecuentemente la petición de declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria.

En mérito de lo expuesto, la Sala del Tribunal de Etica Medica del Valle del Cauca, en uso de las facultades legales, RESUELVE

No decretar la nulidad de la Resolución No.007 -2004 de 23 de Junio de 2004 ni del Auto interlocutorio No.059-2004 de 08 de Septiembre de 2004. No declarar la prescripción de la acción disciplinaria a favor de la Dra. N. de la R.B.

Contra la presente proceden los recursos de reposición y apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA

1- ¿Por Qué La Obstetricia No Puede Garantizar Resultados?

Aunque en el presente caso es evidente la falla al no remitir a una paciente de riesgo hacia personal con mayor experiencia, debe decirse que la obstetricia, como el ejercicio medico en general, a pesar de estar en manos de médicos especializados no puede considerarse una obligación de resultados, a pesar que el fallo del Consejo de Estado considera que en los embarazos de bajo riesgo no existen situaciones que no sean previsibles y susceptibles de ser corregidas por el médico. Esta visión atenta contra una de las características esenciales del ejercicio de la medicina, la cual es el factor aleatorio que conlleva intrínsecamente su práctica.

Exigirle al obstetra que domine, maneje, prevea y en últimas corrija el problema que genera el factor aleatorio es un imposible jurídico y físico. Y como claramente lo consagra nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede obligarse a lo física y jurídicamente imposible de cumplir. La medicina no es una ciencia exacta y afirmar lo contrario es un exabrupto. Son múltiples las situaciones en las cuales un embarazo de bajo riesgo conocido se convierten en embarazo de alto riesgo, de hecho tal como se consigna en los libros en un 17 % los embarazos de bajo riesgo desarrollan de manera impredecible situaciones de riesgo en el momento del trabajo de parto y parto, sin incluir el hecho que el 6% de los partos en países desarrollados es prematuro y además que gracias a los avances tecnológicos de la medicina hoy en día pueden aspirar a un embarazo pacientes que por su condición no lograban como las pacientes cardiópatas, o pacientes con diversos grados de infertilidad.

¿Quién puede garantizar que una madre va a llevar a feliz termino su maternidad y no presentar complicaciones de extrema gravedad como pueden ser una atonía uterina, un aborto o una preeclampsia las cuales son difícilmente previsibles en el momento de recibir una paciente para control prenatal, que es en donde usualmente se establece el vínculo contractual, contrato del cual el Consejo de Estado en reciente sentencia pretende derivar una obligación de resultado?

El ejercicio médico en general, y el obstétrico en particular, tienden exclusivamente a que se busque, por todos los medios posibles, la mejoría, el alivio, o la curación del paciente, según sea el caso. Pero en ningún momento esto significa que el médico pueda lograr la mejoría, el alivio o la curación del paciente.

La denominación de “embarazo sin riesgo” no existe, no es válida. Existen embarazos de bajo riesgo conocido y de alto riesgo conocido. Los riesgos que conlleva un embarazo no pueden ser previstos ni conocidos en la gran mayoría de los casos. Además, el aplicar un método diagnóstico para detectar situaciones como la anteriormente planteada a la población general de pacientes embarazadas, demandaría un gasto médico y tecnológico que ningún sistema de salud en el mundo, y menos el nuestro, estaría en capacidad de costear.

Solamente para ilustrar queremos enumerar algunas de las complicaciones que pueden presentarse en un embarazo considerado como “normal” y un parto en apariencia “rutinario”. Muchas de ellas pueden llevar a la muerte, tanto de la madre como de la criatura.

1-URGENCIAS NO ESPERADAS

- Infarto placentario
- Trombosis de arterias fetales
- Desprendimiento prematuro de placenta
- Placenta previa sangrante
- Placenta ácreta, pércrета e increta
- Parto pretérmino
- Ruptura prematura de membranas

2-DISTOCIAS (Problemas en el momento del parto)

- Disfunción uterina hiptónica
- Disfunción uterina hipertónica
- Desproporción cefalopélvica
- Falla en el descenso de la presentación
- Dilatación estacionaria
- Distocia de hombros

3-SUFRIMIENTO FETAL AGUDO (Docenas de causas no previsibles)**4-HEMORRAGIAS POSTPARTO**

Atonía uterina
Fragmentos placentarios retenidos
Anomalías placentarias
Eversión uterina
Laceraciones del tracto genital
Hematomas puerperales
Ruptura uterina

5-ANOMALIAS DEL CORDON UMBILICAL

Alteración en la inserción
Vasa previa
Circulares del cordón
Torsión del cordón
Obstrucción del cordón
Hematomas del cordón
Quistes del cordón

6-PROBLEMAS CLINICOS NO ESPERADOS

Coagulación intravascular diseminada
Degeneración grasa del hígado
Embolia de líquido amniótico
Embolia aérea
Accidentes cerebrovasculares por malformaciones silenciosas
Consumo no declarado de alcohol y drogas ilícitas
Exposición a contaminantes ambientales y radiación
Trauma intrafamiliar durante la gestación

7-INFECCION POSTPARTO

Lo anterior, sin tener en cuenta los embarazos no controlados por falta de atención médica debido a las condiciones sociales de la mujer embarazada, ni aquellas pacientes que presentan problemas previos que las vuelve de alto riesgo.

Sin embargo, un control prenatal estandarizado y bien conducido en condiciones ideales y con recursos suficientes puede modificar el riesgo en algunas situaciones como la hipertensión inducida por el embarazo y el retardo de crecimiento intrauterino. Infortunadamente, a un control de este tipo tienen acceso una minoría de las mujeres gestantes en Colombia. Qué decir de las escasas que tienen acceso a una consulta preconcepcional o pregestacional oportuna para modificar o abolir los riesgos antes del mismo comienzo de la gestación.

Pero aún en estas condiciones “ideales” el riesgo no es totalmente previsible ni prevenible.

2- DE LOS RECURSOS PROCESALES

Debe recordarse que los recursos son un mecanismo de impugnación judicial. Es la forma de controvertir las decisiones judiciales. De enervar la decisión judicial. Hacen que las partes participen en el proceso

Como regla general, la mayoría de las decisiones judiciales tiene recursos, por lo que dice Villamil Portilla P 497 “...Instrumentos de control del poder, que realizan la impugnación para que el ciudadano no quede desprotegido ante el poder del Juez, sino que pueden contestar sus decisiones...” Si no estuviese la doble instancia o los recursos, la decisión sería única y eso limitaría el ejercicio de la contradicción. Limita a la persona que acude a la rama judicial. Son un mecanismo democrático.

Hay que tener en cuenta varios aspectos.

1-PROCEDENCIA DEL RECURSO

Es decir, si contra determinada decisión judicial es viable o procede determinado recurso. Contrario sensu, no todos los recursos proceden contra todas las decisiones. Cualquiera que sea el procedimiento, el código dice qué recursos proceden contra determinada providencia. El sistema es garantista. El juez no puede decir qué recursos saliéndose de la normatividad. Por el lado del principio de la publicidad (Ningún trámite oculto). Así por ejemplo, contra la sentencia no procede recurso de reposición. Entonces es improcedente.

La apelación no procede en sentencias de única instancia. Entonces el Legislador se va a los dos extremos para señalar la única instancia. El bien jurídico tutelado no amerita que se movilice todo el aparato jurisdiccional (Menor cuantía, familia, etc). No porque el bien no deba ser protegido, sino que frena la movilización del aparato. O es de tal importancia que es de única instancia porque lo decide el máximo organismo jurisdiccional. (Ej: Los que denomina Villamil como aforados: ministros, congresistas, presidente, etc) para la protección de ese bien jurídico.

2- LEGITIMACION

Además debe haber LEGITIMACION. Esta nace de la relación procesal, sea parte demandante, demandada o tercero interviniente.

3- INTERES

Además debe haber INTERES para recurrir. Si no se tiene interés no se puede recurrir o no se debe recurrir. Es decir, que si la persona no está afectada en cierto grado, no puede tener interés para recurrir. Así, si la decisión es totalmente favorable, sería improcedente recurrir. Esto es relativo, porque las providencias aparentemente favorables pueden contener elementos desfavorables para las partes

4- MOTIVACION

Salvo señalamiento expreso del Legislador, los recursos deben ser motivados. Y esto se debe a que si la persona discrepa de la decisión, debe argumentar la discrepancia.

5- OPORTUNIDAD

Deben ser presentados dentro de los términos establecidos por el Legislador. Esto significa que se tienen determinados días para interponer el recurso

Recordando el principio de la preclusión (acabar) si no se presenta el recurso, precluye la oportunidad. Se vence o termina la oportunidad

6- CONCOMITANCIA

Puede haber procedencia de dos recursos al mismo tiempo. Cuando pasa esto se puede decir: Señor Juez, procedo al recurso de reposición y en subsidio apelación. Si el juez no revoca la decisión, puede acceder al trámite de la apelación.

Los principales recursos son:

I-RECURSO DE REPOSICION. Es aquel que se interpone y es decidido por el mismo funcionario judicial que tomó la decisión. Con la finalidad de que el funcionario reforme o revoque la decisión

II-RECURSO DE APELACION. Va dirigido a que el superior revoque o reforme la decisión del inferior. Según algunos doctrinantes, es el verdadero recurso, pues el superior revisa las decisiones del inferior. Pero por economía procesal se han creado los otros recursos. Quien decide si se da trámite al recurso es el juez de primera instancia. No lo decide sino quien acepta que se de trámite. Pero para contrarrestar el poder del Juez en el evento en que la apelación sea negada, existe el recurso de Queja.

El recurso de Apelación está previsto en tres efectos:

Suspensivo: La competencia del juez de primera instancia se suspende hasta que decida el superior y por lo mismo, la decisión impugnada no se cumple. También se suspende el proceso, salvo en lo que se refiere a medidas cautelares.

Devolutivo:. La decisión apelada se cumple y continua el trámite del proceso. Es lo contrario al anterior.

Diferido. Se suspende la providencia apelada hasta tanto el superior no decida no se cumple, pero el proceso sigue en trámite.

III-RECURSO DE QUEJA. Sería arbitrario que la decisión del juez de primera instancia niegue los recursos de apelación y reposición, pues cerraría todos los caminos al derecho de defensa. Para esto está el recurso de queja, que procede para que una instancia superior conozca de la negativa del inferior. Es decir, por haber negado el inferior la apelación o casación, o haberse concedido la apelación en un efecto diferente al que corresponde (Ej: Apelación debe concederse en efecto suspensivo y el juez la concede en efecto devolutivo)

IV-RECURSO DE SUPLICA. Se da ante los jueces colegiados (Tribunales y altas Cortes) y se dirige contra providencias dictadas por un magistrado específico, para que los demás magistrados que integran la Corporación conozcan de su decisión.

En esencia, la súplica está sustituyendo a la apelación, pues tiene los mismos efectos. Pero por que no se llama apelación? Porque está entre iguales. Es horizontal. Es como si “apelara” ante los magistrados de la sala dual. El funcionario de igual categoría da cuenta de la decisión de su par.

V-RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION Es un recurso que contradice en parte la solidez de la Cosa Juzgada. Se confía a entidades colegiadas. Se concede en los siguientes casos:

- Encuentro de documentos después de la sentencia, los cuales, de haber sido recibidos a tiempo habrían variado la decisión judicial. La razón para no haberlos aportado a tiempo obedeció a caso fortuito o fuerza mayor.
- Cuando aparezcan hechos nuevos, dentro del proceso penal, que prueben la inocencia del condenado.
- Haberse dictado sentencia con base en documentos falsos o alterados.
- Sentencia fundamentada en falsos testimonios.
- Hechos delictivos del Juez en relación con el Proceso y la sentencia.
- Condena de testigos.
- Condena de peritos cuyo dictamen fue determinante en el fallo.
- Violencia en el pronunciamiento.
- Colusión y otras maniobras fraudulentas.

4- LA PRESCRIPCION DE LA ACCION ETICO DISCIPLINARIA

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA.

Fundamentados en la Ley vigente, este Tribunal Nacional de Etica Médica, en reiteradas jurisprudencias había dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del Decreto Reglamentario 3380 de 198.¹ Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para

¹ Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

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.

² Art. 30.- Término de prescripción de la acción disciplinaria.- La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.- En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.-

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

PARÁGRAFO 1.- Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO 2.- La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecución del fallo.

“ Estos términos prescriptivos se aplicarán a la sanción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública.

Es decir, que en criterio del legislador la prescripción de la acción se interrumpía con la sentencia de primera instancia y no con la resolución de acusación y a partir de ese momento se reanudaba nuevamente el período prescriptivo de la acción por seis (6) meses más.-

Esa norma de la ley recientemente derogada fue analizada por la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad y por medio de sentencia con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, el 30 de mayo de 1996, por sentencia C- 244, declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1º. del artículo 34 de la Ley 200 de 1995 al sostener:

d. El parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

En esta disposición se consagra que “cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más”, lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo 29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues “el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado”.

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas.

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el párrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años.

Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incurría, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor.

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexecutable el párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución.

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró exequible el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por “la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen”, tienen mayor oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución “gracias al cargo o las funciones que desempeñan”, lo cual representaría un “mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado.”

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica.

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el cual, declarada inexecutable una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma.³

Pero esta no era posición únicamente de este Tribunal, como se ha mencionado exhaustivamente.

¹ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con proyecto del Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL de Fecha: Septiembre 23 de 1997 (No. de Rad.: 13333-97), ha dicho:

La prescripción de la acción en materia penal, cuando no existe resolución acusatoria ejecutoriada, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, atendidas las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, siempre y cuando no sea inferior de cinco años ni superior de veinte, pues de serlo, el fenómeno se entenderá cumplido en uno y otro término límite, respectivamente (art.80 del Código Penal, modificado por el 31 de la ley 40 de 1993).

En la etapa de juzgamiento, este tiempo se reduce a la mitad, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que, en ningún caso, su duración pueda ser inferior de cinco años (art. 84 ejusdem).

...

De acuerdo con las normas que vienen de citarse, se tiene que el término de prescripción para el delito por el que se procede sería, en la etapa de la causa, de tres años, pero como en ningún caso puede llegar a ser inferior de cinco, es éste el tiempo que debe tenerse en cuenta para determinar si la acción se encuentra prescrita. Se declarará, por tanto, la prescripción de la acción penal en este asunto y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del procesado...

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo en otra sentencia siendo Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, de Fecha: Septiembre 3 de 1992 (No. de Rad.: 6114-92)

El término de prescripción únicamente se ve alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la eventual responsabilidad de sus actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación.

De nuevo, la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES de Fecha: Octubre 7 de 1997 (No. de Rad.: 12813-97) dijo:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será

inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.”

...

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Por lo anterior, no cabe duda que el proceso entró en prescripción y aunque no se satisfagan las pretensiones de la denunciante, debe cumplirse con la ley por encima de cualquier consideración en este aspecto.

La única figura válida al respecto sería la de la renuncia a la prescripción, pero sin siquiera haber encontrado un posible inculpado, esto tampoco es posible.

Respecto de nuestro caso en cuestión, este Tribunal Nacional había considerado lo siguiente:

- a) Los hechos tuvieron ocurrencia en mayo 2 de 2000.
- b) La sentencia sancionatoria de primera instancia se produjo el 23 de junio de 2004.
- c) La sentencia que niega la reposición y no concede la apelación tiene fecha de 8 de septiembre de 2004.
- d) El código procesal (Ley 906 de 2004 comenzó su vigencia) el 2 de septiembre de 2004, lo que en principio daría la posibilidad de que la

norma sobre prescripción (art 531) pudiera ser aplicada a éste proceso. e) El Tribunal de primera instancia le había formulado cargos el 19 de noviembre de 2003

f) La norma sobre prescripción antes aludida determina:

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

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

ESTARÁN POR FUERA DEL PROCESO DE DESCONGESTIÓN, DEPURACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE PROCESOS, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en documentos que afecten directa o indirectamente los intereses patrimoniales del Estado; peculado por apropiación; peculado culposo en cuantía que sea o exceda de cien (100) salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; enriquecimiento ilícito de servidor público; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; interés indebido en la celebración de contratos; violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; prevaricato; fraude procesal; hurto y estafa en cuantía que sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos, mensuales, legales y vigentes cuando se afecte el patrimonio económico del Estado; homicidio agravado y delitos conexos con todos los anteriores.

También se exceptúan todos aquellos delitos sexuales en los que el sujeto pasivo sea menor de edad Y LAS ACTUACIONES EN LAS QUE SE HAYA EMITIDO RESOLUCIÓN DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN.

Los fiscales y jueces, en los casos previstos en el inciso anterior, procederán de inmediato a su revisión para tomar las determinaciones. En una sola decisión se podrán agrupar todos los casos susceptibles de este efecto. Los términos contemplados en el presente artículo se aplicarán en todos los distritos judiciales a partir de la promulgación del código.

G) De conformidad con los apartados destacados en la norma anterior, este es uno de los procesos excluidos para que se les aplique dicha norma, porque si bien es cierto que la figura procesal del cierre de la investigación no existe en los procesos disciplinarios si es una realidad, que cuando comenzó a regir el nuevo código procesal en lo relacionado con la prescripción en éste proceso ya se había producido el pliego de formulación de cargos.- Bien se sabe que el pliego de cargos ha sido equiparado a la resolución de acusación en los procesos penales y si ello es así ha de concluirse que el cierre de la investigación es previo a la formulación de cargos y en tales circunstancias, por la semejanza entre los dos procesos es claro que en éste proceso ya se había superado la etapa procesal del cierre, que es la que excluye a algunos proceso para que les sea aplicable la norma comentada.

H) En las condiciones precedentes se estimó que a éste proceso no le era aplicable la norma que solicitaba el defensor.

5- EL CAMBIO EN LA POSICION DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA RESPECTO DE LA PRESCRIPCION

Varios elementos han incidido de manera directa en la reconsideración respecto de la prescripción de la acción disciplinaria ético médica:

a) LA APLICACIÓN DE LA ANALOGIA IN MALAM PARTEM

Al aplicar la analogía entre el pliego de cargos y la resolución de acusación entre los procesos disciplinario y penal, se está efectuando una aplicación analógica “in malam partem”. Y al restringirse la aplicación de un instituto jurídico liberador como lo es la prescripción se está efectuando a través de la analogía que, en procesos penales, aplica solamente en materias permisivas.

Revisemos un poco lo concerniente con el concepto de analogía, para fundamentar la decisión a tomar.

Interpretar es buscar una explicación del sentido de una cosa y principalmente de textos faltos de claridad. Aunque la voluntad y la intención del Legislador van de la mano, pues en Derecho lo que su autor quiere, en algunas ocasiones lo querido no coincide con lo expresado. Por ello, la

norma debe interpretarse. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887:

“...cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen los casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho...”

El artículo en mención fue declarado exequible por la sentencia C-083 de 1 de Marzo de 1995 en la Corte Constitucional.

ANALOGIA quiere decir relación de semejanza entre cosas distintas y constituye un método por el cual una regla de Derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella. Se trata pues de aplicar una norma para regular un caso no previsto en la Ley, partiendo de esa norma que rige un caso similar.

La analogía tiene su origen histórico en las escuelas exegéticas, inicialmente bizantinas, quienes trataban de explicar el contenido de las palabras, aplicándolas al caso concreto, sin hacer mayores observaciones de tipo teleológico o de finalidad de la norma. Se ceñían más a las palabras o lenguaje del Código más que al espíritu. Estos fueron continuados por los neoglosadores, que se ceñían solo al código y a sus palabras. Esto constituyó un gran retroceso en la hermenéutica jurídica, pues se regresa al siglo XII de los exégetas. La moderna escuela gramatical o exegética afirma que el sentido se deduce de las mismas palabras.

En efecto, la analogía se basa en la convicción de encontrarse todo derecho en la misma ley, explícita e implícitamente. Por lo tanto, el intérprete siempre hallará en ella la solución a cualquier caso concreto.

Los argumentos de la analogía, en el derecho Civil, son:

1-A SIMILI AD SIMILI. Si un hecho específico produce una consecuencia determinada, esta consecuencia debe también presentarse para un hecho diferente que cumple los supuestos del primero. Donde hay la misma razón, debe existir la misma disposición

2-A MINORE AD MAIUS. La consecuencia producida por un hecho menor, con mayor razón se cumple ante un hecho similar de magnitud superior. Igualmente, la consecuencia que no se cumple con un hecho menor, tampoco lo hará para otro hecho mayor de la misma especie.

3-A MAIORE AD MINUS. Lo que se previene para el caso mayor se encuentra implícito para el caso menor.

Sus bases incluyen:

-RESPETO A LA NORMA ESCRITA: La aplicación analógica se aplica en los casos en los cuales la diferencia con casos contemplados en la misma no es relevante y, por lo tanto, no afectan la razón de ser de la norma (ratio juris)

-PRINCIPIO DE IGUALDAD: Es la base de la justicia: situaciones similares deben recibir tratamiento similar.

-OBEDIENCIA A LOS PRINCIPIOS GENERALES: Aunque es una aplicación de lo particular a lo particular, la norma general siempre se tiene en cuenta.

-ACATAMIENTO DE LA CONSTITUCION: Específicamente el artículo 230: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

-IDENTIDAD ESENCIAL EN LOS CASOS Y EL RESULTADO DE LA APLICACION DE LA NORMA

-CONSERVAR EL MODELO GENERAL SOBRE EL CASO PARTICULAR: Se debe caracterizar como un desarrollo de la norma positiva, cuya aplicación debe conservar el genus (modelo) sobre el que cabe como species (figura particular) del caso no previsto en la norma.

-CONSERVACION DE LA UTILIDAD SOCIAL: En el sentido de respetar la seguridad, la libertad y la dignidad humanas.

Existen dos tipos de analogía en Derecho:

ANALOGÍA LEGIS. Extensión de una solución jurídica a un caso semejante. Parte de una norma concreta que regula un caso de la vida real bajo determinados presupuestos. Se utilizan disposiciones que regulen casos similares o materia análogas

ANALOGÍA JURIS. Esta no parte de una norma específica, como la anterior, sino de varias disposiciones particulares, de las cuales extrae principios generales y los aplica a casos no regulados por la ley. Es decir, se decide de acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.

La analogía juris es mucho más dispendiosa y abstracta. Se compone de dos fases: En la primera se escogen las disposiciones específicas; en la segunda se abstrae la regla implícita que sirve para resolver el caso en cuestión.

Aunque la analogía es de gran valor en casos no previstos en la Ley, no pueden darse reglas específicas para su uso. Lo importante es que exista una identidad esencial entre los dos casos que se contraponen. Además, el juez debe analizar si el resultado de dicha aplicación es racional.

La analogía no debe aplicarse en casos de excepción a reglas generales, pues por su misma naturaleza las excepciones son de tipo restrictivo. Tampoco puede aplicarse la analogía en casos de sanciones, pues sin una tipificación precisa, la sanción no existe (*nulla poena sine lege*). Adicionalmente, su uso es restringido por la interpretación extensiva de una norma general. Respecto del Derecho Penal, existen unos principios esenciales para aplicar la Ley, los cuales incluyen:

VOLUNTAD LEGISLATIVA. Se debe tener en cuenta el sentido, la voluntad y el fin que quiso el Legislador en el momento de promulgar esa norma.

ARMONIA. El otro aspecto a tener en cuenta es la armonía que debe existir entre la norma misma, la CN y los Tratados Internacionales. Muchos de estos ya son de fundamento constitucional.

APLICABILIDAD. El tercer aspecto al aplicar una norma es no tener en cuenta el momento de promulgación de la norma, sino el momento de su aplicación.

SISTEMATICO. El cuarto es el aspecto sistemático. No se puede aplicar una norma de una forma singular o aislada. Las normas penales están dentro del sistema penal.

IN DUBIO PRO REO. En todas las dudas se favorece al inculgado.

PRIMACIA DE LA LEY ESPECIAL. La ley especial se prefiere a la Ley General.

PREFERENCIA DE LA NUEVA LEY. La ley posterior se prefiere a la Ley anterior.

FAVORABILIDAD DE LA LEY. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la Ley restrictiva o desfavorable.

Concretamente, en lo que hace referencia a la analogía en Derecho Penal, el principio enunciado en el artículo 7 del Código, este va concatenado al principio de legalidad. La analogía no se puede aplicar en el derecho penal, no se puede juzgar por tipos penales análogos. En el derecho penal lo que no está prohibido se entiende que está permitido teniendo en cuenta el principio de legalidad.

La analogía, en este aspecto, puede ser:

a) ANALOGIA PROPIA: No se aplica en el derecho penal.

b) INTERPRETACION EXTENSIVA DE LA LEY, la cual puede ser extensiva, restrictiva, progresiva y gramática, no se aplica al derecho penal y esta puede ser:

c) LA INTERPRETACION ANALOGA: Esta si se aplica en el derecho penal y consiste en la interpretación de la norma teniendo en cuenta todo el sistema al que pertenece; cuando una norma es confusa se aplica otra de igual alcance y que verse sobre el mismo caso.

Esta interpretación analógica es la que excepcionalmente se practica en Derecho Penal y en el Derecho Disciplinario.

6. LA FAVORABILIDAD EN LA APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES PENALES QUE TIENEN CARÁCTER SUSTANCIAL

Los grandes problemas son la justicia, validez y eficacia de la norma jurídica individual y del ordenamiento en su totalidad. La justicia está dada

por la coincidencia de ella con los valores superiores de una sociedad, es la búsqueda del deber ser, es el problema de los deberes relativos a una situación social dada.

La validez es un problema de comparación en el cual se deben buscar tres requisitos:

1. Que haya sido creada por el órgano competente.
2. Que siga unos modelos preestablecidos por el ordenamiento mismo.
3. Que no choque contra una norma de carácter superior.

La eficacia busca determinar la validez de la norma no solo dentro del sistema, sino además si se cumple en el mundo real de manera espontánea, o si es necesario aplicar coerción para su acatamiento; por ello el grado de espontaneidad en el cumplimiento de la norma nos informa acerca de su eficacia si está desnuda de coerción, ya que se reconoce una armonía entre el querer individual y aquello que imponga la norma. Al juez le corresponde asegurar la eficacia de todo el ordenamiento jurídico, el futuro democrático esta en sus manos, pues son los garantes de la vigencia de dicho ordenamiento.

La dogmática es la parte del derecho público que se ocupa del estudio de principios y reglas que orientan el debido proceso. Lo que concierne al derecho procesal es la forma como se aplican y desarrollan los principios constitucionales que garanticen los límites del ejercicio del poder público en la función jurisdiccional, administrativa y aún en la privada.

El derecho procesal es público pues sus formas y contenidos están inscritos en los modelos de la Constitución. En Colombia por disposición constitucional art.29, el debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que es de uso exclusivo de la función jurisdiccional del Estado.

No hay unanimidad al respecto de los principios del derecho procesal, por tres razones fundamentales:

1-Los principios están dados de acuerdo al sistema imperante. Si es de estirpe filosófica liberal, los principios que gobiernan son muy garantistas. Rodean al individuo de garantías. En cambio, cuando es de derechas, hay

un recorte sustancial a esos principios. Por lo tanto, debe mirarse el contexto en donde esos principios se enunciaron, porque además hay totalitarismo de ambos lados.

2- El Derecho, entre ellos el procesal, varía con la época. Antes de la Revolución Francesa los principios y garantías eran escasos, por no decir que nulos. A partir de esta época se establecen principios y garantías en el manejo del Estado y, por ende, en la concepción del Derecho.

Actualmente, Ovalle en México, Clemente Díaz en Argentina y otros, establecen categorías diferentes, juzgando que no todo lo que se ha considerado como principio lo es, sino que pasan a ser reglas técnicas. Hernando Devis Echandía en nuestro medio, enuncia por lo menos treinta principios del Derecho Procesal y del procedimiento, muchos de los cuales en la técnica procesal moderna están revaluados.

EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL está garantizado por el art 228 de la CN. En concordancia con el artículo 4 del CPC, al interpretar la ley procesal el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la protección del derecho sustancial. Allí realza el Debido Proceso, la Igualdad de las Partes y el Derecho a la Defensa.

Si bien es cierto que las normas sustanciales consagran deberes derechos y obligaciones, la norma procesal lleva consigo los mecanismos para hacer efectivos esos derechos. El Legislador no dice que sea la norma procesal de menor nivel, sino que señala que esa norma procesal, estando en un plano de igualdad debe hacer efectivo el derecho sustancial. El binomio norma sustancial y norma procesal hace que sea efectiva y rápida la administración de justicia. Si toman caminos separados viene el colapso de la administración de justicia. Una y otra se necesitan. No pueden existir solo normas sustanciales, pues faltaría el mecanismo de hacerlas efectivas. Por otro lado, al haber solo normas procesales, se perdería el sentido de la ley y la justicia.

A lo anterior debe sumarse que la norma procesal tiene dos grandes grupos: la puramente instrumental y la norma procesal que conlleva efectos sustanciales. Y a esta última aplican, como a la norma sustancial en sí, los principios de aplicación del derecho penal y disciplinario.

La aplicación del principio de favorabilidad deviene de claros Mandatos Superiores, pues expresamente aparece consagrado en el artículo 29 de la Constitución cuando se lo establece como una de las garantías integradoras del debido proceso al determinarse:

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

.....
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.⁴

<Concordancias>

Ley 65 de 1993; Art. 2; Art. 134
Ley 80 de 1993; Art. 22; Art. 57; Art. 58; Art. 59
Ley 104 de 1993; Art. 116
Ley 142 de 1994; Art. 29
Ley 200 de 1995
Ley 241 de 1995; Art. 54
Ley 270 de 1996; Art. 3
Ley 333 de 1996; Art. 11; Art. 16
Ley 379 de 1997
Ley 388 de 1997; Art. 66; Art. 70; Art. 71
Ley 418 de 1997; Art. 73
Ley 599 de 2000
Ley 600 de 2000
Ley 679 de 2001
Decreto 1975 de 2002; Art 8; Art. 9
Ley 745 de 2002
Ley 747 de 2002
Ley 759 de 2002
Ley 764 de 2002
Ley 765 de 2002
Ley 777 de 2002
Ley 782 de 2002; Art. 27
Ley 793 de 2002; Art. 8; Art. 9; Art. 10
Ley 794 de 2003
Ley 813 de 2003
Ley 830 de 2003
Ley 837 de 2003

<Jurisprudencia Concordante>

Corte Constitucional

Sentencias de control de constitucionalidad:

C-479-92; C-541-92; C-543-92; C-549-92; C-556-92; C-557-92; C-561-92; C-587-92;
C-599-92; C-606-92; C-010-2001; C-013-2001; C-046-2001; C-047-2001; C-052-2001;

Si se observa la redacción utilizada por el legislador se podría concluir que el principio en estudio es aplicable: “ En materia penal” y por tal expresión de conformidad a lo que ha sostenido la doctrina debe comprenderse no solo las leyes del derecho penal material, sino también las leyes procesales y en tales condiciones ha de concluirse que tal principio es aplicable a la transición de leyes procesales que se acaba de presentar, así la ley 906 haya iniciado su implementación de manera gradual y así la misma, en una de sus disposiciones diga que la nueva normatividad procesal se aplicará únicamente para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005.

Debemos primero que todo recordar lo dispuesto en el art. 40 de la ley 153 de 1887 con relación a la sucesión de leyes procesales y la aplicación de las nuevas. Dice así la ley citada:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

C-060-2001; C-095-2001; C-096-2001; C-140-2001; C-143-2001; C-173-2001; C-252-2001; C-329-2001; C-333-2001; C-361-2001; C-364-2001; C-403-2001; C-404-2001; C-429-2001; C-477-2001; C-479-2001; C-551-2001; C-553-2001; C-554-2001; C-555-2001; C-556-2001; C-557-2001; C-581-2001; C-620-2001; C-1026-2001; C-1066-2001; C-1147-2001; C-1178-2001; C-1195-2001; C-1212-2001; C-1247-2001; C-1251-2001; C-011-2002; C-012-2002; C-040-2002; C-041-2002; C-042-2002; C-043-2002; C-087-2002; C-091-2002; C-131-2002; C-156-2002; C-187-2002

Sentencias de Tutela:

T-006-92; T-009-92; T-011-92; T-013-92; T-015-92; T-402-92; T-411-92; T-419-92; T-429-92; T-436-92; T-438-92; T-440-92; T-441-92; T-442-92; T-444-92; T-445-92; T-458-92; T-460-92; T-463-92; T-467-92; T-471-92; T-474-92; T-476-92; T-482-92; T-488-92; T-489-92; T-490-92; T-492-92; T-493-92; T-494-92; T-496-92; T-498-92; T-500-92; T-503-92; T-516-92; T-519-92; T-520-92; T-521-92; T-525-92; T-531-92; T-540-92; T-552-92; T-554-92; T-565-92; T-568-92; T-572-92; T-576-92; T-581-92; T-582-92; T-584-92; T-585-92; T-591-92; T-595-92; T-596-92; T-597-92; T-601-92; T-602-92; T-001-2002; T-002-2002; T-016-2002; T-019-2002; T-020-2002; T-021-2002; T-023-2002; T-024-2002; T-028-2002; T-032-2002; T-033-2002; T-046-2002; T-047-2002; T-048-2002; T-049-2002; T-056-2002; T-059-2002; T-060-2002; T-062-2002; T-066-2002; T-077-2002; T-080-2002; T-082-2002; T-094-2002; T-100-2002; T-112-2002; T-121-2002; T-123-2002; T-133-2002; T-137-2002; T-138-2002; T-144-2002; T-149-2002; T-168-2002; T-209-2002

Partiendo de esta disposición legal algunos procesalistas llegaron a afirmar que las leyes procesales eran de aplicación inmediata y que por tanto a ellas no era aplicable el principio de favorabilidad.

Pero es en realidad una muy simple concepción porque parten del presupuesto equivocado que todas las leyes procesales son neutras, es decir que todas son normas que hacen relación a la sustanciación, ritualidad y competencia de los procesos y que no las hay de contenido material, es decir aquellas que debemos entender que contienen o consagran aspectos de fondo, que con su aplicación comportan beneficios o perjuicios al procesado y la realidad legislativa nos demuestra que de la misma manera que existen muchas normas que no tienen otra finalidad, ni contenido que delimitar competencias, precisar las formas y ritos que deben seguirse en la realización de los diversos actos y diligencias que integran el proceso penal, o de normas que indican la forma de adelantar o sustanciar el proceso; también las hay de contenido material, es decir, aquellas que a pesar de ser normas de procedimiento, por la importancia de las garantías que contienen, implican con su aplicación notables beneficios o perjuicios a los procesados.

A esas leyes de contenido material o sustancial alude el artículo 6º de la ley 600 cuando determina:

ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.

LA LEY PROCESAL DE EFECTOS SUSTANCIALES PERMISIVA O FAVORABLE, AUN CUANDO SEA POSTERIOR A LA ACTUACIÓN, SE APLICARÁ DE PREFERENCIA A LA RESTRICTIVA O DESFAVORABLE.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato. (Lo destacado no lo es en el texto)

La verdad es que el ámbito delimitador del derecho penal material y del derecho procesal penal nunca ha estado debidamente precisado, porque es indescubrible que en el código penal existen normas de contenido procesal; creemos que nadie osaría discutir que normas como las relacionadas

con la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, las relacionadas con la prescripción de la acción y de la pena, o las relativas a la extradición son de un profundo contenido procesal.

En la misma forma, en la codificación procesal existen normas procesales de un claro contenido material, porque como ya se dijo, la importancia de los derechos que ellas contienen o salvaguardan son de tanta trascendencia como la de los contenidos en las normas propiamente materiales. Es por ello que puede afirmarse que las normas procesales que contienen normas de contenido constitucional son normas materiales o sustanciales pese a su ubicación.

MANZINI refiriéndose a este punto dice que:

“ Son, por tanto, normas de «derecho penal material» todas aquellas que atribuyen virtualmente al Estado el poder punitivo o también a los órganos del mismo Estado, o a particulares, el poder disposición del contenido material del proceso, o sea, de la pretensión punitiva o de la pena (ejemplo: facultad de querella, de remisión, etc.; amnistía, indulto, gracia, prescripción, condena condicional, etc.).

Son, en cambio, normas de “derecho procesal penal «todas y solamente las que regulan de manera general el inicio, el desarrollo y el fin del proceso, que establecen las garantías jurisdiccionales de la ejecución de las cosas juzgadas, que indican las formas con que los sujetos procesales pueden valerse de sus facultades dispositivos del contenido material del proceso, y que atribuyen a los órganos del Estado o a los particulares un poder de disposición del contenido formal del proceso, esto es, de las mesas formas procesales (ejemplo: derecho de defensa, de impugnación, de renuncia, etc.).

“Así, por ejemplo, la facultad de remisión, por ser una facultad que, al ejercitarse, hace desaparecer la pretensión punitiva del Estado, es de derecho material; pero las formalidades con las que se debe declarar la remisión misma, constituyen derecho procesal.

“De lo expuesto se infiere que el estar una norma comprendida en el Código de procedimiento penal o en el Código penal no basta para calificarla, respectivamente, como norma de derecho procesal o de derecho material,

tanto menos cuanto que el propio Código de procedimiento penal nos ofrece un ejemplo de verdadera y propia incriminación (contravención prevista por el art 137, relativo al uso de la lengua italiana).”⁵

Por su parte CLARIA OLMEDO, refiriéndose al mismo tema sostiene:

“Hemos advertido ya que todas las normas constitutivas del orden jurídico son materiales o sustantivas, y que las realizadoras pueden ser tanto sustantivas como procesales. Las constitutivas establecen el orden jurídico penal y lo garantizan mediante la sanción correlativa a la conducta descrita; pero son también constitutivas las normas que condicionan directamente la punibilidad, no las que orientan o impiden el pronunciamiento de fondo.

“La norma penal constitutiva es la que debe determinar el contenido del fallo al fondo (mérito). Este fallo se obtiene conforme a la voluntad manifestada en las normas realizadoras destinadas a componer el orden alterado. Para ello determinan poderes, condiciones, medios y formas, y aseguran el cumplimiento de la actividad así reglamentada.

“ (...)

“Son procesales penales las normas de realización que establecen los órganos de actuación, fijándoles poderes y deberes concretos respecto del contenido formal del proceso, y la que reglamentan el modo, forma y condiciones de la actuación de esos órganos y de los demás intervinientes. Los poderes genéricos de jurisdicción, acción y excepción son sustanciales, pero se desenvuelven en virtud de atribuciones y sujeciones procesales.

“El total de normas procesales penales se integra con previsiones sobre los objetos, las atribuciones y las formas para la realización de la justicia penal a través de toda la trayectoria del proceso. Pero hay algunos aspectos del derecho penal realizador regulados por normas sustanciales y procesales que conforme ya hemos expresado, se conocen como zonas de penumbra: sirvan de ejemplo la acción penal, la querella, la instancia privada, la prescripción, la renuncia o el desistimiento, la libertad condicional, etc.”⁶

⁵ MANZINNI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones de Cultura Jurídica, 1951, pág. 108.

⁶ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho procesal. Torno 1, pág 90. Editorial Córdoba, Córdoba, 1984.

En las condiciones precedentes es indispensable concluir que la norma de la ley 153 de 1887 hace referencia única y exclusivamente a las leyes relacionadas con la competencia, con las ritualidades procesales y con las que impulsan o ayudan a sustanciar el proceso, y estas evidentemente son de aplicación inmediata, pero no las otras a las que se hizo referencia, las que por la trascendencia de las garantías contenidas les es igualmente aplicable el principio de favorabilidad.

Existe además una interpretación de contenido constitucional que lleva a la misma conclusión anterior, porque recuérdese que la Carta de 1886 contenía la expresión: “En materia criminal, la ley permisiva...”.

Y es claro que cuando la norma superior hablaba del principio de favorabilidad y se refiere a leyes en materia criminal, tenemos que entender incluidas tanto las penales materiales como las procesales penales, pues una norma de rango secundario, no podría hacer distinciones donde la Constitución no las hace.

El procesalista payanés BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ opinó sobre el tema cuando expresó:

“La interpretación de las leyes penales está regida por el principio de: favorabilidad amplianda sunt, odiosa restringenda (lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse). Y este principio, según el art. 26 de la Constitución, tiene efecto sobre toda ley “en materia criminal”. El texto no hace distingo entre leyes penales sustantivas y leyes penales formales o de procedimiento; unas y otras quedan amparadas por el concepto libertad de favorabilidad, aunque sean posteriores al hecho.

El art. 3º del C. P. reza:

“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. No hace distinción alguna entre leyes que definen y castigan delito, o los tipifican, y leyes de carácter procedimental, por mucho tiempo mal llamadas adjetivas. El art. 44 de la ley 153 de 1887, muy importante en los principios generales sobre observancia y derogación de las leyes, proclama: “En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito»

La palabra juicios debe entenderse como procesos, como los anteriores, no hace diferencia en cuanto a la naturaleza o clase de leyes.⁷

La jurisprudencia de la Corte en vigencia de la Carta Política de 1886, sostuvo tesis similar, es decir que el principio de favorabilidad era igualmente aplicable a las normas penales materiales como a las procesales penales. Por su importancia debe citarse aquella de que fue ponente el Magistrado GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA cuando la Corte dijo:

“3º) En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la no retroactividad rige para el común de las leyes, pero está excepcionado, por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacer retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

“4º) La consagración por el constituyente del equitativo principio de que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable», a que alude el inciso 2 del art. 26, no ampara a la persona en el juicio criminal solo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887.

“Lo que la Carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el canon fundamental de la retroactividad cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

“5º) Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación, porque respecto de ellas no puede hablarse de «derechos adquiridos» que inhiban al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos que cursan, y que por tal razón no prima la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de derecho constitucional y de derecho procesal penal, lo evidente es que, aún frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo

⁷ IRAGORRI DÍEZ, Benjamín. Instituciones de derecho procesal penal. Bogotá, Editorial Temis, 1974, pág. 164.

26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto hace imperativo, en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito entre las legislaciones, aplicar la ley más favorable.

“6°) Las leyes de procedimiento no solo están destinadas para fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden, de modo esencial, afectar los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

“7°) Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando este acusado delinquiría regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

“8°) El alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional y de los textos penales antes transcritos no permiten dudar sobre las anteriores consideraciones. El juicio previo debe descansar en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo favorable para el acusado.”⁸

Habiéndose concluido de tal manera, debemos recordar el principio general que gobierna la aplicación de la ley penal en el tiempo y que no es otro que el de la irretroactividad, según el cual la ley rige desde el momento de su promulgación hasta su derogatoria, con sus dos grandes excepciones proyectadas ambas en el caso de la aplicación de la ley penal más favorable en el caso de tránsito de legislaciones y que son la retroactividad y la ultraactividad.

De conformidad con la primera excepción, la ley nueva cuando contiene aspectos más favorables a los previstos en la norma que la precedió aplica sus efectos a los hechos ocurridos en el pasado, es decir que se termina aplicando la ley a hechos que se ejecutaron cuando la ley nueva no existía porque no había sido promulgada.

⁸ “G. J.”, núm. 2238, mayo de 1961.

De conformidad con la segunda excepción, se continúa aplicando la ley derogada, porque la nueva ley contiene aspectos desfavorables con relación a los previstos en la ley derogada. El fenómeno de la ultraactividad permite entonces la aplicación de una ley penal a hechos que ocurrieron en su vigencia, pero que finalmente son fallados cuando esta ley se encuentra derogada, pero por ser más favorable que la nueva se continúa aplicando.

Es obvio que para se produzca la posibilidad de aplicación del principio de favorabilidad es indispensable que se presente una sucesión de leyes, porque si ello no se da es lógico que la ley vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos será la aplicable si la misma aún se encuentra rigiendo para ese momento.

El principio de favorabilidad es aplicable entonces en el ámbito penal y también en el procesal; la fórmula constitucional se conservó casi que idéntica en el nuevo texto de 1991 y solo se cambió el vocablo “criminal” por el de “penal” y por si llegase a existir alguna duda sobre su aplicación a las leyes procesales se consagró el principio rector idéntico en las leyes 600 y 906 en las que se dice explícitamente:

“La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Es importante destacar que en las primeras reuniones para elaborar el código penal de 1980, se acordaron entre los comisionados las bases metodológicas de trabajo y entre ellas, estuvieron de acuerdo que las ponencias que se elaborasen debían serlo teniendo como punto de partida los trabajos del Código Penal tipo para América Latina⁹

⁹ “Justamente, por iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile, a partir del año de 1.963, se ha logrado la reunión periódica de los más destacados profesores de Derecho Penal del Continente Latinoamericano para la elaboración de un Código Tipo que sirva de base o modelo para todos los países que quieran adoptarlo.

“Concluída y aprobada ya la Parte General de ese Código en cuya redacción y desde el comienzo ha participado una Comisión de Juristas colombianos, algunos de los cuales forman ahora parte de la Comisión creada por el Gobierno, resulta apenas obvio y natural que dicho trabajo sea aprovechado y utilizado por nosotros. Este afortunado esfuerzo de integración americana en materias científicas que ha permitido unificar pensamiento y doctrinas, deja a salvo el derecho de cada país para adoptarlo parcial o totalmente, o modificado en la medida en que los intereses de cada nación así lo requiera.

“(…)

Habiéndole sido asignada al Dr. Baquero Borda las ponencias sobre validez temporal y espacial de la ley penal, presentó una relacionada con el primer tema donde se negaba la posibilidad de aplicación del principio de favorabilidad a las leyes excepcionales y a las temporales y ello precisamente porque el comisionado antes citado, respetando el acuerdo inicial sobre metodología de trabajo presentó un texto similar al del Código Penal tipo.¹⁰

La situación generó una muy interesante discusión que finalmente concluiría con la aprobación del principio actualmente vigente según el cual el principio de favorabilidad es aplicable a todas las leyes y ello incluye necesariamente las leyes extraordinarias y también las leyes transitorias o temporales.

En aquella ocasión el Dr. Luis Enrique Romero Soto sostuvo:

“Acto seguido, los señores comisionados acuerdan que los respectivos trabajos deberán ser presentados por sus ponentes con la debida anticipación y por escrito, compuestos de dos partes, a saber: la primera, el articulado respectivo, y la segunda, la exposición o motivación de dicho articulado. De otro lado, se deja constancia que para la elaboración de los tenias de ponencia se tuvo en cuenta, respecto de la parte general, el Código Penal Tipo Latinoamericano que servirá de material de discusión en las labores de la Comisión (Acta Núm. 2. Pág 14. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Vol 1 E. Pequeño Foro. Bogotá, 1980).

¹⁰ Art. 9° de la Ponencia presentada por el Dr Baquero.”«Los hechos realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir temporalmente, se juzgarán siempre con sujeción a ésta”.

“Esta disposición se ha tomado integralmente del artículo décimo del C.P.T. y creemos que debe contemplarse en la legislación penal colombiana porque nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en algunas épocas leyes de carácter temporal, esto es, que solamente rigen dentro de un determinado tiempo. Así, por ejemplo, actualmente está en vigencia el Decreto 1988 de 1971 que aumentó las penas respecto de determinados delitos y que rige “mientras dure el estado de sitio”.

También hay legislaciones que contemplan las llamadas leyes excepcionales definidas como aquellas expedidas para satisfacer necesidades excepcionales del Estado y que naturalmente tienen ese carácter respecto de las normas generales. “Respecto de una y otra existen dos criterios:

“Uno en el que predomina la favorabilidad y por tanto se somete a los principios ya consignados en el proyecto y otro, como el del C. P. T. en el que no se reconoce la favorabilidad.

“En mi opinión personal no vale la pena contemplarla norma de carácter excepcional, porque en nuestro país en muy raras ocasiones se han expedido estatutos con ese carácter, a menos que la Comisión tenga otro criterio” (Acta Núm. 5, en Actas..... Vol. 1. Ob. cit., pág. 36).

“...y, al respecto quiero destacar la posición del profesor Jiménez de Asúa para quien la ley temporal debe estar sujeta a los mismos principios de las demás leyes, porque él en el fondo no hacía diferencia entre ley excepcional y ley temporal; como ustedes bien saben pero no sobra repetir para las actas, la ley excepcional es la dictada en circunstancias especiales, en tiempo de crisis, guerra, etc, agravando por lo general las penas o creando nuevos ilícitos, pero que no tienen un tiempo determinado o fijo de vigencia y simplemente se entiende que ella rige hasta que sea derogada, es decir, hasta que terminen las circunstancias en que fue dictada. En cambio, la ley temporal si tiene una disposición que señala el día en que va a terminar la vigencia. Esta es la única diferencia entre las dos clases de ley y yo comparto el criterio del profesor Jiménez de Asúa de que en relación con el principio de favorabilidad no debe hacerse diferencia entre una y otra.

Más aún: creo que si una ley temporal crea un delito y al llegar el momento de caducidad de la ley no hay otra posterior, que siga considerando ese hecho como ilícito, entonces deben aplicarse los principios generales y entre ellos el consagrado por el art. 45 de la ley 153 de 1887. Es que a mí me parece en realidad, aberrante e injusto, que a un individuo que ha cometido un hecho que una ley temporal considera como delito, pero que al terminar la vigencia de esa ley, por el transcurso del plazo fijado para regir, ya no se considere como tal, se le siga sancionando. Por ejemplo se me ocurre el caso del acaparamiento previsto como ilícito en una ley temporal, es decir, con vigencia determinada en el tiempo, y se lleva en virtud de ella a un individuo a la cárcel, pero dada la lentitud del proceso o por cualquiera otra circunstancia se cumple el tiempo de vigencia y por tanto tendríamos a dicha persona procesada o condenada por acaparamiento aunque en ese momento ya el hecho ha dejado de ser punible. De modo que resulta una situación perfectamente aberrante e injusta. En consecuencia no estoy de acuerdo con el art. 9º de la ponencia del Dr. Baquero, que trata de la ley temporal, aunque no se ha abierto la discusión sobre esta norma, porque me parece al respecto de los dos fenómenos, el de la ley excepcional y el de la ley temporal, se puede aplicar el principio de favorabilidad”.¹¹

Debemos decir que por leyes extraordinarias deben entenderse aquellas que surgen de circunstancias políticas, sociales, o económicas excepcionales, internas o externas, que exigen que el Ejecutivo cuente con instrumentos

¹¹ Anteproyecto de Código Penal Colombiano. Revisado por Alfonso Reyes Echandía. Acta Núm. 8. 1. La Picota, Bogotá, 1974, pág. 58.

legislativos distintos a las leyes ordinarias para poder superar esa situación que puede poner en peligro la subsistencia de la nación. De manera regular reciben esta denominación los decretos legislativos que dicta el Ejecutivo como legislador extraordinario en uso de las facultades constitucionales que se le confieren en virtud de la declaratoria del estado de excepción.¹²

¹² C. N., art. 212: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atenderlos requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. “La declaración del Estado de Guerra Exterior Solo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que ajuicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.

“Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

“Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”.

- Art. 213.--“En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

“Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

“Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

“Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales.

“El Presidente le pasará inmediatamente un informe motiva sobre las razones que determinaron la declaración.

“En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.

Art 214.—“Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

“ 1) Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

“2) No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En

El maestro español LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA define así las leyes excepcionales:

“Son leyes excepcionales las que tratan de satisfacer excepcionales necesidades del Estado, causadas por una concreta situación anormal (guerra, terremoto, epidemia, bandolerismo). Como puede advertirse por este somero enunciado, las leyes excepcionales, por su naturaleza misma, tienen, aunque no expresamente, predeterminado el límite de tiempo de eficacia, y por eso pueden incluirse en el género de las leyes transitorias”¹³

Por su parte hemos de entender por leyes temporales o transitorias, aquellas que en su propio texto llevan determinado el tiempo de su vigencia, contra lo que ocurre generalmente con las leyes ordinarias que se dictan hacia el futuro y su duración es incierta, pues algunas duran muy poco tiempo y por el contrario existen otras que prolongan su vigencia por centurias.

El maestro antes citado opina sobre el tema:

“Las leyes temporales, son aquellas en que está prefijado el término de su vigencia; es decir, que rigen en un cierto tiempo por ellas mismas determinado. No hay que confundir - para la correcta solución de los problemas

todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regalará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

“3) No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

“4) Tan pronto como hayan cesado las guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

“5) El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

“6) El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo 11, Buenos Aires, Editorial Losada, 1958, pág. 646.

que plantean las leyes temporales- la temporalidad con la contingentibilidad - esto es, con la índole de algunas leyes decretadas por causas contingentes y transitorias. Este carácter es meramente sociológico o político, extrínseco a la ley misma, en el sentido de que su eventual temporalidad no se halla fijada en el texto legislativo, pero depende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron.”¹⁴

De conformidad con los criterios antes expuestos ha de concluirse que de conformidad con el mandato constitucional y legislativo, el principio de favorabilidad, debe ser aplicado a toda clase de leyes, incluidas las procesales y su aplicación no puede tener excepciones, puesto que tratándose de un principio Superior es evidente que su aplicación es de carácter integral.

Pero su vigencia, imperatividad e ilimitividad no se circunscribe únicamente al mandato constitucional, puesto que el principio es igualmente reiterado en las normas de los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia y que integran el Bloque de Constitucionalidad. Efectivamente, el Pacto Universal de Derechos Humanos, - Ley 74 de 1968 -, en su artículo 15 determina:

Artículo 15.-1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de someterse,

⁴⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., tomo 11, pág. 646.

En la misma obra y en el mismo tomo en la página 354 el autor citado hace referencia a las leyes transitorias u ocasionales así: “A veces, con carácter excepcional, se precisa legislar para circunstancias de índole aguda y por ello transitoria. En vez de dictar una ley permanente, se sanciona y promulga una disposición legal para la ocasión, que durará lo que ésta (por ejemplo, las leyes de neutralidad que los países no beligerantes publican cuando una contienda, como la pasada, envuelve a países que están más o menos limítrofes), y que a menudo lleva en sí misma el señalamiento temporal de su vigencia. No suele ser fácil distinguir con exactitud las leyes temporales de las ocasionales, pues unas y otras tienen de común su excepcionalidad y caducidad”.

fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Y de manera similar la Convención Americana de Derechos Humanos, - Ley 16 de 1972 -, en su artículo 9 determina:

Art. 9o. Principio de legalidad y de retroactividad. - Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En las circunstancias precedentes con mayor fundamento normativo ha de concluirse en la necesaria aplicación del principio de favorabilidad.

Nadie discute de que efectivamente el Acto Legislativo Nro 3 de 2002, que le abrió la posibilidad de implementación del sistema procesal acusatorio determina que debe ser la ley la que determine con qué gradualidad se debe comenzar a aplicar la nueva norma procesal, de la misma manera que precisa que se aplicará “únicamente” para los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se estableciera.

Pero ésta no es una argumentación que sirva para justificar la no aplicación del principio de favorabilidad, porque es una realidad que la norma constitucional y la legal no podrían determinar otra cosa, pues bien se sabe que la vigencia de las leyes en el tiempo es hacia el futuro, la ley rige desde su promulgación o desde la fecha que ella misma determine hacia el futuro. Es el principio general que rige la aplicación de la ley penal en el tiempo que es el de la irretroactividad, con sus naturales excepciones impuestas por el principio de favorabilidad: la retroactividad y la ultraactividad de las leyes penales favorables.

En tales circunstancias el Acto Legislativo se limita a repetir lo que todas las leyes penales deben determinar, generalmente en sus últimos artículos, en el sentido que su aplicación será solo hacia el futuro, es decir para los hechos que ocurran con posterioridad a su vigencia y ello debe ser así, porque surge necesariamente imperativo del principio de legalidad impuesto constitucionalmente y en los Tratados que integran el Bloque de Constitucionalidad como ya se ha demostrado.

El Acto Legislativo en ninguna de sus disposiciones, ni la norma procesal que contiene la nueva normatividad procesal determinan que por la aplicación gradual de la nueva codificación no serán aplicables las garantías constitucionales y menos aún que no será aplicable a ellas el principio de favorabilidad. Y es obvio concluir que dicha disposición jamás podrá estar contenida en una norma vigente en un verdadero Estado de Derecho, puesto que los principios de legalidad y favorabilidad son los más extraordinarios instrumentos defensivos que el Estado proporciona a sus súbditos para evitar la arbitrariedad de los funcionarios que ejercen la represión y evitar que la omnipotencia del Estado pudiera llegar a propiciar una colectiva e injusta persecución por cualquier motivación.

En conclusión: que el Acto Legislativo haya dicho, o autorizado la vigencia gradual del nuevo código procesal y que haya precisado que solo se aplicaría a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia no constituye argumento válido para que se pueda concluir en la inaplicabilidad del principio de favorabilidad como ya se demostró.

Es evidente que fue querer del Constituyente que existieran dos sistemas procesales autónomos y paralelos, pero el hecho de que esa haya sido la voluntad del mismo, no puede llevar a la conclusión que las normas constitucionales deben dejar de ser aplicadas, porque precisamente es de la esencia del principio de favorabilidad, que cuando se presenten tránsitos legislativos el ciudadano sometido a proceso sea favorecido con la ley que le sea más favorable, la nueva o la precedente.

Porque si bien es clara la voluntad del Constituyente para la existencia de dos sistemas paralelos, no existen indicios de que igualmente la voluntad del Constituyente haya sido de la no aplicación de los principios que integran el concepto del debido proceso y entre ellos el de favorabilidad.

A pesar de que la doctrina Universal ha sostenido en la imposibilidad de la aplicación de la *lex tertia*, lo cierto es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha hecho importantes, reiterados y uniformes pronunciamientos, en los que ha sostenido que si se trata del reconocimiento del principio de favorabilidad debe tener aceptación la integración de un tercer texto legal, surgido de la aplicación de las normas en tránsito para efectos de proteger los derechos e intereses de los sometidos a proceso. El primer pronunciamiento en éste sentido tuvo ocurrencia el 3 de

septiembre de 2001 (Radicación 16.837) con ponencia del H. M. Jorge Aníbal Gómez Gallego donde en la parte pertinente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“ Conforme con el artículo 476 de la Ley 599 de 2000 (Nuevo Código Penal), este estatuto entrará a regir un año después de su promulgación, lograda con su inserción el Diario Oficial número 44.097 del 24 de julio del citado año. El acto de promulgación, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 4ª de 1913, quedó consumado a la medianoche del día indicado, lo cual significa que al comenzar el día 25 de julio de 2001 se inició la vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo (es igual la previsión del artículo 536 de la Ley 600 de 2000).

En ese orden de ideas, será necesario presupuestar cuál de los dos estatutos resulta más favorable a la situación del procesado, inicialmente en materia de consecuencias o penas.

En efecto, de acuerdo con el artículo 144 del Código Penal de 1980, modificado primero por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 respecto de la pena privativa de la libertad y de la multa, y después por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, sólo en relación con la sanción pecuniaria, el procesado debería recibir la pena de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y multa en cuantía entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, en razón del delito de celebración indebida de contratos que se ha demostrado. De igual manera, y a título de sanción principal, el acusado sería sometido a inhabilitación para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con entidades estatales por diez (10) años, conforme con el artículo 58, numeral 3º de la Ley 80 de 1993. Como quiera que los hechos ocurrieron en el mes de octubre de 1997, las normas reseñadas serían la ley aplicable por ser la preexistente al acto que se imputa al sentenciado.

Sin embargo, el artículo 408 del Nuevo Código Penal, que regula en los mismos términos típicos la infracción examinada, le apareja tres (3) sanciones principales a la conducta: la pena privativa de la libertad (prisión), que es igual a la del estatuto derogado; la multa sería superior porque oscila entre cincuenta (50) y doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que fluctúa entre cinco (5) y doce (12) años.

Con el fin de determinar cuál es la ley más favorable, resulta indispensable partir de la definición de favorabilidad en materia sustantiva que trae el artículo 6° del Nuevo Código Penal, en los siguientes términos:

“Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

“La ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas” (Se ha resaltado).

Por lo menos dos cambios se advierten en la nueva legislación, en relación con la desaparecida, porque la favorabilidad quedó incluida dentro del principio de legalidad, dado que aquella apenas constituye una excepción a uno de los matices de la legalidad (ley previa), pues de todos modos, aunque la ley sea posterior, por ser favorable (y sólo por ello) estaría eximida del requisito de la preexistencia, pero igualmente deberá ser escrita, estricta y cierta. De la misma manera, la analogía favorable excusa la exigencia de ley estricta, pero ésta deberá reunir las demás características. El segundo cambio atañe al énfasis legal, como norma rectora, de que la favorabilidad se aplicará “sin excepción”.

Se recordará que el Código Penal de 1980 consagraba el principio de legalidad en el artículo 1°, la favorabilidad en el artículo 6° y la exclusión de analogía en el artículo 7°.

A partir de los cambios normativos resaltados, será necesario reinterpretar el significado de la palabra “ley” en el artículo 6° de la Ley 599 de 2000.

En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y

un poco menos al acervo teórico, con más veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida (“sin excepción”, dice el precepto).

En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por “ley” la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre ellas, porque éste se encuentra supeditado a la ontología de aquéllas.

Así pues, en el caso de las penas principales concurrentes, como quiera que cada una de ellas tiene su regulación general, sus propios fines y el respectivo ámbito de aplicación que depende solamente del cumplimiento de la condición que significa el supuesto de hecho, en hipótesis (justificable sólo para determinar la ley más favorable) sería factible conformar una norma con cada una de ellas y el presupuesto común. Es decir, para el caso del artículo 408 del Nuevo Código Penal, analíticamente podrían advertirse tres (3) normas, porque la prisión de 4 a 12 años se prevé para la conducta de contratar con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, y por igual comportamiento también se disponen sucesiva y concurrentemente las consecuencias de multa entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 12 años. De modo que, en cada caso concreto, será necesario predecir racionalmente entre las dos legislaciones que se suceden en el tiempo, cuál de ellas contiene la disposición más favorable en materia de pena privativa de la libertad, multa e inhabilitación, individualmente consideradas, porque si bien las tres consecuencias están previstas como concurrentes en un solo tipo penal, en su aplicación resultan perfectamente separables como normas individuales.

Igual ocurre con las penas accesorias porque ellas también ostentan su propio régimen, finalidad y ámbito de aplicación característicos, según se prevé en la parte general y en el tipo correspondiente de la parte especial, y, no obstante que accedan a las sanciones principales, de todas maneras no depende primeramente de éstas su aplicación sino de la satisfacción del supuesto de hecho.

De modo que en este caso, como quiera que es igual la pena privativa de la libertad dispuesta en el artículo 144 del anterior código y en el 408 del

vigente, no se presentaría por ese aspecto discusión de favorabilidad. En cambio, sí es más benigna la sanción de multa señalada en el estatuto derogado (entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales).

Por otra parte, el artículo 58, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, norma complementaria del Código Penal de 1980, preveía como pena principal la inhabilitación para ejercer cargos públicos y proponer y celebrar contratos con entidades estatales por diez (10) años, pero dicha norma fue tácitamente derogada por el artículo 408 del Nuevo Código Penal, en vista de que éste no la previó sino que dispuso otra de distinto alcance, cual es la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 12 años. Si uno de los propósitos de la nueva regulación penal era el de recoger e integrar la legislación punitiva dispersa en estatutos de distinta naturaleza, en materia de mandatos, prohibiciones y obviamente de consecuencias penales, lo obvio será comprender la mencionada derogación implícita, máxime que la primera norma fijaba la inhabilitación en el ejercicio de cargos públicos, mientras que la nueva abarca el más amplio espectro del ejercicio de derechos y funciones públicas (Ley 153 de 1887, art. 3° y C. C., arts. 71 y 72).

Desde luego que la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, prevista como pena principal concurrente en el artículo 408 del vigente Código Penal, también tenía su par en el estatuto derogado, más a título de sanción accesoria y con la mera diferencia cortical de denominarla “interdicción” en lugar de “inhabilitación”. Así las cosas, como el artículo 52 de este último ordenamiento dice que la pena de prisión implica la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la sanción principal, en su momento se escogerá la más favorable.

Quienes piensan que la favorabilidad sólo puede preverse en relación con el código, ley o tipo complejo como sistemas o instituciones, y así, verbigracia, aplicarían integralmente el nuevo estatuto porque consagra una pena privativa de la libertad más benigna, no obstante contemplar una sanción pecuniaria más grave que la del anterior ordenamiento, sencillamente han dejado de aplicar la favorabilidad en esa última materia, a pesar de ser ésta perfectamente deslindable en su concepción teórica y práctica, aunque haga parte de un todo orgánico; o, en otras palabras, le han puesto restricciones a un instituto que el legislador quiere que los jueces desplieguen generosamente, siempre y cuando el precepto conserve su

identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas. Adicionalmente, quienes de esa manera proceden, han puesto a depender la identidad y concreción de la pena de multa (o de la accesoria, en su caso) de la sanción privativa de la libertad, y no de la realización del supuesto de hecho, como debe ser.

Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado.

Así entonces, en cuanto a la pena privativa de la libertad se aplicará el artículo 144 del Código Penal de 1980, por ser la ley preexistente y tampoco suscita problemas de favorabilidad. En relación con la pena de multa, se aplicará el mismo estatuto tanto por ser ley previa como en razón de la mayor benignidad en su cuantía. (Lo destacado no lo es en el texto).

Con lo anteriormente precisado se ha concluir entonces que es la propia Corte Suprema la que ha permitido la aplicación de la denominada por la doctrina “Lex tertia” y en tales circunstancias los argumentos sobre imposibilidad de conformar la denominada lex tertia no tienen aplicación si de aplicar el principio de favorabilidad se trata.

Para efectos de nuestra demostración es importante recalcar la expresión contenida en el artículo 6º del C. P. que en consonancia con las normas constitucionales quiso aclarar y precisar que la aplicación del principio de favorabilidad no puede tener excepciones. En tal sentido se dispone:

ART. 6º—Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, SIN EXCEPCIÓN, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

LA ANALOGÍA SÓLO SE APLICARÁ EN MATERIAS PERMISIVAS.
(Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias precedentes, el paralelismo de las normas procesales vigentes y la vigencia gradual de una de ellas, no puede impedir bajo ninguna circunstancia la no aplicación del principio constitucional de la favorabilidad.

El profesor Antonio González Navarro en un trabajo publicado en la “Faceta Jurídica” Leyer de Enero de 2.005 Pág. 23 y s.s. sobre este problema tiene importantes consideraciones, por ejemplo cita las discusiones que sobre el punto se hicieron:

2. Anteproyecto Código Procedimiento Penal de la Corporación Excelencia en la Justicia

Artículo 4º. Legalidad. Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación, por autoridad competente, con observancia plena de las formas propias de cada proceso. La ley procesal tiene efecto general e inmediato; sin embargo la ley procesal de carácter sustancial, permisiva o favorable, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, sea anterior o posterior a la actuación.

3. Actas de la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo 03 de 2002

3.1 Acta 04 (febrero 7 de 2003) Artículo 4º. Legalidad. (Anteproyecto de la Corporación excelencia en la justicia)

“El doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau manifestó que en este artículo existe una contradicción entre el inciso primero y el segundo puesto que,

en el primero se establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de la comisión de la conducta punible y, en el segundo se determina que la ley tiene efecto inmediato. A este respecto el Fiscal General de la Nación recordó que se debe tener congruencia con lo establecido por el Acto Legislativo 003 de 2002 en este sentido.

El doctor Jaime Granados propuso redactar el artículo en el sentido de que la vigencia de la ley procesal se cuente, en lugar de a partir de la comisión, a partir de la actuación, incluyendo la actuación no solo al procesal sino la actuación meramente investigativa inicial.

EL DOCTOR GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ TOMÓ LA PALABRA PARA EXPLICAR QUE TENIENDO EN CUENTA QUE LOS CÓDIGOS PROCESALES CONTIENEN ASPECTOS NO SOLO PROCEDIMENTALES SINO TAMBIÉN SUSTANCIALES, SE DEBE DAR UN TRATAMIENTO DISTINTO A UNAS Y OTRAS. EN ESTE SENTIDO, EXPLICÓ QUE NO EXISTE INCONVENIENTE EN QUE LAS NORMAS FORMALES OPEREN DE INMEDIATO, PERO LAS SUSTANTIVAS DEBEN OPERAR DESDE LA COMISIÓN DE LA CONDUCTA PARA EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY FAVORABLE, LO CUAL TIENE CONCORDANCIA CON LA CONSTITUCIÓN.

El doctor Gómez Pavajeau aclaró que su molestia es con el inciso primero cuando establece que la Ley procesal que se aplica es la vigente al momento de la comisión del acto ya que ésta debe tener efecto general e inmediato.

La comisión, por unanimidad, aprobó se modificara en el inciso 1º del artículo analizado, que la ley procesal aplicable es aquella vigente al tiempo de la actuación.

Por su parte, el Honorable Senador Rodrigo Rivera en relación con el inciso segundo, propuso modificar la redacción de la parte final del inciso segundo del artículo en estudio, el cual determina que la ley de carácter sustancial, permisiva o favorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, sea posterior o anterior, por la fórmula clásica: la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se preferirá a la desfavorable.

El doctor Jaime Granados manifestó que en materia procesal existen dos puntos de referencia: la comisión del hecho y la actuación procesal y el

criterio general es el de la época en que se inicie la actuación, a menos que sea más favorable.

Nuevamente se recuerda por parte de la Presidencia, el mandato del artículo 5° del acto legislativo en cuanto a la aplicación del nuevo sistema, para lo cual se dio lectura al citado artículo. En efecto, el doctor Osorio advierte que el mandato constitucional de este artículo es dominante sobre la regla de favorabilidad o no y debe entenderse bajo la lectura pura y simple, según la cual sólo será aplicable la normatividad del nuevo sistema para aquellas conductas que tengan lugar inmediatamente después de la entrada en vigencia de la nueva legislación. Explicó que la idea es empezar la aplicación de las normas de procedimiento para las causas ocurridas a partir de la entrada en vigencia del código y las anteriores a ese momento continuarían tramitándose bajo la legislación anterior con servidores “de descongestión” y evitando un solo trasteo de expedientes.

Por su parte, el doctor Guillermo Mendoza, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia expresó la importancia de distinguir las normas de efectos transitorios y las normas rectoras del código. Existen muchos casos de normas sustanciales incorporadas en el Código de Procedimiento Penal, entonces sí se quiere que la conducta no sea el referente, se le da un carácter general e inmediato aplicando la ley más favorable para el caso de la ley sustantiva.

La comisión decidió terminar la sesión y continuar en la próxima reunión, en la cual nuevamente se abriría la discusión de los principios rectores y las garantías procesales”.

3.2 Acta 5. (febrero 14 de 2003)

Artículo 6°. Legalidad

“Nadie podrá ser investigado judicialmente, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio”.

El doctor Jaime Granados propuso eliminar la expresión “judicialmente”, pues podría dar a entender que las labores de la Fiscalía, por no ser judiciales, no tienen que estar apegadas al principio de la legalidad; posición con la cual coincidió el doctor Adolfo Salamanca.

Al respecto, el doctor Andrés Ramírez explicó que la expresión “judicialmente” fue propuesta para distinguir la investigación formalizada de la no formalizada y evitar enviar mensajes ambiguos.

En este punto de la discusión, el Fiscal General de la Nación dio la bienvenida al Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Álvaro Orlando Pérez y le agradeció que compartiera su criterio respecto del artículo en estudio, por ser esta materia de su especialidad.

EL DOCTOR ÁLVARO ORLANDO PÉREZ MANIFESTÓ NO TENER OBSERVACIONES SOBRE LA PRIMERA PARTE DEL ARTÍCULO, SIN EMBARGO EN CUANTO A LA SEGUNDA, PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, OBSERVÓ LA IMPORTANCIA DE PREVER LA APLICACIÓN FAVORABLE DE LA JURISPRUDENCIA ADEMÁS DE LA FAVORABILIDAD DE LA LEY, LO CUAL SERÍA DE TRASCENDENCIA.

La doctora María Margarita Zuleta, Viceministra del Interior y de Justicia, consideró que esta propuesta es pertinente, en la medida en que en el proyecto gubernamental de reforma a la administración de justicia existe un artículo sobre el rescate de la jurisprudencia y por lo tanto no tendría sentido dar regulación diferente a lo penal frente a lo civil y laboral.

Para el doctor Andrés Ramírez, si bien la aplicación obligatoria de la jurisprudencia implica un reto teórico interesante, en la práctica puede menoscabar el principio de legalidad tradicionalmente consagrado en la Constitución y la ley colombianas y convertirse en una de las formas que más podría vulnerar los derechos humanos. Por tal razón, sugiere que el tema se envíe nuevamente a la mesa de trabajo y a la subcomisión para su estudio detallado.

Ante esta sugerencia, el doctor Carlos Arturo Ramírez solicitó que también vuelva a ser estudiada en la mesa la teoría de la ley tercia.

A la luz de la propuesta del doctor Álvaro Orlando Pérez, el doctor Jaime Granados señaló que sería necesario considerar la importancia del recurso de certificación, cuyo propósito es establecer soluciones prácticas para la conducción del juicio oral.

El doctor Luis Camilo Osorio instó a que, teniendo en cuenta los comentarios expuestos, los temas de la jurisprudencia como fuente de derecho penal y el recurso de certificación vuelvan a ser analizados por la mesa de trabajo y la subcomisión para que sean presentados a la Comisión Redactora Constitucional de manera más decantada, en una ocasión posterior.

No obstante lo anterior, el doctor Eduardo Cifuentes sugirió avanzar en la discusión sin recargar de trabajo a la mesa y a la subcomisión. Señaló, además, que a pesar de ser consciente de la importancia de la jurisprudencia, el tema de las fuentes del derecho ya está definido en la Constitución Política; lo más que se podría hacer es ratificar el principio de legalidad sin excluir la aplicación de otras fuentes.

El doctor Luis Camilo Osorio, por el contrario, aseguró que el hecho de plasmar las normas constitucionales en el Código de Procedimiento Penal, tiene, en su opinión, un valor pedagógico y didáctico muy importante. Insistió en que el tema vuelva a ser debatido en la mesa de trabajo.

Por su parte, el doctor Yesid Ramírez interpretó que la voluntad de algunos de los miembros de la comisión redactora constitucional es establecer que la jurisprudencia no sea solamente fuente auxiliar, sino que se constituya en ley para el caso práctico.

Manifestó se agregue en el artículo en estudio, lo que dice el doctor Pérez, la aplicación de la favorabilidad de una jurisprudencia, en el contexto del artículo 230 de la Constitución Política.

Antes de dar por terminada la discusión acerca del artículo 6º del anteproyecto, el doctor Jaime Granados solicitó que también fuera remitida nuevamente a la mesa de trabajo la inclusión de la expresión “judicialmente”.

El doctor Osorio cerró la discusión del artículo 6º, advirtiendo que su contenido volverá ser debatido por la mesa de trabajo”.

3.3 Acta 8 (marzo 7 de 2003)

“Artículo 6º. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato; sin embargo, la de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para el juzgamiento de las conductas punibles ocurridas con posterioridad a su vigencia.

El doctor Jesús Ignacio García propuso adicionar en el último inciso la expresión “la investigación”. Con la adición anterior el artículo quedó aprobado.”

En estos términos fue presentado al Congreso.”

En el texto mencionado continua el autor:

“IX. ¿EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 (artículo 5º) y la Ley 906 de 2004 (artículo 6º inciso 3) dejan sin efecto el principio de favorabilidad penal contemplado en el artículo 29 de la Carta y los tratados internacionales (bloque de constitucionalidad)?

Ha sido objeto de inquietud este aspecto en el escenario de la judicatura y la academia, como efecto el distinguido profesor -Augusto Ibáñez Guzmán en el XXV Congreso colombiano de Derecho procesal- celebrado en la ciudad de Cartagena argumentó sobre el tema objeto de análisis:

“No existe duda alguna que la conquista liberal es incuestionable y, sin mella o detrimento, vemos en la cultura jurídica este principio, el principio de legalidad, en este caso legalidad del sistema procesal, “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente, al momento de los hechos, con observancia de las formas propia de cada juicio.”

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos ocurridos con posterioridad a su vigencia” (artículo 6º Ley 906).

La novedad consiste en el último inciso, que posee consecuencias con respecto a las normas de vigencia. Así pues nos preguntamos, ¿qué sucederá con el principio de favorabilidad? Será que aún estamos haciendo referencia a la división entre normas sustantivas y procedimentales? Sería un despropósito”.

El abogado Juan Carlos Prias Bernal en un artículo publicado en el periódico “ámbito jurídico de Editorial Legis” pregunta ¿Excepción a la favorabilidad? y anota:

“Siguiendo la reiterada jurisprudencia constitucional, tanto de la Ley 600 del 2000, como de su sucesora, se introdujo el principio general de favorabilidad en materia procesal bajo el hoy indiscutible presupuesto de que tanto la norma sustantiva como la adjetiva tienen la posibilidad de consagrar derechos y garantías y, en esa medida, otorgar ventajas o desventajas derivadas del tránsito de legislación.

Sin embargo para asegurar el carácter progresivo de la entrada en vigencia del nuevo sistema en materia funcional y geográfica se acudió a la restricción de dicho principio, aclarándose que su aplicación se limitaría a los delitos cometidos después del 1º de enero del 2005.

Si bien una disposición de este tipo pudiera justificarse en términos operativos, no ocurre lo mismo desde el punto de vista constitucional, mucho menos en frente del contenido y antecedente del Acto Legislativo 3 de 2002, cuya motivación es eminentemente garantista. Al menos en teoría se trata de una reforma paradigmática -no cosmética-, cuya naturaleza tiende a equilibrar el natural desbalance de la confrontación individuo-Estado.

Desde esta perspectiva sería necesario reconocer que la nueva normativa es abiertamente más favorable, por lo cual difícilmente puede entenderse la razón que justifique su aplicación preferencia a una zona o región del país o solamente a los negocios nuevos. En contraste, es más evidente en la medida que institutos tan importantes como la defensoría pública, la función de control de garantías, la aplicación del principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones con la fiscalía entre otros resultarían vedados a los negocios en curso y lo que es más insólito, aun en vigencia del nuevo código a determinadas regiones del país por los próximos años”.

POSICIÓN QUE SE ASUME

...

En la sentencia C-873 de 2003, el Tribunal Constitucional refiriéndose al Acto Legislativo 03 de 2002 y orientando sobre su interpretación constitucional con respecto al sistema penal, en cuanto al contexto jurídico en el cual se desenvuelven las relaciones jurídico-penales, precisa lo siguiente:

(a) Las fuentes de derecho aplicables siguen siendo, en lo esencial, las mismas, con la diferencia de que existe, con posterioridad al acto legislativo, una regulación constitucional más detallada de los principales aspectos del procedimiento penal que configuran un nuevo sistema que se inscribe dentro de la Constitución adoptada en 1991. Ello implica que, en virtud del principio de unidad de la Constitución Política. Ver, entre otras, la sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett., las modificaciones introducidas por el acto legislativo deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional.

(b) Los principios fundamentales que rigen el proceso (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo, acto legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.

(c) El status de los órganos estatales que intervienen en el proceso sigue siendo, esencialmente, el mismo del esquema de 1991, puesto que (i) la fiscalía como órgano continúa incluida entre los que administran justicia (C.P., art. 116 reformado), a pesar de que sus funciones han sido sustancialmente modificadas, como ya se advirtió.

Nuestro sistema constitucional reconoce el debido proceso como un derecho fundamental y eso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las autoridades judiciales sino también las administrativas en la definición de los derechos de los individuos.

El debido proceso es todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, a efectos de asegurar durante el mismo una pronta y cumplida justicia.

Sin lugar a dudas la norma constitucional que establece el debido proceso, es una de las disposiciones de mayor trascendencia e importancia como quiera que consagra aquel conjunto de garantías que contribuyen a mantener el orden social, la seguridad jurídica, la protección al ciudadano que se ve sometido a un proceso y permite asegurarle pronta y cumplida justicia a través de las formas esenciales de cada rito legal.

Dentro de ese conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, considerado como derecho fundamental orientado por nuestro nuevo paradigma constitucional se encuentra el Instituto de la Favorabilidad Penal.

EN ESE ORDEN DE IDEAS TENEMOS QUE LA FAVORABILIDAD PENAL COMO PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL DEBIDO PROCESO POR ENDE CON CATEGORÍA DE DERECHO FUNDAMENTAL NO PUEDE SER MENGUADO, ATENUADO SUSPENDIDO, DEROGADO O EXCEPCIONADO; LAS RAZONES QUE ASÍ LO JUSTIFICAN DESDE MI PONDERADO EXAMEN CONSTITUCIONAL SON:

1. Siendo el debido proceso un derecho fundamental y haciendo parte del mismo la favorabilidad queda cobijada por lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta de 1991: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primaria de los derechos inalienables de la persona ...”.

...

En virtud de esto los derechos fundamentales constitucionales se tornan en limitación al legislador en dos vertientes:

a) No le permiten tocar su contenido y son limitación para la ejecución de la labor legislativa.

b) Permiten paralelamente al legislador completar el contenido constitucional de los derechos fundamentales o reconocer otros que no estén regulados en la norma constitucional, que, para el caso estos harán parte del bloque de constitucionalidad (Cfr. Bernardita Pérez Restrepo).

7. Las normas sobre derechos fundamentales son intangibles por parte del legislador, pero frente a este axioma, surge un interrogante que pasa con una reforma constitucional en torno a los derechos fundamentales, como en el caso que nos ocupa, donde estimo o considero que a través del Acto Legislativo 03 de 2002 (artículo 5°), desarrollado en el artículo 6° de la Ley 906 de 2004, inicialmente pareciera ser, que dejara sin efecto, suspendiera o derogara o se crea una excepción en torno del inciso 3 del artículo 29 de la Carta (Debido proceso-favorabilidad penal) considerado o reconocido como un derecho fundamental.

...

Reflexión Temática: Las reformas constitucionales en torno a derechos fundamentales deben comprenderse bajo la óptica que el constituyente secundario puede aumentar o enriquecer el contenido fundamental de los mismos, pero no menguarlos, derogarlos, suspenderlos, limitarlos o crearles excepciones incongruentes a su naturaleza misma; Esta filosofía constitucional se debe a que los derechos fundamentales o de primera generación se traducen en garantías que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de ésta y se niegan posibilidades propias del ser, con esa comprensión hay que interpretar los artículos 377 y 152 literal a de la Constitución de 1991.

...

Sobre estos conceptos, se puede arribar a la conclusión que si la idea es interpretar que el Acto Legislativo 03 de 2002 con su artículo 5° (vigencia) y su eco, el artículo 6° inciso 3 de la Ley 906 de 2004 excepcionaron, menguaron o atenuaron una de las estructuras del debido proceso constitucional como es la favorabilidad penal (artículo 29 inciso 3) no es posible, debido a que este instituto por ser un derecho de primera generación o fundamental el legislador tiene las limitaciones precitadas con los efectos señalados, de lo cual no hay la menor duda sobre el considerando de la primacía a los derechos inalienables de la persona (derechos fundamentales o de primera generación) que regula el artículo 5° de la Carta.

...

- La Constitución es norma de normas. Cualquiera sea el sistema de juzgamiento penal que se hubiera impuesto llámese, inquisitivo, mixto o acusatorio debe ceñirse sin restricción alguna a estos principios fundamentales y como tal el sistema acusatorio que nos rige no puede ser ajeno a eso, de

ahí que en un sistema constitucional donde la persona humana es el centro o eje, donde en todas sus se le reconoce como un sujeto de derechos y no un objeto, el principio de favorabilidad reconocido como una de las garantías que estructuran el debido proceso, (derecho fundamental) no puede ser objeto de restricción, suspensión o mengua ya que su justificación de existencia es incita a la primacía de los derechos fundamentales o derechos de primera generación o inalienables del ser humano, esa es la razón para que el tratadista Giuseppe Bettiol, quien en Italia ha sido un firme defensor de que la libertad individual debe protegerse al máximo dentro del proceso penal y que entre las normas que rigen se debe elegir la interpretación más favorable a las posiciones del imputado haya dicho:

“Bajo un cierto ángulo visual, el principio favor rei es el principio básico de toda la legislación procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por el criterio superior de libertad. No hay en verdad Estado auténticamente libre y democrático, en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de autonomía de la persona humana. En la contraposición al ius puniendi del Estado, de un lado, y el ius libertatis del imputado, de otro, la preeminencia debe ser atribuida a este último, si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe”.

En vista de la contradicción que generan los textos vertidos en los incisos 2 y 3 del artículo 6° de la Ley 906 de 2004, estimo viable aplicar el artículo 6° de la Ley 599 (Código Penal) en el cual no hay contradicción alguna y señala que la favorabilidad se aplicará “sin excepción alguna”, no olvidemos que la Ley 599 de 2000 rige en todo el territorio colombiano, su vigencia no está sometida a la gradualidad determinada por el Acto Legislativo 03 de 2002, sobre la premisa que el derecho penal debe fundarse en el respecto a la dignidad humana y por eso no es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución (Debido proceso-favorabilidad) por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales, sin olvidar que con la Constitución Política de 1991, explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4° que establece que ésta es norma de normas y no haya área jurídica inmune al derecho constitucional.”

En la sentencia C-873 de 2003, el Tribunal Constitucional refiriéndose al Acto Legislativo 03 de 2002 precisó:

“EN ESE ORDEN DE IDEAS TENEMOS QUE LA FAVORABILIDAD PENAL COMO PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL DEBIDO PROCESO POR ENDE CON CATEGORÍA DE DERECHO FUNDAMENTAL NO PUEDE SER MENGUADO, ATENUADO SUSPENDIDO, DEROGADO O EXCEPCIONADO”

Debemos precisar que por decisión del 16 de febrero de 2.005 M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, avala – como es apenas natural – la aplicación de normas contenidas en la Ley 906 de 2.004 a hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la normativa anterior, ello en virtud del principio de favorabilidad.

En adelante me permito transcribir algunos apartes de la decisión, pues considero que ello es ilustrativo para efectos del tema analizado. Manifestó la Corte:

“De ese contexto positivo bien pueden desbrozarse las distintas especies de normas que han de regir un proceso penal, al igual que el alcance de cada una de ellas, así: i) las sustanciales, cuyas permanencia -aún previa a la ejecución del delito- y aplicación -ya al interior de la actuación- perduran inclusive hasta el agotamiento de la fase de ejecución de la sentencia (art. 6 C.P.), a menos que una norma de similar naturaleza la reemplace para que sea aplicada esta última bajo la condición de ser más favorable. ii) las simplemente instrumentales, que igualmente antecedentes al hecho, deben gobernar el proceso, aunque sujetas a ser desestimadas en su aplicación cuando se expida una norma de su mismo carácter, tal como lo señala el artículo 40 de la Ley 153 de 1886, sin que de ellas -dada su neutralidad- sea demandable la favorabilidad. iii) las procesales de efectos sustanciales, cuyo manejo -desde luego al interior de la actuación- se asimila a las materiales, conforme lo señala el dispositivo últimamente transcrito.”

Así, refulge que cometido un delito, toda la normatividad que lo regula en su descripción típica, en su sanción y en las normas procesales de efectos sustanciales, acompañan ad infinitum a ese comportamiento y a su autor, salvo que con posterioridad surja norma nueva que favorablemente modifique tales atributos para que ésta sea aplicada retroactivamente, tal como

lo autoriza la norma superior, lo precisa la Ley 600/00 y lo reitera para el futuro el nuevo código de procedimiento (ley 906/04). En cambio, lo que sí choca contra aquélla -y aún con el sentido común- es que se aplique retroactivamente una nueva normatividad con efectos desfavorables. A su turno, lo que atañe a las disposiciones legales simplemente instrumentales, así como al cambio del juez (por razones de competencia) por otro igualmente existente antes de la comisión del delito, son de aplicación inmediata, sin que de su mutación -como se dijo- pueda reclamarse ingrediente alguno de favorabilidad.

...

Ahora bien, en pos de las orientaciones legales y constitucionales ya citadas, surge imperativo el pregón de favorabilidad, de donde se desprende que referirse a la favorabilidad es hablar -por regla general- de un tránsito de legislaciones originado en una sucesión de leyes que regulan de un modo distinto una concreta situación o institución jurídicas, dando lugar a aplicar ultractivamente la ley vigente al momento de la comisión del hecho (que sería el punto de referencia inicial) o retroactivamente la posterior porque comporte consecuencias más ventajosas.

...

Dígase, de igual manera, que de esta clasificación (normas procesales de efectos sustanciales) hacen parte -en concreto- las atinentes a las rebajas de pena por confesión y por sentencia anticipada, cuando cometido el delito la reducción se establecía en un monto determinado, el que se ve posteriormente modificado por una ley, bien para aminorarlo, ora para eliminarlo respecto del momento en que se confiesa o que se solicita el trámite abreviado, casos en los cuales el análisis comparativo de favorabilidad se impone para reconocer la rebaja mayor.

Asimismo, no hay duda que tratamiento igual han de recibir las causales de libertad, bien porque estando consagradas el día de comisión del hecho se hayan eliminado por una ley posterior en el momento en que se solicitan, o bien porque no estando establecidas normativamente el día del hecho una ley posterior les dé cabida en el ordenamiento legal, pues en el primer evento habrá de concederse por aplicación ultractiva de la ley y en el segundo por la retroactividad por favorabilidad, desde luego que -en cada caso- cuando se satisfagan las exigencias que imponga el legislador para la causal.

De las precedentes consideraciones, se ha de concluir entonces que el principio de favorabilidad es aplicable a la nueva codificación procesal y por remisión a las normas del proceso ético disciplinario.-

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

Es igualmente cierto que no existe norma disciplinaria expresa que haga referencia a la culminación de la etapa de investigación y existe una norma equivalente o análoga que es la prevista en el artículo 79 de la ley 23, que hace referencia al informe de conclusiones que debe presentar ante la Sala, el magistrado instructor.¹⁵

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

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

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

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

Estarán por fuera del proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en

¹⁵ Art 79. Presentado el informe de conclusiones, el Tribunal en pleno se ocupará de su conocimiento dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de presentación, y podrá, si lo considera conveniente, solicitar la ampliación del informativo señalando término para los efectos, el cual en ningún caso podrá ser superior a quince días.

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

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

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

Si se observa, la norma transcrita alude a un fenómeno procesal que no está previsto en la norma disciplinaria y si por analogía lo aplicásemos al proceso disciplinario se estaría aplicando una norma por analogía in malam partem, posibilidad que queda descartada porque el principio de legalidad de rango constitucional y reiterado como norma rectora en el Código procesal expresamente excluye la posibilidad de la aplicación analógica de normas perjudiciales.

Además de los argumentos precedentes téngase en cuenta que allí se hace una exclusión de los delitos más graves o aquellos que afectan intereses públicos o victimiza a menores.

La diferencia establecida por el legislador nos lleva a concluir que fue su voluntad, que esta norma favorable solo se excluyera para los delitos de mayor trascendencia social y económica.

Lo anterior nos demuestra que la mayoría de procesos adelantados por todos los actos de delincuencia tipificados en el código penal les sería aplicable ésta norma por favorabilidad.

En las condiciones precedentes sería aberrante que se excluyera su aplicación a una falta disciplinaria, de mucho menor gravedad que un delito y que además tal exclusión en la aplicación de la ley procesal favorable, se hiciera como consecuencia de una aplicación analógica de la misma.

6. EL CAMBIO EN POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS

Si bien es cierto que los jueces deben someterse al imperio de la Ley, esto no quiere decir que no deban analizarse las circunstancias de cada caso particular antes de dictar una sentencia.

El Derecho es y debe ser dinámico. Debe adaptarse a los cambios sociales manifiestos en las nuevas legislaciones y a los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales que aplican las normas a casos concretos.

Aquí solamente mencionemos un aparte del artículo sobre Demiurgia jurídica, lenguaje y creación de la realidad conceptual, de J. Francisco Escudero, como parte de (El “motor inmóvil” jurídico y los actos mágicos, en Noviembre de 2000:

Lo más importante para nuestro argumento es que para todo “acto” jurídico existe una “norma” jurídica que determina las condiciones necesarias y suficientes de acuerdo con las cuales el acto jurídico se produce. Una norma de este tipo es llamada “norma de competencia” y la facultad que instituye para que cierta persona realice un acto jurídico se denomina “competencia” o “capacidad”.

Al realizar un acto jurídico el sujeto que habla (o escribe) ciertamente “hace cosas con palabras”. Señala Alf Ross que los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico, entendido como institución social, que opera como una “maquinaria” (“motor inmóvil”) que se mueve con palabras. En virtud de que el orden jurídico faculta a un individuo o grupo de individuos para desencadenar mediante palabras las fuerzas de esa compleja maquinaria, entonces la realización de un acto jurídico viene a ser semejante a la magia: las palabras crean el efecto que nombran.

El trabajo de los “operadores jurídicos” es en cierto sentido permanente y en cierto sentido efímero. Lo que es bueno permanece. Lo que es erróneo

morirá. En lo bueno radica el fundamento sobre el cual nuevas estructuras serán construidas. Lo malo será desterrado y expulsado en el laboratorio de los años. Y poco a poco la vieja doctrina queda ajada. Frecuentemente los cambios son tan graduales que su significación no se nota.

Finalmente descubrimos que el contorno del crucigrama jurídico ha cambiado, que los viejos paisajes ya no sirven. De hecho, si comparásemos nuestra sociedad actual con la romana de hace veinte siglos, se apreciarían notables diferencias, sin embargo muchas de las instituciones jurídicas, seguirían siendo tan viables como entonces y la diferenciación entre el jurista romano y el actual apenas si podría ser perceptible...”

8- LA DECISION DEL RECURSO FAVORABLE INVOLUCRA A TODOS LOS INCULPADOS

Es claro que, de acuerdo con la normatividad penal vigente, cuando una sentencia en recurso de alzada favorece a quien lo plantea, involucra en decisión a todos los inculpadados.

Por lo anterior, debe declararse la prescripción para todos los médicos encartados, revirtiendo la decisión de sanción del Tribunal Seccional de Etica Médica del Valle, quedando sin efecto las decisiones sancionatorias contra los doctores N. de la R.B, P.V.P. y A.A.A.

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

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra la doctora N. DE LA R.B. **Artículo Segundo** - Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra el doctor P.V.P.A. **Artículo Tercero** - Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra el doctor A.A.A. **Artículo Cuarto** - Decretar la preclusión de la presente investigación por haber operado el fenómeno de la prescripción. **Artículo Quinto** - Una vez en firme la presente decisión devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Bogotá, Marzo veinte (20) del año dos mil doce (2012)

**SALA PLENA SESIÓN No.1124 DEL VEINTE (20) DE
MARZO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

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 apelacion ante negativa de practicar
Pruebas
Declaracion de prescripcion del proceso disciplinario

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 27-2012

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. S.Y.R., el Dr. N.A. y el Dr. R.C. 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.B. y J. de la C.D. manifiesta que interpone el recurso de reposición como principal y como subsidiario el de apelación y adicionalmente solicita subsidiariamente a los recursos interpuestos, se decreta 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 cual decidió NO DECRETAR LA NULIDAD solicitada.

Por ultimo, la defensa solicitó al tribunal seccional aplazar la diligencia de descargos hasta tanto el Tribunal Nacional de ética medica no se pronunciara respecto a la apelación por la no practica de unas pruebas solicitadas.

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 mencionados; 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.B. presentó declaración injurada

El 9 de abril de 2008 rindió su declaración injurada el Dr. J.D. de la C.D.B. en compañía de su abogado, el Dr. NELSON JOANNY ALZATE GOMEZ y el 16 de abril de 2008 la de la Dra. VI. Del S.S.V., acompañada de su abogado el Dr. SERGIO YEPES RESTREPO.

Se posesionó a la estudiante de derecho ELIZABETH AGUDELO HE-NAO 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.B. 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 N.J.A. 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 disciplinado 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.JV.H. y J.D.N.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. B., 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.B. 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.B. y J. de la C.D. manifiesta que interpone el recurso de reposición como principal y como subsidiario el de apelación y adicionalmente solicita subsidiaria a los recursos interpuestos, se decreta 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.B. 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 defensor de los Drs. A.F.A.B. Y J. de la C.D. manifestó que interpone el recurso de reposición como principal y como subsidiario el de apelación y adicionalmente solicita subsidiaria 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 despescho(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.

El Tribunal Nacional de Ética Médica decidió NO DECRETAR LA NULIDAD solicitada, por las razones antes expuestas.

La defensa solicitó entonces al Tribunal seccional aplazar la diligencia de descargos mientras el tribunal Nacional se pronunciaba respecto de la negativa a la práctica de unas pruebas solicitadas

Dentro de estos términos y aplazamientos, se ha cumplido con el plazo de cinco años para resolver el proceso, con lo cual se ha llegado a los términos de prescripción, por lo cual el Tribunal Nacional debe decretar de oficio la misma, por tratarse de un proceso disciplinario

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la prescripción de la acción disciplinaria en el presente proceso por haber transcurrido mas de cinco años de ocurridos los hechos materia de la querella. **Artículo Segundo** - Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra la presente providencia no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA Presidente -Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA Magistrado Ponente; LILIAN TORREGROSA AL-MONACID Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diecisiete (17) junio del año dos mil catorce (2014)

**SALA PLENA SESIÓN No.1228 DEL DIECISIETE (17)
DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)**

REF: Proceso No. 203 del Tribunal de Ética Médica del Magdalena
Denunciante: Sra. L.O.D
Contra doctores: V.H.C.G. y A.A.A.A

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 59-2014

VISTOS

Mediante providencia del 24 de julio de 2013, el TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL MAGDALENA decide elevar pliego de cargos en contra de los doctores V.H.C.G., cirujano plástico identificado con cédula de ciudadanía número ... expedida en ... y Resolución ... expedida por la Gobernación del Cesar; y A.A.A.A, médico anestesiólogo identificado con cédula de ciudadanía número .. y Registro Médico por la atención prestada al señor J.A.A.D. de 45 años, identificado con cédula de ciudadanía número .. de, en la Clínica Valledupar entre el 7 y el 10 de Junio de 2009, que terminó en su fallecimiento.

La queja fue instaurada ante el tribunal de primera instancia el 4 de noviembre de 2009, mediante traslado de la misma desde la Superintendencia delegada para la Atención en Salud del Magdalena. Ese mismo día fue repartido al Magistrado Instructor.

La historia clínica del decujus se solicitó a la Clínica Valledupar el 14 de abril de 2010, siendo contestada por esa entidad el 21 de junio de ese mismo año. Las versiones libres de los médicos acusados se ordenaron para el mes de Agosto de 2010 (dres V.H.C., A.D., A.A. y M.L.) dos declaraciones juramentadas se ordenaron para ese mismo mes (Dr. J.P. y señorita A.V.).

El 24 de julio de 2013, es decir MAS DE CUATRO AÑOS después de ocurridos los hechos y cerca de 42 meses después de haber recibido la queja, el tribunal seccional decide elevar pliego de cargos contra los doctores V.H.C.G. (Cirujano plástico) y A.A.A.A (Anestesiólogo-Intensivista), quienes rinden diligencia de descargos entre los meses de Octubre y Noviembre de 2013.

El 5 de mayo de 2014 el apoderado del doctor A.A. solicita la practica de pruebas testimoniales y periciales, las cuales son denegadas por el juez ac quo el 13 de mayo de 2014.

El 20 de mayo de 2014, a menos de un mes de cumplirse el termino de prescripción, los apoderados de los encartados interponen recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de los autos que niegan las pruebas pedidas.

El 21 de mayo de los corrientes, el ac quo no repone la decisión y concede el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Se recibe el expediente el 30 de mayo de 2014, correspondiendo por sorteo el 3 de junio al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El señor J.A.A.D. de condiciones enunciadas, cayó de su propia altura el 7 de junio de 2009, ocasionándose herida en región malar de 3 cm, la cual es valorada por el Cirujano Plástico C.G., quien decide suturarlo en salas de cirugía.

Inmediatamente se aplica la anestesia local (Bupivacaina y Xylocaina), el paciente presenta dolor precordial intenso, cianosis y alteración en el estado de conciencia, por lo cual es solicitado el médico intensivista M.L., quien no consigue efectuar la intubación de urgencia, por lo cual el cirujano J.L decide efectuar traqueotomía de urgencia.

El paciente es trasladado a Cuidados Intensivos, en donde fallece tres días después.

Se argumentan las pruebas solicitadas por el Magistrado Instructor y la Defensa de los acusados. Todas estas diligencias transcurren durante los

años 2010 y 2011, existiendo un lapso de tiempo no explicable entre agosto de 2011 y julio de 2013, periodo en el cual el proceso permanece sin movimiento en el tribunal seccional. Y no es sino hasta el 24 de julio de 2013, cuando se eleva pliego de cargos en contra de los investigados.

Luego ocurren una serie de cambios de fecha para diligencia de descargos, solicitudes de copias del proceso, cambio de abogados defensores, y otros eventos que no hacen cosa diferente a dilatar el proceso de manera injustificada. La diligencia de descargos del médico A.A. logra obtenerse el 23 de octubre de 2013.

Posteriormente la defensa de los investigados solicita de manera muy holgada la practica de pruebas que ya se encuentran en el expediente, y otras que no demuestran su conducencia y pertinencia, por lo cual son rechazadas por el juez ac quo.

El tribunal de primera instancia niega el recurso de reposición elevado ante esta negativa y concede el subsidiario de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I-LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN, en providencia número 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA se expreso lo siguiente:

...

“...Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981 . Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto

de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

...

En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:

“ La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.-

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años.

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la 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.

.....

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su

situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

...

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexecutable el párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución...”

NUEVOS APORTES AL FENOMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Pero como además se ha creado confusión respecto de los términos de prescripción del proceso ético disciplinario, debe mencionarse otra providencia de este mismo magistrado este mismo año que determina:

“...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 persecutoria 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.

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

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 marcado 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 tácita. || 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 pla-

zos 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 Ennecerus 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 dis-

ciplinar 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 ambos 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.

...

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 indescionocible trascendencia de la temática, en la que el instrumento disciplinario regulatorio de la profesión médica cumple un rol trascendental para mantener la vigencia y validez de los mencionados principios.

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

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 número: 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 - prin-

cipio 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 artículo 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 benefician 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 inexecutable 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 recor-

darse 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...”

Queda entonces claro que el termino de prescripción de la acción ético disciplinaria sigue siendo de cinco años.

II- DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

“...Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud.

.....

Por esto, existe una clara dilación en el proceso por parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito encargados de solicitar la investigación planteada por la denunciante, ANA SOFIA ALVARADO MONTAÑO

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el “derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas”. Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado “dilaciones injustificadas”, debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

“Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad” .

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser te-

nidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional.

Esta disposición se corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre esas garantías se contempla el “derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” (artículos 29 inciso 4 de la Constitución; 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14-3-C Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La legislación procesal penal establece términos dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, y cuya dimensión debe estar condicionada por factores tales como “la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad, el grado de complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan.” Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado, desconociendo sus derechos fundamentales.

“Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada”.

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

“No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad”.

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho”.

III-BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

Expresa la Sentencia C 426 de 1997, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía:

“...La buena fe y las obligaciones impuestas por los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.

La buena fe bien puede incluirse entre los “elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos”, a los cuales se refería Josserrand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el de-

ber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.” (Sentencia C-544 del 1º de diciembre de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional No. 12 pág. 41).

La Constitución vigente, en su artículo 83 consagró el principio de la buena fe, así:

“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Al decir de la Corte (en la sentencia citada), “esta norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas”. Como es explicable dada su importancia, existen innumerables definiciones de la buena fe: en los títulos traslaticios del dominio, en la posesión, en la percepción de los frutos, en los contratos, etc. En el artículo 768 del Código Civil, por ejemplo, se dice que “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”. Planiol y Ripert la definen así, en relación con los contratos:

“Entre nosotros, todos los contratos son de buena fe y ésta es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo.

Esta exigencia plantea, por ende, al juez un problema delicado, siempre que haya de fijar a qué se ha obligado determinado contratante; pero existe no sólo desde el punto de vista de la justicia, sino en interés bien entendido

de los contratantes, todos los cuales han de beneficiarse con ella. La vida en sociedad se facilita de ese modo”. (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo sexto, primera parte, Edición Cultural S.A., Habana 1940, número 379, página 530).

Precisamente en cumplimiento de este principio (el de la buena fe en los contratos), dispone el artículo 1603 del Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de 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”.

Viniendo ahora al campo del proceso, y particularmente del proceso civil, no puede pasarse por alto el deber que el numeral 1 del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil impone a las partes y sus apoderados: “Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos”.

Pues bien: sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad?

La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, “El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil...”

CONCLUSIONES

En el actual proceso ha operado el fenómeno de la prescripción por haber transcurrido cinco años desde el último acto médico en la humanidad del paciente J.A.A.D. de 45 años, identificado con cédula de ciudadanía número de

Sin embargo queda un sabor a injusticia al haberse permitido que transcurrieran inexplicables lapsos dentro del proceso en contra de los médicos

V.H.C.G., cirujano plástico identificado con cedula de ciudadanía número expedida en y Resolución expedida por la; y A.A.A.A, médico anestesiólogo identificado con cedula de ciudadanía número y Registro Médico

Esto permitió amparar un extenso termino que logro obtener la declaración de prescripción del proceso ético disciplinario. Y aunque es altamente probable que los acusados no sean responsables de una reacción idiosincrática respecto de la anestesia local aplicada al paciente A.D (QEPD), no es de recibo efectuar maniobras dilatorias por parte de los sujetos procesales ni de lentitud por parte de los tribunales juzgatorios.

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 - Declarar la Prescripción de la acción disciplinaria en el presente proceso. **Artículo Segundo** - Decretar la Preclusión de la presente investigación. **Artículo Tercero** - Contra esta Resolución no procede Recurso Alguno. **Artículo Cuarto** - Una vez en firme la presente providencia, devuélvase 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; LILIAN TORREGROSA ALMONACID; Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, veintiséis (26) Agosto del año dos mil catorce (2014)

**SALA PLENA SESIÓN No. 1238 DEL VEINTISEIS (26) DE
AGOSTO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)**

REF: Proceso No.1828 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle
Contra: Doctor P.A.D.A.
Denunciante: Sra. L.F.S.C.
Asunto: Solicitud de PRESCRIPCION

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.86-2014

VISTOS

La señora L.F.S.C., identificada con cédula de ciudadanía número ... de ..., fue intervenida quirúrgicamente en enero 5 de 2009 por el médico P.A.D.A., identificado con cédula de ciudadanía número de, quien le implantó a la paciente unas prótesis mamarias tipo PIP, con una última cita de control en febrero de 2009.

La queja fue instaurada el 25 de febrero de 2013, es decir cuatro años después de la última intervención medicoquirúrgica sobre la paciente por parte del médico investigado.

Se inició investigación ético disciplinaria y el 28 de mayo de 2013 se le informa al acusado que se abrió investigación en su contra y le solicita una serie de documentos.

El 23 de agosto de 2013, el implicado solicita la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria con el argumento de considerar que, de acuerdo con algunas interpretaciones jurisprudenciales, esta acción caducaba a los tres años de ocurridos los hechos

El Tribunal Seccional de Etica Medica del Valle, en providencia del 18 de septiembre de 2013 resuelve que no hay lugar a dicha prescripción. Se notifica al disciplinado el 24 de septiembre de 2013

El 27 de septiembre, el investigado interpone recurso de apelación a través de apoderado, en contra de la providencia del 18 de septiembre de 2013. Mediante providencia del 30 de octubre de 2013, el tribunal seccional no acepta la reposición y concede la apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, notificando por estado el 12 de noviembre de 2013.

En esa primera solicitud de prescripción, en vista de la consideración por un término menor al dispuesto en la Ley, el Tribunal Nacional de Ética Médica negó la declaratoria de prescripción.

En esta oportunidad se invoca el transcurso de cinco años de ocurrido el último acto médico en relación con la quejosa.

Se repartió el 8 de julio de 2014, correspondió al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA.

Se recuerda que 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 llenado 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 querrela. 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 QUERRELLA. La querrela 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 persecutoria 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.

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

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 tácita. || 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 Ennecerus 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 in-

terrupción 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 1° del artículo 5° 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 ambos 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:

“ ARTICULO 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 indescionocible trascendencia de la temática, en la que el instrumento disciplinario regulatorio de la profesión médica cumple un rol trascendental para mantener la vigencia y validez de los mencionados principios.

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que

respondiese a la trascendental misión encomendada al instrumento procesal disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicio a los intereses generales de la Nación.

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 número: 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 artículo 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..”.

SOLICITUD ADICIONAL DE LA QUEJOSA

En escrito dirigido al Tribunal Seccional de Etica Medica del Valle, la quejosa afirma que no debió tomarse como el comienzo de la prescripción la fecha de la realización de la cirugía, sino la de la aparición de la consecuencia física como secuela de la intervención, debido a la necesidad de retirar los implantes que fueron prohibidos a nivel mundial, obligando a su extracción en todos los casos. Para ello invoca la excepción a la caducidad por violación a Derechos Fundamentales

Al respecto debe manifestar el Tribunal Nacional que se ha discutido este raciocinio en eventos tales como el ENCUENTRO NACIONAL DE TRIBUNALES DE ETICA MEDICA, en donde se planteó la misma posibilidad en relación con implantes de material extraño, como el que ocurre con el uso de metilmetacrilato, parafina y otras sustancias, cuyos efectos deletéreos comienzan a ser evidentes luego de varios años de su implante. Corresponde a las autoridades legislativas solucionar este problema, con el cual estamos profundamente preocupados. En lo que a nosotros respecta, debemos limitarnos a lo que corresponde a nuestra competencia de jueces disciplinarios ético médicos, regidos por leyes muy claras que delimitan nuestro actuar, el cual, de ser trasgredido daría lugar a delitos como el prevaricato, con todas sus consecuencias.

Sin embargo, queremos dejar sentado nuestro total acuerdo con el planteamiento de reconsiderar el comienzo de la prescripción teniendo en cuenta los efectos tardíos de los implantes de material extraño, pues la reacción del organismo a sustancias de muchos tipos insertados en los tejidos, comienza luego de haberse cumplido los términos de prescripción.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la prescripción del proceso en contra del doctor P.A.D.A., identificado con cédula de ciudadanía númerode **Ar-**

tículo Segundo - En consecuencia ordenar la preclusión del mencionado proceso. **Artículo Tercero** - Contra la presente decisión no caben recursos.

Artículo Cuarto - Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente – Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Junio doce (12) del año dos mil doce (2012)

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

REF: Proceso No. 1239 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia
Denunciante: Sra. D.A.L.
Contra los doctores C.E.M.P., J.H.O.R. y E.J.A.H.

Providencia No. 43-2012

Magistrado ponente: Dr. Francisco Pardo Vargas

VISTOS

En Sala Plena del 14 de mayo de 2012, el Tribunal de Etica Médica de Antioquia, mediante Providencia de la fecha, declaró fenecida su potestad disciplinaria en la investigación de la denuncia presentada el 17 de abril de 2007 por la señora D.A. en contra de los doctores C.E.M.P., J.H.O.R. y E.J.A.H. por la “sustracción fraudulenta” de su Historia Clínica de los archivos de la Clínica Las Vegas entre el 20 y el 23 de marzo de 2007 con el fin de utilizarla en el proceso de nulidad de su matrimonio católico con el último de los médicos mencionados (doctor E.J.A.H.).

Aceptada la queja el Tribunal inició el estudio del caso y la recolección de las pruebas concluyendo que no existían razones para inculpar a los doctores O.R. y A.H., y formuló cargos al doctor C.E.M.P. por vulneración de los artículos 10 y 34 de la Ley 23 de 1981. En desarrollo del proceso se citó repetidamente a diligencia de descargos al doctor C.E.M.P., quien por diversos motivos legalmente certificados no asistió a las diligencias programadas, hasta que el Tribunal, en sala del 14 de mayo de 2012 decretó la Prescripción del caso, decisión que fue apelada por la quejosa y aceptada por el Tribunal Seccional, enviando el proceso Ético Disciplinario al Tribunal Nacional de Etica Médica para lo de su competencia.

Sometido a sorteo le fue asignado al Magistrado doctor Francisco Pardo Vargas.

HECHOS

La señora D.A. y su esposo E.J.A. se encontraba tramitando la disolución de su matrimonio católico, cuando el doctor A. abandonó el hogar y doña D., que cursaba con un embarazo presentó óbito fetal. Estos dolorosos acontecimientos le provocaron un Trastorno Depresivo Mayor que requirió atención psiquiátrica por la doctora C.M. en la Clínica Las Vegas, con recuperación satisfactoria. En el mes de marzo de 2007 el médico ortopedista C.E.M., a solicitud del doctor E.A. (ex esposo de doña D.) retiró del archivo de la Clínica Las Vegas la Historia Clínica de la señora D.A. para utilizarla en el proceso de disolución matrimonial. Ante estos hechos, la señora A., con fecha agosto 1 de 2007 presenta ante el Tribunal de Ética Médica de Antioquia queja por “sustracción y utilización de Historia Clínica sin autorización del paciente”. El 15 de agosto del mismo año el mencionado Tribunal ordenó la apertura de la investigación (F14) y el 24 de mayo de 2011 decretó la preclusión de la investigación en favor de los doctores J.H.O. y E.J.A. y formuló cargos al doctor C.E.M.P. quien dilató el proceso hasta que el Tribunal Seccional, al cumplirse cinco años de la falta que originó la denuncia, decretó la prescripción de la investigación Ético Disciplinaria, decisión que es apelada por la quejosa ante este Tribunal.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En la sustentación de la Apelación presentada por la recurrente se cuestiona la decisión del Tribunal Seccional basándose en lo dispuesto en los Artículos 82 de la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380-81 y en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 sobre la interrupción de la prescripción y solicita a esta Corporación se revoque la Providencia del 7 de mayo de 2012 por medio de la cual el Tribunal de Ética Médica de Antioquia “fenece la potestad disciplinaria dando por terminada la actuación sin decisión de fondo satisfactoria al derecho” (Fs 183 y 184).

Basado en claras disposiciones legales el Tribunal Nacional de Ética Médica ha sido consecuente en sostener como término de prescripción de la acción y de la sanción el tiempo de cinco años contados a partir del día de

consumación del hecho. Basten, en apoyo de esta conducta, las siguientes consideraciones.¹

“...La Corte Constitucional mediante sentencia C- 244 del 30 de mayo de 1996, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria Díaz, al resolver la demanda de constitucionalidad contra el artículo 34 de la Ley 200 de 1995 determinó la inexequibilidad del inciso segundo de dicha norma que preveía la prórroga de la prescripción por seis meses más de lo previsto legalmente, al ser notificado el fallo de primera instancia. La norma demandada y declarada inexecutable parcialmente determinaba:

“Artículo 34. **Términos de prescripción de la acción y de la sanción.** La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.

“Parágrafo 1o. Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más”. (SEGUNDO- Declarar INEXEQUIBLE el parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995.).

En dicha sentencia se hicieron las siguientes consideraciones para fundamentar la decisión de inexequibilidad:

“ d. El parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

“ En esta disposición se consagra que “cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más”, lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo 29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues “el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado”.

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso

¹ Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 13-2009.

de faltas permanentes o continuadas.

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos.... Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura

una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el párrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo -5 años-.

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor.

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declarará inexecutable el párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución.

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró executable el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por “la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen”, tienen mayor oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución “gracias al cargo o las funciones que desempeñan”, lo cual representaría un “mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado.”

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento-la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica. (Lo destacado no lo es en el texto).

Al expedirse la nueva legislación disciplinaria mediante la Ley 734 de 2002, el legislador, respetuoso de la decisión antes citada y cumpliendo con la prohibición constitucional según la cual, cuando una norma es declarada inexecutable no puede ser reproducida nuevamente por ninguna autoridad, no previó la prórroga de la prescripción. La prohibición de reproducir normas declaradas inexecutables está prevista en el artículo 243 de la Carta al establecer:

ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Por la razón constitucional anterior, en la legislación disciplinaria actual cumplido el término de prescripción previsto en la ley, el ejercicio de la acción disciplinaria no tiene prórroga, y por tanto se produce el fenómeno prescriptivo al cumplirse los cinco años. En tal sentido la Ley 734 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...”

“...Podría argumentarse que la sentencia de inexecutable hace referencia al proceso disciplinario previsto para los servidores públicos y que por tanto sus efectos no son aplicables al proceso disciplinario médico, pero consideramos que esta reflexión no es válida, porque si precisamente la acción disciplinaria que tiene como objetivo garantizar el correcto funcionamiento administrativo del Estado la prescripción de la acción se cumple en cinco años, sin que pueda prorrogarse por ningún motivo, es apenas obvio, que no puede colocarse a los médicos en una situación de desventaja y pretender llevar el período prescriptivo al doble.....”

“.....Toda la doctrina universal ha reconocido que las faltas disciplinarias son infracciones a la ley de menor entidad y trascendencia que las conductas delictivas y si ello es así, sería injusto desde todo punto de vista, que en este caso la prescripción disciplinaria de las faltas a la ética médica tuviese un período prescriptivo mayor que muchas conductas delictivas, porque no debe olvidarse que en el Código penal, Ley 599 de 2000, en su artículo 83 se dispone que el período prescriptivo de la acción no podrá ser inferior a cinco años, ni superior a veinte años...”

“....Es evidente que la remisión legislativa cuando se presenta en un determinado ordenamiento es regularmente permitida como efectivamente se hace en el artículo 82 de la ley 23 de 1981, pero esta remisión debe hacerse siempre y cuando las previsiones del otro ordenamiento legal no se opongan a la naturaleza de la codificación que van a complementar. Así se establece en el artículo 25 de la Ley 906 Código de Procedimiento Penal, cuando se consagra el principio de la integración que permite acudir a otros ordenamientos para llenar vacíos siempre y cuando: “no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

Es claro, que pretender aplicar toda la normatividad penal sobre prescripción a materia disciplinaria ética trasciende la misma naturaleza de las faltas disciplinarias porque se termina imponiendo una carga punitiva excesiva a los médicos disciplinados, que quedan paragonados con algunos de los casos más graves de la delincuencia penal, situación que como ya se dijo rompe la naturaleza jurídicas de las “faltas” y provoca grave alteración al principio de proporcionalidad, porque siendo los médicos responsables de faltas muchísimo menos graves que los delitos, en virtud de la remisión legislativa pretendida se les termina aplicando normas que los paragonan con algunas de las formas más graves de la delincuencia penal.

Si se observa el contenido del artículo 82 de la Ley 23 de 1981 allí se autoriza la remisión al Código de Procedimiento Penal.

Es evidente que la ley 23 tiene un vacío respecto a la prescripción de la acción disciplinaria y de conformidad con el artículo 28 de la Carta Política no puede haber penas imprescriptibles. En tales condiciones para llenar este vacío debemos acudir al código penal o al código disciplinario, y es

obvio, que por la identidad de la naturaleza de las faltas la remisión debe hacerse a la Ley 734 de 2000 Código Único disciplinario y no al Código Penal.

La anterior conclusión es evidente que existiendo el vacío sobre la prescripción en el proceso disciplinario la remisión para llenar ese vacío se haga a un Código que maneje infracciones a la ley de la misma naturaleza, esto es el código disciplinario, porque remitir al Código Penal conlleva a las injusticias y desproporciones antes destacadas...”

De acuerdo con la sentencia de constitucionalidad a la que se ha hecho referencia, la acción disciplinaria prescribe en un término de cinco años contados a partir del hecho que produjo la falta disciplinaria, del cual no se puede predicar interrupciones careciendo el auto de formulación de cargos de la facultad de interrumpir el término de la prescripción.

Ahora bien, las normas de la Ley 906 de 2004 no resultarían aplicables en el caso presente porque en ellas se contemplan la posibilidad de la acción penal con la formulación de la imputación; por lo tanto, actuando de este modo se contravendría el principio de favorabilidad que se predica de todos los campos del derecho sancionatorio, aclarando por supuesto, que la interpretación en torno de la prescripción de la acción disciplinaria predicada por la Corte Constitucional, se acompasa más con la naturaleza del proceso médico disciplinario.

De otra parte, el legislador de 2002, al momento de la promulgación e la Ley 734 (Código Disciplinario Único) fue cuidadoso al respetar la decisión de la Corte Constitucional atrás citada, procediendo a redactar el Artículo 30 al siguiente tenor:

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.

Atendiendo a la naturaleza del proceso médico disciplinario, esta Corporación considera tanto la sentencia de la Corte Constitucional como el desarrollo legal que acogió sus mandatos resultan de indudable aplicación al asunto tratado en el presente recurso de apelación por su visible

favorabilidad. Siendo pues evidente que desde la ocurrencia de los hechos denunciados han transcurrido más de cinco años ajustándose así el tiempo previsto por la normatividad invocada en este análisis, y habiendo razones suficientes para decretar la prescripción de la acción médico disciplinaria, el Tribunal Nacional de Ética Médica en ejercicio de las funciones que le otorga la Ley

RESUELVE

Artículo Primero - Confirmar la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, mediante la cual decretó la prescripción dentro del proceso No. 1239. **Artículo Segundo** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FERNANDO GUZMÁN MORA Magistrado; JAVIER MAURICIO HIDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (E.); MARTHA LUCIA 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. 40 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar
Contra: Dr. A del R.G.
Denunciante: Sra. M.G.P.

Providencia No. 45-2013

Magistrado Ponente: Francisco Pardo Vargas

VISTOS

El 4 de junio de 2013 el Tribunal Nacional de Ética Médica recibe del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar el proceso número 40 para resolver el recurso de apelación aceptado por esa Corporación el 14 de mayo del año en curso, por el cual se dejó en firme la Resolución sancionatoria impuesta en Sala del 2 de abril de 2013 al Dr. A. del R., como consecuencia de la queja presentada en su contra por la señora M.G.P. el día 17 de agosto de 2010, dos años y tres meses después de ocurridos los hechos que la motivaron. En Sala del 11 de junio de 2013, del Tribunal Nacional de Ética Médica el caso fue puesto para reparto, siendo asignado al Magistrado Francisco Pardo Vargas.

HECHOS

Los días 16 y 24 de junio de 2008 la señora M..G.P. fue sometida por el Dr. A. del R.G. en la Clínica PRAGMA Caribe de la ciudad de Cartagena, a Mamoplastía de Aumento con Pexia y a Liposucción de Miembros Superiores, según consta a folios 23 y 40 del expediente. El resultado estético de la cirugía practicada fue insatisfactorio por lo cual la paciente decidió instaurar queja contra el cirujano presentando como sustento en la misma

el hecho de que el Dr. Del R. no tiene el título de Cirujano Plástico por lo cual solicita “se le inicie una investigación ético disciplinaria con el fin de que explique él por qué realiza este tipo de cirugías si no tiene título para hacerlo”. Dentro del proceso desarrollado por el Tribunal Seccional se concluyó sancionar al profesional acusado, lo cual provocó la presentación del recurso de apelación para ser sometido a estudio en esta Superioridad.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Como a la fecha han transcurrido ya los cinco años de sucedidos los hechos materia de la investigación, esta Superioridad, consecuente con la jurisprudencia reiterada por la misma que establece que “el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas,”¹ debe decretar la prescripción en el proceso ético disciplinario contra el Dr. A. del R.G..

Frente a la lamentable realidad de una prescripción, precisa aclararse si este suceso se debió a negligencia del ente investigador y en el caso en comentario se puede afirmar que al Tribunal Seccional no se le pueden achacar dilaciones injustificadas. En efecto, al revisar el desarrollo del proceso, se evidencia que este se inicia a raíz de la denuncia presentada a los dos años y tres meses de la ocurrencia de los hechos (agosto 17 de 2010); que la aceptación de la queja se produjo en la misma fecha; que la Audiencia de Versión Libre del acusado se realizó el 25 de mayo de 2011, después de dos aplazamientos por parte del inculpado; que la recolección de certificados para la investigación y la idoneidad profesional del Dr. Del R., solicitados a las dependencias estatales y académicas tomó casi un año; que las diligencias de declaración de los testigos solo se pudieron realizar el día 12 de marzo de 2013; y finalmente, que una vez agotado el recaudo de todo el material probatorio, a los veintidós días de recibir el último testimonio requerido se produjo el fallo sancionatorio. Todo ello es suficiente para concluir que el Tribunal Seccional no actuó con negligencia durante el desarrollo del proceso ético disciplinario.

Pero así como el Tribunal Nacional reconoce la diligencia por parte del Tribunal Seccional, no puede dejar pasar desapercibida incongruencia

¹ Providencia No. 70-12, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora.

entre las conclusiones que motivaron el fallo sancionatorio y la sanción impuesta al médico acusado. Es ilustrativo al respecto anotar que como resultado de un juicioso análisis el Tribunal Seccional llegó a las siguientes conclusiones:

1. “El Dr. A. del R. no ha acreditado ningún documento o Diploma que lo acredite como Cirujano Plástico ni Cirujano Estético de una entidad de educación superior debidamente reconocida en Colombia o convalidado del exterior” (Folio 219).
2. “Es evidente que el Dr. A. del R. no se encuentra capacitado para efectuar procedimientos de cirugía plástica, pues lo único que acredita es su asistencia a cursillos relacionados, y membresía de algunas Sociedades organizadas para defender ese tipo de ejercicio. En ninguno de los documentos aportados aparece que él ha realizado formalmente, en ninguna universidad, el posgrado o especialidad de Cirugía Plástica” (Folio 218).

De la Resolución Sancionatoria:

1. “ARTÍCULO PRIMERO: No aceptar los descargos presentados por el profesional de la medicina y declarar la responsabilidad disciplinaria ético profesional del médico A.T.delR.G. ...” y “...respecto de la violación de los artículos 1, 7 y 15 de la Ley 23 de 1981”. (Folio 226).
2. “ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se decide por lo tanto imponerle al médico A.M.T.del.R.G. la sanción consistente en CENSURA ESCRITA PERO PRIVADA de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 48 del Decreto 3380 de 1981.” (Folio 226).

Salta a la vista la incongruencia manifiesta entre las conclusiones del Tribunal Seccional y la lenidad de la sanción impuesta al infractor de tres artículos de la Ley “a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia”.

Es por ello que esta Superioridad, ejerciendo las funciones de Magisterio que le son propias, no puede estar de acuerdo con una irregularidad tan protuberante como la encontrada en este caso y lamenta tener que hacer un llamado de atención a los Magistrados de Tribunal de Ética Médica de Bolívar sobre un hecho que desdice de la seriedad de quienes ostentan la dignidad de Magistrados.

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

RESUELVE

Artículo Primero - Decretar la prescripción de la acción disciplinaria y consecuentemente decretar la preclusión en el proceso contra el Doctor A.M.TdelR.G. **Artículo Segundo** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al Tribunal de origen para su archivo. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

Bogotá, Diciembre seis (6) del año dos mil once (2011)

SALA PLENA SESIÓN No.1114 DEL SEIS (6) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

REF: Proceso 792 del Tribunal de Ética Médica del Cauca
Contra: Drs. L.A.E.M. Y R.A.Z.M..
Denunciante: Sra. N.DELS.M.N.
Asunto: Prescripción

Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones
Providencia No. 120-2011

VISTOS

El 6 de octubre de 2011, el Tribunal del Cauca en Sala Plena resolvió declarar culpables a los Drs. L.A.E.M. y R.A.Z.M. de violar el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 e imponerles sanción disciplinaria consistente en AMONESTACIÓN PRIVADA. (Resolución No.53).

El 26 de octubre de 2011 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Cauca oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce apoderado de los Drs. L.A.E.M. y R.A.Z.M. por medio del cual interpone y sustenta el recurso de apelación en contra de la resolución N° 53 del 6 de octubre de 2011 en la que disiente tanto de la resolución materia de impugnación como de la actuación procesal por ausencia del acto ilícito, prescripción de la acción y solicitud de nulidad del fallo de primera instancia.

El 27 de octubre de 2011, en Sala Plena el Tribunal Seccional concedió el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional.

El expediente fue recibido en el Tribunal Nacional el 3 de noviembre de 2011. Repartido en Sala Plena del 8 de noviembre del Tribunal Nacional de Ética Médica, le correspondió al Magistrado Germán Peña Quiñones.

Cumplidos los términos se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

El niño Héctor Rubiel Pantoja se enfermó en los primeros días de junio de 2006 y fue llevado en varias oportunidades al Hospital de Taminango localidad donde vivía con su padre; fue llevado a la ciudad de Pasto y evaluado en Urgencias de la Clínica Fátima y posteriormente transferido al Hospital Infantil donde estuvo dos días en Urgencias y luego fue hospitalizado, le practicaron tomografía axial computarizada y encontraron una “masa cauchosa fibrosa” (Parótida derecha) y a los diez días de hospitalizado le tomaron biopsia.

“El 6 de julio a las 2 de la tarde entró para que le tomaran la biopsia. Después de más de una hora salieron el anestesiólogo y el Dr. Z., y él llamó a los familiares y el informó que se había complicado, que había sufrido un paro cardiorespiratorio y que era necesario conseguir \$2.000.000.00 de pesos para llevarlo a la UCI, nosotros no pudimos reunir esa plata. Siendo las 7 de la noche fue llevado en la ambulancia del Hospital Infantil a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital San Pedro, allí estuvo 12 días aproximadamente. Allí sin nuestro consentimiento, le hicieron traqueotomía, de allí lo remitieron a piso, estuvo mas o menos 4 o 5 días. Luego el Dr. Z., solicitó nuevamente remisión al Hospital Infantil. De allí estuvo hospitalizado hasta el 12 de septiembre, fecha en la cual me lo entregaron, y los otros doctores me dijeron que no había nada que hacer, así lo lleven a otra parte el niño, no tiene ninguna mejoría.” Se queja la madre que el Dr. Z., “le dijo que no tenía nada que ver, “que a él se lo entregaron dormido y que hablaran con el anestesiólogo” y que cuando se enteró que teníamos abogado me dijo que con “nosotros no se entendía para hablar que el tenía su abogado y que por calumnia nos iba a mandar a la cárcel a mi hermana y a mi” Se quejó además que había ido tres veces a la “Defensoría del Pueblo donde le dijeron que podría ir a la cárcel porque había puesto dos tutelas” Dijo que su hijo se encontraba en estado “crítico, está escalado SIC sin ninguna reacción” y que no tenía como atenderlo. Agregó que no le habían pedido su consentimiento para hacerle la biopsia ni le explicaron los riesgos, ni había firmado ningún documento y tampoco para la traqueotomía. Que para hacerle la biopsia eran 15 minutos y “que eso no era nada, eso nos dijo el Dr. Z. .”

LA ACTUACION

La queja fue recibida en el Tribunal de Ética Médica de Nariño el 26 de enero de 2007 y el 29 de enero de 2007, el Presidente del Tribunal ordenó abrir investigación y nombró al **Dr. CARLOS EFRÉN LÓPEZ RUEDA** como Magistrado Instructor.

En Sala Plena del 12 de febrero, el Magistrado LUIS HERNAN ERASO ROJAS se declaró impedido invocando el artículo 56 de la Ley 906 de 2004, por existir amistad íntima con los Drs. L.A.E.M. y EL DR. R.Z.M.

El 1 de febrero de 2007 el Magistrado Instructor **Dr. CARLOS EFRÉN LÓPEZ RUEDA** se declaró impedido con fundamento en el Art 82 de la Ley 23 de 1981 y los numerales 4 y 5 del Art. 99 de la Ley 600 reproducidos integralmente por los numerales 4 y 5 del Art. 56 de la Ley 906 de 2004, por tener amistad íntima con el **Dr. LUIS ADALBERTO ERASO** quién lo sucedió a él en la gerencia de una cooperativa.

En Oficio dirigido al Tribunal, el Presidente de la corporación **Dr. FABIO DAVID URBANO BUCHELLI** se declaró impedido por amistad con el Dr. L.A.E.M. con quién compartió la magistratura de ese Tribunal de 2005 a 2007 y por existir amistad íntima con el Dr. R.Z.M. y ser socio de su padre. (Art. 56 de la Ley 906 de 2004).

En comunicación del 19 de febrero de 2007, el Presidente del Tribunal seccional solicitó al Tribunal Nacional nombrar magistrados Ad-hoc.

En comunicación del 16 de abril de 2007, el Abogado Secretario del Tribunal **Dr. ARTURO IVAN ERASO BARCO** comunicó al Tribunal Nacional que además de los anteriores magistrado había pasado solicitud de impedimento el Magistrado **Dr. JOSÉ NICOLÁS RESTREPO** y solicitó nombramiento de magistrados Ad-hoc,

El secretario abogado del Tribunal certificó el 16 de abril de 2007 la aceptación de los impedimentos de los magistrados que se declararon impedidos.

El 31 de mayo de 2007 el magistrado **LUIS ADALBERTO ERASO MUÑOZ** se declaró impedido por haber participado en la atención del paciente, lo que fué notificado al Tribunal Nacional el 6 de Julio.

El 31 de julio de 2007 el Tribunal Nacional designó al Dr. NESTOR EDUARDO MONCAYO DE LA CALLE como magistrado Ad-hoc, quién se posesionó pero por motivos de salud no pudo sesionar.

El 4 de febrero de 2008 el Dr. JAVIER SALAS BOLAÑOS se posesionó en reemplazo del Dr. CARLOS EFREN LOPEZ RUEDA y fue nombrado Magistrado Instructor.

El 11 de agosto de 2008 se nombró magistrado instructor al Dr. GUSTAVO CAMARGO VEGA quién fue nombrado magistrado en reemplazo del Dr. JAVIER SALAS BOLAÑOS.

El 18 de Agosto de 2009 el Magistrado Instructor Dr. GUSTAVO CAMARGO VEGA solicitó la historia del paciente al Hospital Infantil Los Ángeles.

El 14 de septiembre de 2009 se recibió en Sala Plena el impedimento del Magistrado **EDGAR VILLOTA ORTEGA** por cercana amistad y haber sido compañeros en el Tribunal de Nariño con el Dr. L.A. y vínculos laborales anteriores y por amistad cercana con el Dr. R.Z.M., con quién además tiene relación laboral directa,

El 23 de Septiembre de 2009, el Presidente del Tribunal, Dr. FABIO DAVID URBANO BUCHELLI envió al Tribunal Nacional solicitud formal de cambio de despacho para el proceso por las razones anteriores.

La solicitud de cambio de radicación del proceso fue resuelta en forma negativa por el Tribunal Nacional por no llenar los elementos legales.

El 13 de octubre de 2009, el **Dr. NESTOR EDUARDO MONCAYO DE LA CALLE** envió oficio al Tribunal Nacional por medio del cual no aceptaba su designación como Magistrado Ad-hoc.

El 29 de octubre de 2009 el Tribunal Nacional nombró al Dr. JOSE MARIA HURTADO CORELLA como Magistrado Ad-hoc, quién en oficio del 20 de mayo de 2010, no aceptó la designación por tener conocimiento del caso del paciente y el 25 de agosto de 2010 dirigió oficio al Tribunal de Nariño en el que se declaró impedido invocando el artículo 99 Numeral 4 de Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Nacional nombró 21 de septiembre al Dr. EDGARDO BENAVIDES ARCOS para integrar la sala.

El 28 de Octubre de 2010 el **Dr. GUSTAVO CAMARGO VEGA** se declaró impedido para actuar en el proceso por amistad cercana y relación laboral con el Dr. L.A.E.M. y amistad cercana con el Dr. R.Z.M., invocando la Ley 600 y la Ley 906 en el Art. 56 numerales 4 y 5.

El 22 de noviembre de 2010, el Tribunal Nacional de Ética Médica recibió una nueva solicitud de cambio de radicación del proceso,

En Sala Plena el Tribunal Nacional de Ética Médica observó que el Tribunal seccional no había enviado el auto de aceptación de los impedimentos de los Drs. Edgar Villota Ortega y Gustavo Camargo Vega, aceptación que fue enviada por el Tribunal seccional y recibidas en Tribunal Nacional el 2 de diciembre.

En Sala Plena del 14 de diciembre de 2010, el Tribunal Nacional de Ética Médica concedió el cambio de radicación y designó en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca la competencia para asumir el conocimiento del proceso.

El Tribunal de Nariño envió el proceso al Tribunal del Cauca donde fue recibido el 2 de febrero de 2011 y adjuntó a este envió la Historia clínica del menor H.R.P. del Hospital Infantil de los Ángeles de Pasto consistente en 2058 folios dividido en cuatro tomos.

El 7 de febrero de 2011, el Tribunal Seccional del Cauca nombró al Dr. Julio César Klinger como magistrado instructor, quien el 15 de febrero de 2011 ordenó al Hospital Taminango, a la Clínica Fátima de Pasto, al Hospital Departamental de Pasto, al Hospital Infantil de Pasto y al Hospital San Pedro de Pasto para que informaran los nombres de los médicos que atendieron al menor H.R.P. y copia de la historia del menor y citó para oír en diligencia de testimonio a la madre del menor, Sra. N.delS.M.B. y demás diligencias necesarias.

El 18 de abril de 2011, el Secretario Abogado del Tribunal del Cauca, por comisión del Tribunal llevó a cabo la diligencia de testimonio de la Sra. N.delS.M. en la ciudad de Pasto.

El 25 de abril de 2011, el Magistrado Instructor presentó el informe de conclusiones y el 2 de mayo de 2011, el Tribunal del Cauca ordenó dictar pliego de cargos al Dr. R.Z.M. y al Dr. A.E. por presunta violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

El 7 de junio de 2011 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Cauca oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo, apoderado de los Drs. A.E. y R.A.Z. en el que solicita se declare nulidad de lo actuado desde la apertura de la presente investigación.

El 9 de junio de 2011, el Tribunal Seccional del Cauca en Sala Plena resolvió nombrar al Dr. ANCIZAR MORALES BLANDÓN para actuar como funcionario ponente para dar trámite a la solicitud interpuesta.

El 16 de junio de 2011 el Tribunal del Cauca resolvió declarar nulidad de todo lo actuado a partir del Informe de Conclusiones en lo referente al Dr. L.A.E. y designar al Magistrado Ancízar Morales para que rehaga la actuación y escuche en versión libre a los médicos investigados.

El 28 de junio de 2011 se recibió en el Tribunal Seccional oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce en el que solicita recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la “providencia del 10 de junio” de 2011.

El Tribunal Seccional, el 1 de julio de 2011, resolvió negar las solicitudes de adición que hace la defensa sobre la declaratoria de nulidad, dado que esta incluye a los dos médicos investigados.

El 8 de julio de 2011 se recibió en el Tribunal Seccional comunicación del Dr. L.A.E.M. en la que da su versión de los hechos y otra del Dr. R.AZ.

El 11 de julio de 2011, el Funcionario Instructor dejó constancia en la que indica que el Dr. R.A.Z. no se presentó a la diligencia de versión libre y otra constancia de la misma fecha en la que deja constancia que el Dr. L.A.E.M. no se presentó a la diligencia de versión libre.

Se volvió a presentar el informe de conclusiones y el 8 de septiembre de 2011 el Tribunal de Ética del Cauca resolvió dictar pliego de cargos al Dr. R.Z.M. y al Dr. A.E.M. por presunta violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y llamarlos a descargos. (Resolución # 45).

El 15 de septiembre de 2011 se recibió en el Tribunal seccional oficio del Apoderado de los médicos disciplinados en la que interpone recurso de reposición en contra de la resolución número 45 y solicita se declare la prescripción de la acción disciplinaria por cuanto han transcurrido más de 5 años de ocurridos los hechos motivo de la investigación.

El 22 de septiembre el Tribunal de Cauca resolvió no reponer el pliego de cargos y ordenar que la diligencia se realice el 29 de septiembre.

El 29 de septiembre de 2011 se llevó a cabo la diligencia de descargos de los Drs. L.A.E.M. y R.A.Z.M. acompañados de su apoderado el Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce quien por escrito solicitó la realización de pruebas y testimonios.

El 6 de octubre de 2011, el Tribunal del Cauca en Sala Plena resolvió declarar culpables a los Drs. L.A.E.M. y R.A.Z.M. de violar el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 e imponerles sanción disciplinaria consistente en AMONESTACIÓN PRIVADA. (Resolución No. 53).

El 26 de octubre de 2011 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Cauca oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce apoderado de los Drs. L.A.E.M. y R.A.AZ.M. por medio del cual interpone y sustenta el recurso de apelación en contra de la resolución No. 53 del 6 de octubre de 2011 en la que disiente tanto de la resolución materia de impugnación como de la actuación procesal por ausencia del acto ilícito, prescripción de la acción y solicitud de nulidad del fallo de primera instancia.

El 27 de octubre de 2011, en Sala Plena el Tribunal Seccional concedió el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional.

El expediente fue enviado y recibido en el Tribunal Nacional el 3 de noviembre de 2011.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La ley 1474 de 2011 modificó el momento desde el cual se comienza a contar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en cuanto se dispone en el artículo 132 que comenzará a correr por un tiempo de cinco años, a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria, contra lo que disponía el artículo 30 de la Ley 734, Código Único Disciplinario que en su artículo 30 disponía el mismo término prescriptivo para la acción, pero

se comenzaba a contar a partir de la ocurrencia del hecho o de la conducta. En tal sentido se dispone en el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011:

“ Artículo 132. Caducidad y prescripción de la acción disciplinaria. El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

“La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

LA ACCIÓN DISCIPLINARIA PRESCRIBIRÁ EN CINCO (5) AÑOS CONTADOS A PARTIR DEL AUTO DE APERTURA DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. CUANDO FUEREN VARIAS LAS CONDUCTAS JUZGADAS EN UN MISMO PROCESO LA PRESCRIPCIÓN SE CUMPLE INDEPENDIENTEMENTE PARA CADA UNA DE ELLAS.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique”. (Lo destacado no lo es en el texto).

En sentido contrario, la Ley 734 de 2002, en su artículo 30 disponía:

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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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.

<Jurisprudencia Vigencia>

Corte Constitucional

- Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-948-02 de 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

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. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que la norma modificada es más favorable que la nueva ley, porque es perceptible que el término prescriptivo opera más pronto de conformidad con las previsiones de la Ley 734 de 2002, puesto que dicho término comienza a correr desde el mismo momento de la ocurrencia de la conducta o de la consumación de la acción, mientras que de conformidad con las previsiones de la Ley 1474 de 2011, el término de prescripción comenzaría a correr solo desde el momento de la apertura de investigación disciplinaria, hecho que de manera necesaria ocurre tiempo después de cometida la infracción. Además, bien se sabe, que tanto en el ámbito disciplinario y también en el penal, hay ocasiones que las investigaciones solo se vienen a abrir meses o años después de la ocurrencia de los hechos, porque éstos no han sido denunciados o porque el conocimiento de los mismos llega de manera tardía a los funcionarios instructores.

El Código Penal, Ley 599 de 2000 igualmente prevé la prescripción de la acción, contando el mismo a partir de su consumación, tal como se prevé en el artículo 84 al disponerse:

ARTICULO 84. INICIACIÓN DEL TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. EN LAS CONDUCTAS PUNIBLES DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN COMENZARÁ A CORRER DESDE EL DÍA DE SU CONSUMACIÓN.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcanzan el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el mismo código, en su artículo 83 el término de menor prescripción es de cinco años, para los delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad. En tal sentido se dispone:

ARTICULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

(Artículo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007). Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación 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. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que en las circunstancias normativas precedentes, la nueva Ley (Artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, por las mismas circunstancias argumentativas dadas anteriormente es desfavorable, situación que impone la aplicación de las leyes anteriores de manera ultraactiva por ser más favorables a los intereses de los disciplinados.

En las circunstancias precedentes, es necesario reconocer la aplicación del principio de favorabilidad, constitucionalmente consagrado en el artículo 29 al disponerse:

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).

Al operar el término prescriptivo de la acción disciplinaria en un mayor espacio de tiempo con la Ley 1474, ha de concluirse de manera necesaria, que la ley anterior que es modificada es más favorable, al exigir un menor tiempo para el período prescriptivo y por tanto será ésta la ley aplicable por ultraactividad de la ley penal más favorable.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Decretar la prescripción de la acción disciplinaria a favor de los Drs. L.A.E.M. y R.A.Z.M., en el proceso 792 del Tribunal de Seccional de Etica Médica del Cauca **Artículo Segundo** - Devolver éste expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **Artículo Tercero** - Contra esta resolución no obra recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

Bogotá, diez (10) Junio del año dos mil catorce (2014)

**SALA PLENA SESIÓN No. 1227 DEL DIEZ (10) DE
JUNIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)**

REF: Proceso No. 740, Tribunal Seccional del Norte de Santander
Contra: Doctor C.A.R.C.
Denunciante: Señora M.M.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No.56-2014

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander, en Sala Plena del 6 de Mayo de 2014, en el proceso 740 adelantado con base en la queja presentada por la señora M.M., resolvió aceptar los descargos presentados por el doctor C.A.R.C. y en consecuencia lo absolvió de las presuntas faltas contra la ética médica que se le habían imputado; contra esta decisión presentó la quejosa recurso de apelación, que el tribunal seccional concedió, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Los tres cuadernos del expediente fueron recibidos en este Tribunal Nacional el 28 de Mayo de 2014; puesto el asunto para reparto en Sala Plena del 3 de Junio, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La atención del parto en el cual la señora M.M. o dio nacimiento a un niño, la cual estuvo a cargo del doctor C.A.R.C. y por la cual se le acusó y formuló pliego de cargos, tuvo lugar según el acervo probatorio de este proceso el día 21 de Abril del año 2009; han transcurrido, por consiguiente, cinco (5) años y cincuenta (50) días.

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal Nacional que, para los procesos ético-disciplinarios médicos, el término de prescripción es de cinco (5) años contados a partir del hecho motivo de la queja, si es único, o del último de los hechos si se trata de varios efectuados a lo largo de un lapso determinado. De acuerdo con la doctrina jurídica de las más altas cortes colombianas, cuando se ha cumplido el término de prescripción, el juez que se da cuenta de esta ocurrencia no tiene otra posibilidad de acción que reconocer la prescripción y decretar inmediatamente la preclusión del proceso, sin adelantar ninguna otra diligencia dentro del mismo.

En el caso que se examina, es evidente que ha transcurrido sin duda alguna el lapso de cinco años y cincuenta días desde la ocurrencia del acto médico que motivó la queja, por razones no achacables al tribunal de primera instancia, pues la queja respectiva se presentó allí más de tres años después de sucedido el acto que se acusaba; no ha lugar, entonces, el estudio de la apelación presentada por la quejosa y se deberá en cambio reconocer que ha ocurrido la prescripción de la facultad sancionatoria y proceder en consecuencia.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar que en el proceso número 740 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander, ha ocurrido el fenómeno de la prescripción y en consecuencia, decretar la preclusión del mismo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

Bogotá, Mayo catorce (14) del año dos mil trece (2013)

**SALA PLENA SESIÓN No. 1176 DEL CATORCE (14)
DE MAYO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)**

REF : Proceso No. 978 del Tribunal de Ética Médica de Santander

Contra: Dr. L.E.R.C.

Demandante : Sr. A.C.D. (Esposo de la paciente MdelC.R.R.)

Providencia No. 29-2013

Magistrada ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

VISTOS

Mediante fallo del 13 de diciembre de 2012 el Tribunal de Ética Médica de Santander decidió sancionar al Dr. L.E.R.C. con suspensión en el ejercicio profesional por espacio mayor a seis meses, por faltas a la ética médica en la atención de la paciente M.delc.R.R. En virtud de lo prescrito por el artículo 84 de la Ley 23 de 1981 envió el expediente al Tribunal Nacional para la imposición de la sanción, el cual en Sala Plena del 23 de abril de 2013 fue puesto para reparto habiendo correspondido 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 de Santander recibió, el 9 de junio de 2008, la queja instaurada por el señor A.C.D. referente a posibles infracciones a la ética médica ocurridas durante la atención de su esposa, la señora MdelC.R.R. quien fue atendida durante dos años por el doctor L.E.R.C..

Según el escrito de la queja, en mayo de 2006, a la señora MdelC.R.R. le fue diagnosticado un cáncer de la mama derecha, motivo por el cual acudió en compañía de su familia a obtener un segundo concepto del médico “especialista en medicina alternativa” L.E.R.C., quien la trató como paciente particular por espacio de 2 años y según palabras del quejoso

“sostuvo que eso no era cáncer y nos llenó de ilusión por su curación definitiva...En cuanto a los costos la consulta ascendía a la suma de veinte mil pesos, al igual que las de control, que eran generalmente todas las semanas, y los medicamentos eran regularmente costosos...es de anotar que en varias ocasiones mi esposa atravesó por situaciones supremamente difíciles, en las que hubo necesidad que el Dr R.C. se desplazara hasta Lebrija a manejar la situación, en una de las cuales le sacó bastante líquido del pulmón con una jeringa, y en otra al encontrarse realizando el procedimiento de extracción del líquido por un método diferente (con la sola aguja) se le entró aire al pulmón de mi esposa...”

Considera el quejoso, como el asunto más reprochable de todos los ocurridos, que el médico durante los dos años que mantuvo a su esposa bajo tratamiento

“haya sostenido que el problema que ella tenía no era cáncer; y así lo sostuvo hasta el día que ella falleció... el Dr R.C. manifestaba que lo que ella tenía era una contaminación por químicos, no obstante siempre mostrarle los resultados que se obtenían en la Clínica Carlos Ardila Lulle.”

El 11 de junio de 2008 el Tribunal seccional abrió el correspondiente proceso ético-médico disciplinario designando como Magistrado instructor al Dr. Luis Mauricio Duarte Vergara, al culminar su periodo como magistrado, fue reemplazado en esta labor por el Dr. Juan Guillermo Barrera Carvajal.

Por diversos inconvenientes, el proceso sufrió prolongadas demoras hasta septiembre de 2012 cuando, en su informe de conclusiones, dicho Magistrado solicitó formular pliego de cargos contra el L.E.R.C. por violación a los artículos 1 (numeral 1), 10, 15, 16, 33,34 y 55 de la Ley 23 de 1981, el cual se elevó mediante fallo del 24 de octubre de 2012 (Folios 91 a 107).

En la diligencia de descargos (versión libre) del 21 de noviembre de 2012, el inculpado aportó al expediente un documento de nueve folios en el que afirmó que “*desde el punto de vista homeopático la paciente presentaba una intoxicación general de su organismo debido a su exposición crónica y prolongada a agentes químicos externos cuando laboró en una empresa del sector avícola*” y que esta se manifestó con los cambios clínicos de la mama, que aún cuando fueron diagnosticados histológicamente como un carcinoma ductal de la mama, podían ser consecuencia de dicha intoxicación y por lo tanto, tratados mediante medicina alternativa.

Con respecto a la falta de historia clínica como soporte de su atención a la paciente, manifestó lo siguiente: “*Debo decir que como profesional que ejerzo de manera independiente de acuerdo a la normatividad no estoy obligado a llevarla, por no formar parte del sistema general de seguridad social en salud (art.155 de la ley 100/93)...*”

Finalmente plantea que en el proceso de instrucción se violaron sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso y que la instrucción del proceso se llevó a cabo por fuera de los términos estipulados en la ley 23 de 1981, solicita entre otras pruebas, que el tribunal designe un perito experto en medicina alternativa para que en sus palabras “determine si con el procedimiento practicado a la señora R.R. se faltó a la ética médica”. Dichos descargos fueron rechazados por el Tribunal seccional que en su fallo del 10 de abril de 2013 resolvió sancionar al profesional con la suspensión en el ejercicio profesional por espacio mayor a seis meses por violación de los artículos 1 (en su numeral 1), 10, 15, 16, 33, 34 y 55 y en concordancia con el artículo 84 de la ley 23 de 1981 remitió el expediente al Tribunal Nacional para imposición de la sanción.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Debe anotarse que los hechos motivo de la queja sucedieron a partir del mes de mayo de 2006 y por tanto han transcurrido más de 5 años, período después del cual se da el fenómeno de la prescripción de la acción.

A pesar de que la formulación de cargos se concretó el 24 de octubre de 2012, pese a la previsión del Código Penal, en ese caso no se interrumpe el período prescriptivo de la acción, pues en este sentido la Corporación en providencia No. 70-12, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora, ha sostenido lo siguiente:

“...1. EL FENOMENO DE LA PRESCRIPCION

Este Tribunal Nacional de Etica 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 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

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.

² Art. 30.- Término de prescripción de la acción disciplinaria.- La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.- En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

“ Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.

PARÁGRAFO 1.- Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO 2.- La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecución del fallo

“ Estos términos prescriptivos se aplicarán a la sanción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública.

Es decir, que en criterio del legislador la prescripción de la acción se interrumpía con la sentencia de primera instancia y no con la resolución de acusación y a partir de ese momento se reanudaba nuevamente el período prescriptivo de la acción por seis (6) meses más.

Esa norma de la ley recientemente derogada fue analizada por la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad y por medio de sentencia con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, el 30 de mayo de 1996, por sentencia C- 244, declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1º. del artículo 34 de la Ley 200 de 1995 al sostener:

d. El parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

En esta disposición se consagra que “cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más”, lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo

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.

29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues “el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado”.

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas.

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador; en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso

disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor.

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexecutable el párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución.

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró executable el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por “la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen”, tienen mayor oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución “gracias al cargo o las funciones que desempeñan”, lo cual representaría un “mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado.”

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento-la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer

la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica.

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el cual, declarada inexecutable una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma.³

En las condiciones precedentes habrá de concluirse que en el presente caso, se produjo el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, razón por la cual habrá de decretarse la misma y consecuentemente la preclusión del proceso disciplinario.- (Auto 9 de julio de 2002. H. M. P. Efraím Otero Ruiz).

Pero esta no es posición únicamente de este Tribunal, como es ha mencionado exhaustivamente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con proyecto del Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL de Fecha: Septiembre 23 de 1997 (No. de Rad.: 13333-97), ha dicho:

La prescripción de la acción en materia penal, cuando no existe resolución acusatoria ejecutoriada, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, atendidas las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, siempre y cuando no sea inferior de cinco años ni superior de veinte, pues de serlo, el fenómeno se entenderá cumplido en uno y otro término límite, respectivamente (art.80 del Código Penal, modificado por el 31 de la ley 40 de 1993).

En la etapa de juzgamiento, este tiempo se reduce a la mitad, contado a partir de la ejecutoria de resolución de acusación, sin que, en ningún caso, su duración pueda ser inferior de cinco años (art.84 ejusdem).

...

⁴ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

De acuerdo con las normas que vienen de citarse, se tiene que el término de prescripción para el delito por el que se procede sería, en la etapa de la causa, de tres años, pero como en ningún caso puede llegar a ser inferior de cinco, es éste el tiempo que debe tenerse en cuenta para determinar si la acción se encuentra prescrita.

Se declarará, por tanto, la prescripción de la acción penal en este asunto y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del procesado...

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo en otra sentencia siendo Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, de Fecha: Septiembre 3 de 1992 (No. de Rad.: 6114-92)

El término de prescripción únicamente se vé alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la eventual responsabilidad de su actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación.

De nuevo, la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES de Fecha: Octubre 7 de 1997 (No. de Rad.: 12813-97) dijo:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.”

...

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la

admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Por lo anterior, no cabe duda que el proceso entro en prescripción y aunque no se satisfagan las pretensiones de la denunciante, debe cumplirse con la ley por encima de cualquier consideración en este aspecto.

A. DILACIONES INJUSTIFICADAS

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el “derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”. Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado “dilaciones injustificadas”, debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

“Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.”⁴

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional. Esta disposición se corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre esas garantías se contempla el “derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” (artículos 29 inciso 4 de la Constitución; 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14-3-C Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La legislación procesal penal establece términos dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, y cuya dimensión debe estar condicionada por factores tales como “la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad, el grado de com-

⁴ Luigi Ferrajoli. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ed. Trota S.A., Madrid, 1995, Pág. 34.

plejidad que su investigación comporte, el número de sindicatos y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan.”⁵ Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.⁶

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado,⁷ desconociendo sus derechos fundamentales.

“Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada”.⁸

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

“No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre.

Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está

⁵ Sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad”⁹

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho....”

Este Tribunal Nacional se permite llamar la atención al Tribunal de Ética Médica de Santander para que procesos como el presente, no se prolonguen injustificadamente de suerte que al final se concrete la impunidad por operar el fenómeno de la prescripción.

Los hechos tuvieron ocurrencia a partir de mayo de 2006, época desde la cual han transcurrido siete años, tiempo que supera el límite para el ejercicio de la acción disciplinaria que bien se sabe es de cinco años.

Por esta razón este Tribunal Nacional considera que se debe compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que se investiguen las causas de dicha demora.

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

RESUELVE

Artículo Primero - Decretar la prescripción de la acción disciplinaria y consecuentemente declarar la preclusión en el proceso contra el Dr. L.E.R.C. **Artículo Segundo** - Compulsar copias del expediente a la Procuraduría para que, si es del caso, investigue la dilación del proceso

Artículo Tercero - Contra esta providencia no procede recurso alguno

⁹ Sentencia T-190/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Artículo Cuarto - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Presidenta -Magistrada Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTE-RO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Julio diez (10) del año dos mil doce (2012)

**SALA PLENA SESIÓN No. 1138 DEL DIEZ (10)
DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

REF: Proceso 1235 del Tribunal Seccional de Etica Medica de Antioquia

Contra: Dr. J.C.A.G.

Denunciante: O.H.Q.C.

Asunto: Recurso de reposición, Subsidiario de Apelación y Nulidad.

Magistrada ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

Providencia No. 58- 2012

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en Sala Plena del 14 de febrero de 2012, resolvió imponer al doctor J.C.A.G. la sanción de Suspensión en el Ejercicio Profesional por lapso mayor de seis (6) meses, dentro del proceso 1235 adelantado con base en la queja presentada por el señor O.H.Q.C.. De acuerdo con el artículo 84 de la Ley 23 de 1981 remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para la imposición de la sanción; dicha corporación en sala plena del veintisiete de marzo de 2012, impuso al doctor J.C.A.G. identificado con cédula de ciudadanía No. De.... y Registro Médico ... la sanción de suspensión en el ejercicio profesional por espacio de dos (02) años, por considerar que había infringido los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

El abogado Juan José Correa Alcaraz, en su condición de defensor del doctor A.G., presentó, en escrito con fecha junio de 2012, recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada, así como la solicitud de nulidad de no ser acogida la sustentación de los anteriores recursos, ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Dos cuadernos que contienen las diligencias fueron recibidos en el Tribunal Nacional el 14 de junio de 2012; puesto el caso para reparto en Sala Plena del 26 de junio, correspondió a la Magistrada Lilian Torregrosa Almonacid.

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

HECHOS

Ya fueron sintetizados por este Tribunal Nacional de la siguiente manera: En escrito fechado el 24 de julio de 2007, el señor O.H.Q.C., presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, queja contra el doctor J.C.A.G. por presuntas fallas en la atención prestada al menor de 16 años de edad, E.F.V.R; quien el día 30 de Junio de 2007 consultó al Hospital San Rafael de Itagüí, por haber presentado trauma del brazo derecho al nivel del codo el cual ocasionó una fractura epitroclear desplazada.

En su calidad de Gerente del Hospital San Rafael de Itagüí, el señor O.H. Q.C. adjuntó copia de la queja formal presentada por la auxiliar de enfermería MdelCM.S., en la que se mencionaba que el menor, luego de ser evaluado por el ortopedista J.C.A.G., fué programado para una osteosíntesis de codo. Dentro del quirófano y durante el acto quirúrgico, la señora M.S., pudo ver que el cirujano, doctor A.G. estaba manipulando el pene del paciente y luego pudo apreciar que la sábana que cubría el mismo estaba llena de sangre; llamó la atención de la instrumentadora J.L.Z.S. y le señaló lo que estaba ocurriendo, de igual manera le comentó lo sucedido al anestesiólogo doctor L.F.O.S. quien le sugirió presentar la queja ante las directivas del Hospital.

El Tribunal Seccional recibió la queja, abocó la investigación y en el curso de ella recibió ratificación y ampliación de la queja bajo juramento, por parte de la señora MdelC.M.S., obtuvo copias de la historia clínica correspondiente al menor, oyó en versión libre y sin juramento al doctor J.C.A.G. a quien asistió su abogado defensor, recibió testimonios juramentados de otros miembros del equipo asistencial que participaron en la atención al joven V.R. y, con base en el acervo probatorio, planteó pliego de cargos contra el doctor A.G. por presuntas faltas contra los artículos artículo 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la Ley 23 de 1981.

El abogado del Dr. A.G., Harold Mauricio Hernández Beltrán en la audiencia de descargos solicitó la nulidad desde el momento previo a la formulación de cargos por haberse tomado esa decisión sin obrar en el expediente el Informe de Conclusiones. Manifestó en su calidad de defensor, que contra la decisión tomada por el Tribunal de Ética de Antioquia en esa Sala, interponía como único, el recurso de Apelación para que fuera resuelta la petición de nulidad por el Tribunal Nacional de Ética Médica.

La Sala en pleno concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo y envió el proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica, el cual en Sala Plena de agosto 31 de 2010, (con salvamento de voto del Dr. Juan Mendoza Vega), resolvió declarar la nulidad de lo actuado en el presente proceso a partir del informe de conclusiones del magistrado instructor y devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

Dando cumplimiento a lo ordenado en esta Providencia, el 24 de noviembre de 2010, el magistrado instructor doctor Juan Guillermo Duque Jiménez, anexó al expediente el informe de conclusiones que fue presentado en sesión de Sala Plena el día 15 de marzo de 2011 y discutido en Sala Plena del 22 de marzo del mismo año.

El tribunal seccional consideró, en Sala Plena del 29 de Marzo de 2011 que había méritos para formular pliego de cargos al disciplinado, por presunta violación de los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981. Así lo hizo y fijó la fecha para la diligencias de descargos el 31 de mayo del mismo año, fecha en la cual asistió el abogado defensor Juan José Correa Alcaraz y manifestó que el doctor A.G. no se haría presente debido a que se encontraba fuera del país.

Se programó nuevamente la audiencia para diciembre 6 de 2011, pero en esta oportunidad se solicitó el aplazamiento debido a que el Doctor A. debía atender citación relacionada con sus trámites de solicitud de residencia y convalidación de título profesional en Argentina.

Finalmente a la audiencia citada para el 20 de enero de 2012 se presentó el abogado defensor Juan José Correa Alcaraz, quien manifestó que la formulación de cargos se basó en testimonios “contradictorios en aspectos esenciales”, y solicitó que ante la duda probatoria respecto de las acusaciones, se absolviera al doctor J.C.A.G..

El tribunal de primera instancia no juzgó aceptables los descargos, consideró que no se había desvirtuado el pliego de cargos y encontró que había certeza de que el doctor durante la cirugía, estuvo tocando los genitales del paciente, quien para la fecha era un menor de edad y además se encontraba bajo los efectos de la anestesia general ; en Sala Plena del 14 de Febrero de 2012, consideró que la gravedad de las faltas presuntamente cometidas por el doctor J.C.A. ameritaban la imposición de la sanción prevista en el artículo 83 literal “d” de la Ley 23 de 1981, es decir, suspensión en el ejercicio profesional por más de seis meses, y al tenor del artículo 84 de dicha ley, envió las diligencias a este Tribunal Nacional por competencia.

En sala plena del veintisiete de marzo de 2012, el Tribunal Nacional consideró que al doctor J.C.A.G. le era atribuible responsabilidad disciplinaria por haber infringido los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981, por lo que impuso como sanción la suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por espacio de dos años, providencia contra la cual interpuso la defensa el recurso de reposición, el subsidiario de apelación y la petición de nulidad que ahora se resuelven.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar el recurso, sostiene el recurrente que las declaraciones del personal de salud que participó en la atención del menor y que fueron fundamentales para la decisión de los tribunales de primera y segunda instancia; presentan incoherencias y contradicciones que no permiten considerarlas pruebas suficientes para establecer la responsabilidad del disciplinado. Pretende el recurrente con esta base construir una situación de incertidumbre en favor de su prohijado y alega que la duda probatoria respecto a las acusaciones en contra del doctor A.G., debe llevar a una decisión absoluta.

Solicita así mismo, que en caso de no prosperar el recurso de reposición y en subsidio de apelación, se decrete la nulidad del proceso a partir del momento en que se decretaron las pruebas solicitadas por la defensa, por haber omitido el Tribunal seccional la práctica de dos pruebas testimoniales correspondientes a los doctores C.E.M.P. y A.P..

El Tribunal Nacional de Ética Médica considera que a pesar de que este proceso llegó a esta superioridad para resolver los recursos de reposición

y en subsidio de apelación así como la petición subsidiaria de nulidad, la sala se abstendrá de hacer cualquier consideración al respecto pues al verificar el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, se encuentra que se ha superado el término de cinco años. En las condiciones precedentes habrá de concluirse que en el presente caso se produjo jurídicamente la prescripción de la acción disciplinaria, razón por la cual habrá de decretarse la misma y consecuentemente la preclusión del proceso disciplinario.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la prescripción de la acción disciplinaria adelantada contra el Doctor J.C.A.G. por presunta infracción a la ética médica.

Artículo Segundo - Decretar la Preclusión de la presente investigación.

Artículo Tercero - Una vez en firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su archivo. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

Bogotá, Septiembre once (11) del año dos mil siete (2007)

SALA PLENA SESIÓN No.928 DEL ONCE (11) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SIETE (2007).

REF: Proceso No. 755 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia
Magistrado ponente: Dr. Miguel Otero Cadena
Providencia No.42-2007

VISTOS

Por decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, del 26 de junio de 2007 se negó a decretar la prescripción en el proceso adelantado contra el Dr. J.J.X.M. Oportunamente la defensa interpuso el recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la decisión impugnada.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

HECHOS

Los hechos, acaecieron el 6 de febrero de 2003, en atención pediátrica prestada al menor de edad (dos meses) J.H.G. en el Hospital de Rionegro y la queja fue instaurada por el señor G.C.B., por la actitud asumida por el médico que en el momento de la atención del menor al parecer dijo: “ Le aplicarían heparina, eso es muy grave porque se puede morir.”

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El defensor del disciplinado solicitó la prescripción disminuida de conformidad con las previsiones del artículo 531¹ de la Ley 906 de 2004

¹ ARTÍCULO 531. PROCESO DE DESCONGESTIÓN, DEPURACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE PROCESOS. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que

La defensa cita la jurisprudencia de esta Corporación y de otros tribunales que igualmente la aplicaron, en la que se dio aplicación a la norma antes citada.

Es una realidad, tal como lo sostiene el Tribunal de primera instancia en su negativa, que dicha norma fue declarada inexecutable por sentencia C-1033 del 6 de diciembre de 2006.

hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

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

Estarán por fuera del proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en documentos que afecten directa o indirectamente los intereses patrimoniales del Estado; peculado por apropiación; peculado culposo en cuantía que sea o exceda de cien (100) salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; enriquecimiento ilícito de servidor público; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; interés indebido en la celebración de contratos; violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; prevaricato; fraude procesal; hurto y estafa en cuantía que sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos, mensuales, legales y vigentes cuando se afecte el patrimonio económico del Estado; homicidio agravado y delitos conexos con todos los anteriores. También se exceptúan todos aquellos delitos sexuales en los que el sujeto pasivo sea menor de edad y las actuaciones en las que se haya emitido resolución de cierre de investigación.

Corte Constitucional

- La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este inciso por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-178-06 de 8 de marzo de 2006, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

- La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este inciso (parcial) por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-177-06 de 8 de marzo de 2006, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

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

Texto original de la Ley 906 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004:

<INCISO 4o.> Los fiscales y jueces, en los casos previstos en el inciso anterior, procederán de inmediato a su revisión para tomar las determinaciones. En una sola decisión se podrán agrupar todos los casos susceptibles de este efecto.

Los términos contemplados en el presente artículo se aplicarán en todos los distritos judiciales a partir de la promulgación del código.

Es bien sabido, que las decisiones de constitucionalidad generalmente producen efectos hacia el futuro, pero en este caso concreto el propio juez constitucional quiso que la sentencia produjera efectos retroactivos, y es así como de manera expresa en la parte considerativa de la decisión, se concretó que los efectos se producirían a partir de la publicación de la ley 906 de 2004.

Igualmente en dicha sentencia, luego de haberse concretado los efectos retroactivos de la sentencia, la Corte precisó que esos efectos retroactivos solo se aplicarían a aquellos procesos en los que no se hubiera concretado el fenómeno jurídico de la prescripción. En tal sentido nuestro Juez Constitucional en la providencia referida sostuvo:

“Ahora bien en aplicación de reiterada jurisprudencia² y dado que se trata de la regulación de un beneficio que es contrario a la Constitución la inexequibilidad así declarada lo será desde la fecha de publicación de la Ley 906 de 2004. **EMPERO ES CLARO QUE LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA SE APLICARÁN EN AQUELLOS PROCESOS EN LOS QUE NO SE HAYA YA CONCRETADO LA PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD ESPECIAL CUYA INEXEQUIBILIDAD SE DECRETA.**” (Lo destacado no lo es en el texto).-

El fenómeno de la prescripción opera por el solo transcurso del tiempo y no propiamente por su reconocimiento judicial. Es por la razón precedente que la Corte afirma que la retroactividad o efectos de la sentencia solo se aplicarán en aquellos procesos “.....**EN LOS QUE NO SE HAYA CONCRETADO LA PRESCRIPCIÓN**.....”, lo que gramaticalmente nos indica que en los procesos en los que no se hubiera llegado antes del 6 de diciembre de 2006 a los 36 meses, tiempo de prescripción por aplicación del artículo 531 de la ley 906, debían entonces de cumplir los cinco años

Corte Constitucional

- La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo (parcial) por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-1009-05 de 5 de octubre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

La Corte Constitucional decretó la inexequibilidad de todo el artículo por medio de sentencia C-1033 del 5 de diciembre de 2006 con ponencia del H. M. Alvaro Tafur Galvis.-

² Ver entre otras las sentencias C-619/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández S.P.V. Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynnet, Álvaro Tafur Galvis A.V. Jaime Araujo Rentería A.V. Lucy Cruz de Quiñones, C-421/06 M.P. Álvaro Tafur Galvis. AV. Jaime Araujo Rentería..

de prescripción señalados en el artículo 30 de la ley 734 de 2002, Estatuto Único Disciplinario.

En contrario, aquellos procesos, en los que antes de la anterior fecha, 6 de diciembre de 2006, se hubiera “concretado” el tiempo de prescripción de conformidad con las previsiones del artículo 531, la misma será reconocida o declarada, presentándose de tal manera una excepción a la retroactividad de la sentencia que quiso establecer el Juez Constitucional, con la respectiva excepción, como se acaba de analizar.

Si se tiene en cuenta que los hechos motivo de investigación ocurrieron el 6 de febrero de 2003, para el 6 de diciembre de 2006, fecha de la inexequibilidad de la norma que se comenta, habían transcurrido 46 meses, tiempo que excede el tiempo de prescripción disminuída de conformidad con las previsiones de la ley 906.- Incluso excede los 36 meses que por entonces era el término de prescripción que sostenía este Tribunal Nacional de Ética Médica como límite para aceptar dicho instituto liberador

Pero es igualmente una realidad, que las sentencias de constitucionalidad surten sus efectos hacia el futuro, de tal manera que una vez decretada la inexequibilidad de una norma, es absolutamente imposible pretender que se siga aplicando, porque debe recordarse que las sentencias dictadas por la competencia constitucional tienen fuerza erga omnes, es decir, tienen fuerza de ley.

En las circunstancias precedentes, la Corporación revocará la decisión motivo de impugnación y en su lugar declarará la prescripción y consecuentemente se decretará la preclusión de la investigación a favor del disciplinado.-

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 - REVOCAR la decisión apelada, por medio de la cual no se decreta la prescripción de la acción disciplinaria adelantada contra el Dr. J.J.X.M., y en su lugar se declarará la prescripción de la acción disciplinaria y consecuentemente se DECRETA la preclusión de

la investigación a favor del galeno disciplinado. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. MIGUEL OTERO CADENA, Presidente (E)-Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

QUE ES DERECHO?

FERNANDO GUZMAN MORA, MD, MSCi

Medico. Universidad del Rosario

Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario

Especialista en Cirugia General. Universidad Javeriana

Especialista en Cirugia Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne

Especialista en Administracion en Salud. Universidad Santo Tomas

Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada

Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota

Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque

Aspirante a Maestria en Bioetica. Universidad El Bosque

Expresidente Nacional. Federacion Medica Colombiana

Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Etica Medica

Vicepresidente. Colegio Medico de Cundinamarca (FMC)

Asesor Medico Juridico. Hospital Militar Central

Profesor Titular de Cirugia. Universidad del Rosario

Profesor de Cirugia. AH. UMNG

Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi

Medica. Universidad Militar Nueva Granada

Especialista en Oftalmologia. Universidad Militar Nueva Granada

Subespecialista en Glaucomatologia. U Militar Nueva Granada

Capitan de Navio. Armada Nacional de Colombia

Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada

Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque

MSc en Bioetica. Universidad El Bosque

Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda

Magister en Bioetica. U El Bosque

Oftalmologa. Hospital de San José. FUCS

DERECHO viene del participio latino directum que quiere decir dirigir y de rectum (no torcido), "directum", que significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma" A su vez, puede provenir de otra expresion que viene de gobernar. Los Italianos dicen diretto, los franceses droit, los

Alemanes direkt y los ingleses right. En la parte filosófica derecho es rectitud, es decir, no desviarse del recto camino. JUS o IUS viene del sánscrito y con el correr del tiempo del mismo latín, que expresa la idea de unir algo (juntar).

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

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

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

INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

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

DEFINICION DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Los seres humanos practican o desarrollan conductas. El Derecho es el

máximo regulador de la conducta humana en sociedad. Aquí nace el Derecho de Personas

RELACIONES DE PROPIEDAD

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

RELACIONES DE PAREJA

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

RELACIONES CON LOS SOBREVIVIENTES

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

RELACIONES DE CONVIVENCIA

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

FUNCIONES ESENCIALES DEL DERECHO

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

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

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

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

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

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

CONCEPTOS FILOSOFICOS SOBRE EL DERECHO

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

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

RODOLFO STAMMLER coloca al derecho como la justificación existencial de cualquier forma de relaciones sociales. Por ejemplo, la economía tiene sentido en cuanto obedece a relaciones jurídicas predeterminadas so-

cialmente. Afirma que “El derecho es la voluntad vinculante, autárquica e inviolable”

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

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

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

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

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

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

CARACTERISTICAS DEL DERECHO

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

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

personas pueden adquirir derechos y contraer obligaciones para su normal desempeño vital.

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

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

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

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

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

QUE ACCIONES REGULA EL DERECHO?

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

a la suprema necesidad de una defensa social eficaz y segura contra los delincuentes a través de las contingencias y transformaciones de la civilización moderna.

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

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

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

POR QUE ES NECESARIO REGULAR LA CONDUCTA HUMANA?

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

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

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

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

El ser humano es el mayor depredador que ha existido en los millones de años de historia del planeta tierra. Y su grandeza no se relaciona con la

delirante idea de un fantástico ser que juega en el campo de la ingeniería genética con la mente traviesa de un niño. Su real grandeza proviene de su desarrollado cerebro, de la conciencia de sí mismo, de la capacidad de transformar el mundo, de la posibilidad de resolver problemas cada vez en forma más rápida y de su asombrosa capacidad de adaptación.

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

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

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

CONCLUSION

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 afirman algunos pensadores), “inscrito en el corazón del ser humano”. No! Estos derechos existen porque la misma sociedad humana así lo ha reconocido a través de sus leyes positivas. Y lo ha hecho luego de miles de años de historia, de sufrimiento, de abusos, de lucha conceptual y de muchos levantamientos sociales que han llegado a proclamar que todos somos iguales en dignidad, en derechos y en respeto.

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.

LA CIENCIA ENTRE VALORES MODERNOS Y LA POSTMODERNIDAD ACERCA DE UN TEXTO DE GILBERT HOTTOIS

FERNANDO GUZMAN MORA, MD, MSCi

Medico. Universidad del Rosario

Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario

Especialista en Cirugia General. Universidad Javeriana

Especialista en Cirugia Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne

Especialista en Administracion en Salud. Universidad Santo Tomas

Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada

Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota

Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque

Aspirante a Maestria en Bioetica. Universidad El Bosque

Expresidente Nacional. Federacion Medica Colombiana

Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Etica Medica

Vicepresidente. Colegio Medico de Cundinamarca (FMC)

Asesor Medico Juridico. Hospital Militar Central

Profesor Titular de Cirugia. Universidad del Rosario

Profesor de Cirugia. AH. UMNG

Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi

Medica. Universidad Militar Nueva Granada

Especialista en Oftalmologia. Universidad Militar Nueva Granada

Subespecialista en Glaucomatologia. U Militar Nueva Granada

Capitan de Navio. Armada Nacional de Colombia

Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada

Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque

MSc en Bioetica. Universidad El Bosque

Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda

Magister en Bioetica. U El Bosque

Oftalmologa. Hospital de San José. FUCS

1- EL AUTOR

Gilbert Hottois. Nacido en Bélgica. Es Profesor de Filosofía en la Universidad Libre de Bruselas, especialista en Bioética. Es Vicepresidente de la Asociación de Sociedades de Filosofía de Lengua Francesa (ASPLF) desde el año 2002. Miembro del grupo publicitario de Estudios Utopeos (San Luis, Estados Unidos). Presidente de la Sociedad Belga de Filosofía de 1990 a 1993. Miembro fundador y vicepresidente desde 1990, de la Sociedad para la filosofía de la técnica de París, de la que también fue Presidente de 1997 a 1999. Miembro de la Academia Real de Ciencias, Letras y Bellas Artes de Bélgica desde el año 2003. Entre sus obras se encuentran *El paradigma bioético (Una ética para la tecnociencia)* (1990), *La filosofía de las tecnociencias* (1997), *Ensayos de filosofía bioética y biopolítica* (1999) y *Qué es la Bioética* (2004)

2- INTRODUCCION

En esta obra se analiza la investigación científica actual, su relación con la naturaleza, su impacto sociopolítico y axiológico en el entorno de una sociedad globalizada. La íntima relación entre ciencia y técnica es ya inseparable en el producto de su interacción y producción más importante: la tecnociencia.

Además, existe un impacto mutuo entre las representaciones científicas de las hipótesis, teorías y conceptos del universo y la vida, con las representaciones simbólicas de los mitos, religiones y creencias propias de diversas culturas, en el marco de los conceptos de verdad, universalidad, objetividad y racionalidad científica.

Se analiza la cultura en su aspecto de expresión simbólica y la transformación sufrida por la entrada de la tecnología en su estructura, originando una forma de vida

La investigación actual intenta resolver problemas sociales y empresariales, convirtiendo al investigador en sujeto de un discurso teórico (contemplativo) y discurso filosófico. Esto a diferencia del investigador anterior.

Tradicionalmente los filósofos tienen la concepción de que la ciencia es una prolongación de la actividad filosófica en oposición a la actividad téc-

nica, material que es ignorada o menospreciada en este campo . Aquí la ciencia se presenta como una supra o meta cultura universal, indemne a las particularidades propias de las diversas culturas y creencia.

Pero la humanización del investigador lo hace mas consciente de la dignidad humana y del impacto que sus resultados pueden tener en la sociedad y el entorno.

Además, al descubrir las leyes de la naturaleza se hace posible la invención de nuevas técnicas y nuevos productos con el fin de dar como resultado de estas invenciones el desarrollo de empresas competitivas, asegurando el empleo de una vida mejor para todos.

La exigencia principal para las investigaciones son la libertad y la imprevisibilidad, al igual que debe ser garantizada la financiación por períodos prolongados ya que la ciencia es percibida como un asunto de conocimiento

Cuando la innovación es técnica y material, abarca aspectos económicos como son: rentabilidad, accesibilidad, posturas morales, ecológicas, calidad de vida y muchos aspectos más.

Mientras que desde lo social, él considera que se debería tener en cuenta la sociedad, a lo largo del proceso de investigación desde la concepción hasta la divulgación del producto lo que contribuye a un acompañamiento en la construcción de la demanda social en el proceso de investigación.

Aparece entonces el socioconstructivismo, mediante el cual se descalifican los conceptos y los valores modernos de universalidad, verdad científica, autonomía de la ciencia y de la comunidad científica, el papel decisivo de los hechos y de la coherencia lógica en la resolución de las controversias científicas.

En el pensamiento de Hottois la financiación de la investigación se va privatizando de manera progresiva en la sociedad postmoderna e instrumentaliza el trabajo del investigador para beneficiar intereses extraños, muchas veces no compartidos por el investigador.

Y por esto surgen figuras nuevas como los comités de Bioetica, en donde se llega a decisiones por consenso y no por imposición obligatoria.

Por lo anterior, ese acompañamiento de las ciencias humanas a la tecnología, obliga a tener en cuenta el valor de la persona y de la dignidad humana

3- ANALISIS: QUE ES LA DIGNIDAD HUMANA?

El concepto de Dignidad Humana ha sido uno de los mas discutidos a lo largo de la historia universal. Constituye la base de toda una serie de ordenamientos jurídicos, filosóficos, éticos, bioéticos, económicos y políticos con profunda repercusión social

Del concepto que se tenga de la persona humana van a depender el tipo de derechos que se le otorga a las personas que ven afectada su personalidad en cualquier sentido y de la atención que le pueda brindar el Estado en casos de necesidad, enfermedad o calamidad específicas

La dignidad humana es objeto de la filosofía, la política, la etica general, la economía y, por supuesto de la bioética.

Dignidad es un vocablo proveniente de la palabra latina dignitas, cualidad de digno.

El vocablo original es dignitas-atis, que a su vez se relaciona con el adjetivo decnus o dignus, proveniente del sanscrito dec, que significa excelencia.

La categoría de digno surge de la racionalidad, el libre albedrío y el ejercicio de la libertad individual. Es el fundamento del orden moral y legal de muchos sistemas políticos a nivel mundial

Sin embargo, la definición no es sencilla. En una cita de Pyrrho y cols se encuentra:

“...la relevancia del uso de la dignidad en el interior de la reflexión bioética fue vehementemente negada por algunos autores. El editorial de Ruth Macklin en el British Medical Journal, con el título bombástico de “Dignidad es un concepto inútil”, suscitó mucha polémica y diversas reacciones. Discurriendo sobre la posibilidad de una perfecta sustitución de la dignidad por otro concepto más útil y operacional -la autonomía-, sin pérdida significativa, esa autora cuestiona cómo el uso basado en el impacto emocional de un concepto tan vago e impreciso podría contribuir para discusiones importantes en bioética...”

Es innegable que el concepto de Dignidad Humana es la base de reflexión y defensa de los Derechos Fundamentales. Pero como afirma Barchifontaine:

“...Sin la referencia a la dignidad humana éstos serían impensables como derechos universales e inalienables. Empero, este concepto, considerado inicialmente como de carácter innato, pasa a ser una concepción de reconocimiento colectivo de una herencia histórica de civilización...”

En efecto, si la sociedad, el derecho y los mismos derechos humanos con creación de la sociedad, la cultura y, en ultimas, del cerebro humano, los Derechos Fundamentales son conferidos por la misma sociedad a sus integrantes. De innato no tienen absolutamente nada.

La doctora Contanza Ovalle, en su cátedra de Bioética dice:

“...La Dignidad Humana es una calidad inherente a las personas por el hecho de ser miembros de la raza humana y por tener razón y conciencia de sí mismas.. Tiene significado en varios ordenes; axiológicos, ontológicos, éticos, jurídicos y políticos ONTOLOGICO. Si se va a centrar el tema de la dignidad en lo humano se plantea que es un valor propio del ser humano en tanto todos tenemos la misma naturaleza y formamos parte de una misma especie. Es un valor intrínseco que se tiene por siempre, independientemente de nuestra condición

LAICO. La dignidad humana tiene que ver con la libertad.

RELIGIOSO. Coincide con la divinidad del hombre. Con la condición de haber sido creado por Dios.

TRASCENDENTAL. Los hombres concebidos en su dignidad trazan una línea de horizonte para la ética (Nietzsche). La moralidad y la humanidad, en cuanto que esta es capaz de moralidad es la única que posee dignidad...”

Para Rawls la noción de dignidad es correspondiente a la de respeto particularmente a la de respeto de sí, inseparable a la del respeto de otro. Un concepto de relación.

Según Habermas, siempre ha existido una relación estrecha entre Dignidad Humana y Derechos Humanos. Y la inviolabilidad de la Dignidad Humana es un principio esencial del derecho moderno

La fuente moral de donde derivan todos los Derechos Fundamentales es, precisamente, la Dignidad Humana. Habermas protesta frente a fenómenos como las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas

En Gilbert Hottois, la dignidad puede aplicarse por extensión al ser humano, en todos sus estados (embrión, individuo, cadáver) en su totalidad y en todas sus partes (cuerpo, células genes) tanto a individuos como a colectividades o comunidades. A actividades (deportes), comportamientos (trato a las personas), a procesos y a la manera de asumirlos (concepción, muerte), etc

En Sentencia de 1998, la Corte expresó:

“La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana.”

Desde este punto de vista eminentemente jurídico, la dignidad humana crea una serie de deberes recíprocos, como el de recibir un trato acorde con su naturaleza de perteneciente a la raza humana.

BIBLIOGRAFIA

- 1- HOTTOIS, Gilbert. La ciencia entre los valores modernos y la pos modernidad. Ediciones en español Universidad del Bosque. . Pp 7- 104.
- 2- Acevedo A. Bioética y Neoliberalismo. Revista Humanizarte Año 5 No 8 ISSN: 2145-129
- 3- Macklin R. Dignity is a useless concept. British Medical Journal 2003; 327(7429): 1419-1420
- 4- Pyrrho M, Cornelli G, Garrafa V. Dignidad Humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto. Acta bioeth 15 (1): 65-69. 2009
- 5- Barchifontaine CP. Bioética e início da vida: Alguns desafios. São Paulo: Idéias e letras; 2004: 19-31.
- 6- Adler F. Human dignity and social science. Sociological inquiry 1963; 33(1):9-18
- 7- Torralba Roselló, F. Qué es la Dignidad Humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristan Engelhardt y John Harris. Barcelona: Herder Editorial S-L 2005, p 11-95
- 8- Garcia F. El concepto de dignidad como categoría existencial. Rev Electron de la Asociacion Andaluza de Filosofia. D.L: CA-834/97.
- 9- Guzmán F, Franco E, Padrón J. La ética kantiana como reguladora de la cirugía. En: Guzmán F, Franco E, Rosselli D. La Práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica Diké. 1 Edición. Medellín, 1996