

**TRIBUNAL NACIONAL DE  
ÉTICA MÉDICA**

**GACETA JURISPRUDENCIAL**

**DENUNCIAS ENTRE MÉDICOS  
SENTENCIAS PROFERIDAS POR  
EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA  
MÉDICA ENTRE 2015 Y 2019  
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

**AGOSTO 2020**

**No. 41**

©2020 Tribunal Nacional de Ética Médica

---

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

ISSN 0123-0832

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

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2020

**DENUNCIAS ENTRE MÉDICOS  
SENTENCIAS PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL NACIONAL  
DE ÉTICA MÉDICA ENTRE 2015 Y 2019  
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO  
AGOSTO 2020  
No. 41**

**MAGISTRADOS 2020**

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Hernán Jiménez Almanza

Dr. Ariel Iván Ruiz Parra

Dr. José Miguel Silva Herrera

**Asesor Jurídico**

Dr. Edgar Saavedra Rojas

**Abogada Secretaría**

Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo



# 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](http://www.4-72.com.co)

El servicio de **envíos**  
de Colombia



Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.  
No. 2020.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2020

## INDICE

	Pag.
Editorial.	9
Las relaciones profesionales entre los médicos y entre los galenos y el equipo de salud. Dr. Ariel Iván Ruiz Parra Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica.	
Artículo. Sentencias proferidas por el Tribunal Nacional de Ética Médica entre 2015-2019. Germán Gamarra Hernández. Presidente Fernando Guzmán Mora. Magistrado Hernán Jiménez Almanza. Magistrado Ariel Iván Ruiz Parra. Magistrado José Miguel Silva Herrera. Magistrado Edgar Saavedra Rojas. Asesor Jurídico Claudia Lucía Segura Acevedo. Abogada-Secretaria Tribunal Nacional de Ética Médica 2018 – 2020.	19
Artículo. Consentimiento informado. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Asesor Jurídico Tribunal Nacional de Ética Médica.	40
Proceso 2713 Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca. Magistrado ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid Providencia: No.51-2013. Médico intensivista es suspendido por agredir físicamente a un cirujano.	226

	Pag.
Proceso 1328 Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta Magistrado ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández. Providencia: No. 78-2019. Médicos que al parecer se agreden mutuamente. Se revoca sanción por <i>in dubio pro reo</i> .	233
Proceso 186 Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora. Providencia: No. 28-2003. Lenguaje soez inapropiado en una profesional de la medicina. Se confirma sanción.	239
Proceso 643 Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora. Providencia: No. 43-2013. Lenguaje soez en una historia clínica. Se confirma suspensión en el ejercicio de la profesión.	267
Proceso 1074 Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas Magistrado ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández. Providencia: No. 76-2019. Se sanciona a médico que llega tarde a laborar e increpa a su coordinador.	279
Proceso 2963 Tribunal Seccional de Ética Médica Cundinamarca Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza Vega. Providencia: No.15-2016. Médica que supuestamente no obedece a coordinador médico. Se absuelve por <i>in dubio pro reo</i> .	299
Proceso 216 Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda Magistrado ponente: Dr. Hernando Groot Liévano. Providencia: 19-2001. Se ratifica que no hay mérito para abrir proceso a un pediatra acusado de usar el término iatrogenia.	304
Proceso 729 Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca Magistrado ponente: Dr. Efraim Otero Ruiz. Providencia: No. 12-2012.	314

	Pag.
Se revocan cargos a anesthesiólogo que escribe que la cirujana no conoce a la paciente.	
Proceso 653 Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez. Providencia: No. 81-2016. Se suspende a anesthesiólogo en estado de embriaguez que llega tarde e insulta a los miembros del equipo quirúrgicos.	321
Proceso 1313 Tribunal Seccional de Ética Médica Antioquia Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora. Providencia: No. 57-2010. Un anesthesiólogo solicita al ortopedista lavarse nuevamente las manos. Se declarara nulidad en el proceso.	330
Proceso 188 Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima Magistrado ponente: Dr. Miguel Otero Cadena. Providencia: No.04-2006. Cirujano acusado de maltrato a subalternas. Se absuelve por <i>in dubio pro reo</i> .	344
Proceso 003 Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar Magistrado ponente: Dr. Francisco Pardo Vargas Providencia: No. 12-2013. Médicos acusan a otros que aceptaron sus puestos en los que no continuaron por aspectos salariales. Se niega un recurso de queja.	381
Proceso 555 Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño Magistrado ponente: Dr. Hernán Jiménez Almanza Providencia: No.44-2019. Médico jefe acusa a otro por presentar incapacidad falsa en enfermedad inexistente. Se sanciona por falsedad en documentos.	401
Proceso 438 Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado ponente: Dr. Carlos Alberto Gaviria Neira. Providencia: No.25-2004. Ortopedista e internista que difieren en una conducta y lo consignan en la historia clínica. Tribunal se inhibe de conocer apelación.	414

	Pag.
Proceso 438 Tribunal Seccional de Ética Médica Antioquia Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora. Providencia: No. 44-2006. Prescribe proceso en que se investigó enfrentamiento entre ortopedista e internista..	421
Proceso 1126 Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico Magistrado ponente: Dr. Ariel Iván Ruiz Parra Providencia: No. 24-2019. Se profiere resolución inhibitoria en un caso de supuesta hipnosis sin autorización.	447

## Editorial

### LAS RELACIONES PROFESIONALES ENTRE LOS MÉDICOS Y ENTRE LOS GALENOS Y EL EQUIPO DE SALUD

*Ariel Iván Ruiz Parra, MD, MSc.*

*Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica*

*Médico Cirujano y especialista en Ginecología y Obstetricia, UN*

*Especialista en Biología de la Reproducción, INNSZ*

*Magíster en Educación, UPN*

*Magíster en Epidemiología Clínica, PUJ*

*Profesor Titular, Departamento de Obstetricia y Ginecología, Facultad de*

*Medicina, Universidad Nacional de Colombia*

Muy pocas cosas pueden tener un impacto más negativo sobre el honor de la profesión médica que un comportamiento inapropiado entre colegas, particularmente, aunque no exclusivamente, cuando ocurre en el escenario de la atención de pacientes o en el contexto de las instituciones donde se prestan servicios de salud.

Siglos de construcción de la imagen de los profesionales de la medicina pueden destruirse al instante con un solo acto infortunado de pérdida de control. Hasta en esto se exige de los galenos el máximo de profesionalismo; aún en las circunstancias más apremiantes y difíciles, los médicos deben demostrar un alto control de sus emociones, no solo para mantener una imagen, sino para que sus decisiones sean razonadas, razonables, basadas en las mejores evidencias y buscando el bienestar para los pacientes, quienes son, el objeto y razón de nuestra profesión.

Por supuesto que como médicos reconocemos que el hombre -en su sentido más amplio de especie que no de género-, es un sistema biológico complejo, con emociones, mente y razón y que es miembro de una sociedad y cultura específicas, en un contexto geopolítico determinado. Como ser humano

entonces, las respuestas emocionales de los médicos, no solo son comprensibles, sino que, en la gran mayoría de los casos, contribuyen al ejercicio apropiado de la profesión al propiciar un mejor entendimiento del paciente, al promover la compasión, al recordarnos que un padecimiento afecta no solo física, sino mental y espiritualmente a los enfermos, y al ayudarnos a entender que consolar es una intervención terapéutica siempre posible, aún en situaciones irreversibles.

Las situaciones de estrés que se presentan a diario en la atención de los pacientes, sumadas a las actuales circunstancias laborales difíciles, a la sobrecarga de trabajo, a la falta de reconocimiento y a la frecuente carencia de recursos para la atención, pueden contribuir a que ocurran reacciones desproporcionadas o inapropiadas en el marco de los actos médicos. No obstante, los largos años de formación para el ejercicio médico, incluyendo el currículo oculto que desarrollan los verdaderos maestros, deben propiciar también la preparación para modular y controlar las respuestas emocionales de los médicos en situaciones de estrés.

La sociedad espera esto de los médicos. Nadie más que nosotros estamos llamados a hacer gala de autocontrol y razonamiento. Una sociedad que no encuentre paz en la mirada y en la actitud de sus médicos no tendrá esperanza, no tendrá futuro.

Por otro lado, la profesión médica ha desarrollado a lo largo de su historia un lenguaje técnico preciso, elegante, pulcro y hermoso, con base en clásicas raíces griegas, latinas y árabes, que es parte integral del ejercicio. Un lenguaje desobligante, vulgar o soez no es propio de este ejercicio y está expresamente prohibido su uso en la historia clínica, que es el registro obligatorio, veraz y verificable de los actos médicos y de la evolución del paciente. Como expresa el HM Germán Gamarra: “[...] *es un documento irremplazable, perteneciente al paciente y debe ser objetiva y veraz, es decir debe describir las situaciones como son, libre de especulaciones.*”<sup>1</sup>

Este es un profundo llamado que hago al haber transcurrido casi cuatro décadas de ejercicio de la más noble de las profesiones. Tal es el *ethos* de nuestra profesión.

---

<sup>1</sup> Gamarra G. Editorial. Medicina Interna y Especialidades Médicas -II. Gaceta Jurisprudencial No. 39. Tribunal Nacional de Ética Médica. Giro Graphos Impresores SAS, Bogotá, junio de 2020.

Este marco de referencia obliga al médico a tener un comportamiento respetuoso con sus colegas, con todos los miembros del equipo de salud y, por supuesto, con los pacientes, en todo momento. Atrás deben quedar para siempre los comportamientos inapropiados con pacientes, familiares, colegas, estudiantes, miembros del equipo de salud, y personal administrativo y de apoyo en las instituciones de salud. Y, aunque parezca paradójico, entre más alto sea el nivel de formación académica de un profesional de la medicina, más se espera que se comporte en forma ecuánime, tolerante y comprensiva.

Pero además de los imperativos señalados, morales éstos si se quiere, hay imperativos éticos, e incluso legales que, desde la antigüedad, han constituido un estricto marco de referencia para el ejercicio de la profesión médica, incluso en las peores circunstancias de la humanidad, como en las guerras, la hambruna, las pandemias, el terrorismo, las dictaduras o el despotismo.

Baste recordar que el “*juramento hipocrático*” (siglo V antes de Cristo) es el antecedente remoto del actual *juramento médico* aprobado por la Asociación Médica Mundial,<sup>2</sup> que constituye el compromiso que actualmente juran cumplir los galenos.

Un segundo antecedente puede encontrarse en el siglo XII de nuestra era, cuando el médico, teólogo y filósofo Moisés Ben Maimón más conocido como Maimónides - expresó en su “Invocación” sentencias aún válidas, entre las cuales tienen importancia para el tema que nos ocupa las siguientes:<sup>3</sup>

*“Haz que mi espíritu permanezca claro de toda circunstancia pues grande y sublime es la ciencia que tiene por objeto conservar la salud y la vida de todas las criaturas”,* esta es la esencia del actuar ético, pero también del actuar basado en los desarrollos de la ciencia, y *“Haz que sea moderado en todo, pero insaciable en mi amor por la ciencia”* en la que anima al médico a la actualización permanente del conocimiento, pero también a comportarse en forma moderada y ponderada en todo.

---

<sup>2</sup> *Adopted by the 2nd General Assembly of the World Medical Association, Geneva, Switzerland, September 1948 and amended by the 22nd World Medical Assembly, Sydney, Australia, August 1968 and the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983 and the 46th WMA General Assembly, Stockholm, Sweden, September 1994 and editorially revised by the 170th WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005 and the 173rd WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2006.*

<sup>3</sup> Sánchez-Torres F. Catecismo de ética médica. Editorial Herder. Provenza, Barcelona. 2000. pág. 43-46.

En este sentido, el Artículo 2º, Capítulo II “De las Disposiciones Generales” de la Ley 23 de 1981, acogió apropiadamente el juramento médico; en consecuencia, los deberes allí consagrados son de obligatorio cumplimiento. Dice la mencionada Ley:

*“ARTÍCULO 2o.- 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 éstos se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;*
- *Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;*

***SOLEMNE Y ESPONTÁNEAMENTE, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.***

(Lo subrayado no lo es en el texto original).

Y el Artículo 10. del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la mencionada Ley 23, señala que es también un deber hacer el juramento médico:

*Artículo 1o.- "Las autoridades académicas o sus delegados que confieran los títulos de médicos, tomarán el juramento médico".*

En estas circunstancias, los galenos juran bajo palabra de honor tener respeto con sus maestros, considerar como hermanos a sus colegas y mantener el honor de la profesión. ¿Podrá haber imperativos más claros? No queda duda de que el incumplimiento de estos principios debe ser objeto de censura social y de sanción disciplinaria.

Más adelante, la Ley 23 de 1981 señala que la base fundamental de las relaciones entre colegas médicos es la lealtad y consideración mutuas, al afirmar:

*ARTÍCULO 29.- La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.*

Otro aspecto que aborda la Ley de Ética Médica es el relacionado con el manejo de las discrepancias -que lógicamente pueden surgir entre los médicos - en relación con la atención de los pacientes; al respecto señala la mencionada norma:

*ARTÍCULO 30.- El médico no desaprobará con palabras o de cualquier otra manera, las actuaciones de sus colegas en relación con los enfermos. Será agravante de esa conducta, el hecho de que esté dirigido a buscar la sustitución del médico tratante.*

Una falta contra este precepto puede considerarse más grave cuando la desaprobación de la actuación del colega se registra en la historia clínica y, peor aún, cuando se hace en términos ofensivos.

En relación con el Artículo 29 de la Ley 23, el decreto reglamentario 3380 de 1981, ha aclarado que una diferencia de criterio no es un acto desaprobatario, siempre y cuando se manifieste prudentemente y se haga en el plano académico. Así lo precisa el mencionado decreto:

*Artículo 21.- "No constituyen actos desaprobatarios las diferencias de criterio o de opinión entre médicos que manifestadas en forma prudente surjan de la discusión, análisis y tratamiento del paciente".*

El Tribunal Nacional de Ética Médica se ha ocupado también de la forma como deben abordarse las diferencias de criterio clínico que pueden presentarse en la atención brindada por varios médicos a un mismo paciente. Este Tribunal ha señalado al respecto en su providencia No. 51-2013:<sup>4</sup>

*"La relación del médico con sus colegas constituye una parte fundamental del profesionalismo médico, y los atentados contra la misma no revisten menos gravedad que aquellos en contra de la relación entre el médico y sus pacientes, como sugiere la defensa. Del médico se espera que ostente un intachable comportamiento hacia los otros seres humanos incluyendo sus colegas, y aún cuando en los intercambios científicos se puedan presentar discrepancias*

---

<sup>4</sup> Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 51-2013 de julio treinta (30) del año dos mil trece (2013). MP: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid.

*e incluso serios conflictos por diferencias en las apreciaciones clínicas de un mismo caso, la resolución de los mismos, debe limitarse al terreno científico y en ningún momento debe sobrepasar los límites que este impone.”*

(Lo subrayado no lo es en el texto)

Todo lo anterior reconoce que es apenas natural que se presenten diferencias de criterio en la atención conjunta de un paciente. Tales discrepancias pueden surgir por la existencia de publicaciones científicas, incluyendo guías y protocolos, que no concuerdan exactamente en las recomendaciones de diagnóstico o tratamiento; por diferencias en la formación, con frecuencias denominadas diferencias de la “escuela de medicina” que son secundarias en parte a las fortalezas y autonomía universitarias y de las instituciones de salud; a la especialización y sub-especialización de los médicos; al comportamiento biológico aleatorio de cada paciente; a los vacíos del conocimiento actual; y en últimas, a situaciones completamente nuevas para todos los colegas, tal como está ocurriendo en el momento de escribir esta editorial con la pandemia de la COVID-19.

Pero lo anterior también obliga a que, ante una diferencia de criterios, se lleve a cabo entre los colegas una discusión académica, en el terreno científico,<sup>5</sup> ponderada y, sobre todo, considerada y prudente con el paciente, en procura de los mejores desenlaces clínicos, que no de demostrar la superioridad de un profesional sobre los demás miembros de grupo tratante.

Este último punto también aplica en el contexto de la jerarquía administrativa; así lo ha expresado el Tribunal Nacional de Ética Médica al señalar:

*“La vulneración de los artículos 1º, numeral 9º y 29 de la Ley 23 de 1981, [...] se refieren de manera precisa a normas que deben cumplirse y practicarse en las relaciones entre los médicos; implican un compromiso bilateral por parte de los colegas, es decir su cumplimiento obliga tanto a una parte como a la otra, independiente de la autoridad científica o administrativa que alguno de los ellos ostente. “El médico está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal” (art. 1, numeral 9, Ley 23 de 1981) [...]”<sup>6</sup> PRO 78-2019.*

(Lo subrayado no lo es en el texto original)

---

<sup>5</sup> Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 76-2019 del cuatro (4) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019). MP: Dr. Germán Gamarra Hernández.

<sup>6</sup> Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 78-2019 del once (11) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019). MP: Dr. Germán Gamarra Hernández.

De las consideraciones previas, además de lo normado en todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional, se desprende que las agresiones físicas entre colegas son también totalmente inadmisibles.

Adicionalmente es conveniente precisar que, aunque el Artículo 31 de la Ley 23 de 1981 señaló que la competencia para dirimir el disentimiento entre colegas corresponde a la Federación Médica Colombiana,<sup>7</sup> el Decreto 3380 reglamentario de dicha Ley le confirió a los Tribunales de Ética Médica la competencia cuando se considere comprometida la ética profesional. Así lo señala el Decreto 3380:

*Artículo 22.- Si el disentimiento profesional entre médicos tiene contenido ético, la competencia para dirimirlo será de los Tribunales Etico-Profesionales.*

Es por esta razón que, tanto los Tribunales Seccionales, como el Tribunal Nacional de Ética Médica, se han ocupado de diversos procesos en los cuales han ocurrido interacciones inapropiadas entre médicos o entre médicos y otros miembros del equipo de salud, que implican consideraciones éticas. Así mismo, han ocurrido dificultades entre médicos que desempeñan cargos administrativos en las instituciones de salud y los profesionales de la medicina que prestan los servicios de salud. Al respecto se debe recordar que los médicos en el ejercicio de un cargo administrativo también deben utilizar todos los medios posibles para que los resultados en salud de pacientes o usuarios sean favorables; por lo tanto, si un médico en un cargo administrativo es responsable de barreras que generan la afectación de la salud o de la vida de un paciente puede ser objeto de procesos éticos disciplinarios. Así lo ha señalado el Tribunal Nacional de Ética Médica:

*“El acto médico no es solamente el acto médico clínico. Y para este tribunal es claro que, cualquier acto médico, sea clínico o administrativo, cuyo efecto sea demostrado como nocivo para un paciente con participación culposa o dolosa de un profesional de la medicina, convierte a dicho galeno en sujeto disciplinable por los tribunales ético-médicos. No se acepta que un médico que tome una decisión lesiva respecto de uno o más pacientes en el área administrativa, venga a argumentar que su acto administrativo no tiene relación con conductas que trasgreden el Código de Ética Médica por ser, precisamente, “administrativos””.*<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ley 23 de 1981: *ARTÍCULO 31.- Todo disentimiento profesional entre médicos, será dirimido por la Federación Médica Colombiana de conformidad con las normas de la presente Ley.*

<sup>8</sup> Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencias 33-2015 del 28 de abril de 2015 y 59-2016 del 26 de julio de 2016. Proceso 2015-1669-06 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander. MP: Dr. Fernando Guzmán Mora.

En esta Gaceta Jurisprudencial del Tribunal Nacional de Ética Médica se traen ejemplos de procesos relacionados con dificultades en las relaciones entre los médicos o entre galenos y otros miembros del quipo de salud, para que su análisis sirva como medio educativo para quienes somos los responsables de mantener el honor de la profesión médica.

Este número de la Gaceta trae además un estudio estadístico y un análisis de las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional de Ética Médica durante el periodo de cinco años comprendido entre 2015 y 2019. El informe muestra cómo, a partir de la expedición de la Ley 23 en 1981, viene ocurriendo un crecimiento en el número de demandas, así, en los últimos cinco años, se concentraron casi el 30% de todas las sentencias proferidas en los 39 años de historia del Tribunal Nacional. Se presentan en el estudio el número de providencias emitidas, el tipo de sanciones impuestas, las imputaciones jurídicas, así como las especialidades involucradas y la procedencia de los procesos que el Tribunal Nacional ha conocido en el último quinquenio. Consideramos que esta información constituye otro medio que tiene el Tribunal Nacional de Ética Médica para cumplir con su labor de hacer pedagogía para propender por un ejercicio adecuado de la profesión médica.

Finalmente, pero de carácter sumamente importante, el artículo de fondo de la presente Gaceta es un profundo, detallado y bien documentado escrito sobre el Consentimiento Informado, cuyo autor es el eminente jurista, profesor universitario y abogado asesor del Tribunal Nacional de Ética Médica, Dr. Edgar Saavedra Rojas. Esta disertación aborda prácticamente todos los aspectos posibles del tema, desde los aspectos históricos de los países (Inglaterra y Estados Unidos) y las circunstancias en los que se implementaron los primeros consentimientos, pasando por los principios éticos y bioéticos que le dan fundamento, particularmente el principio de autonomía del paciente y el derecho al ejercicio de la libertad, las diferentes concepciones jurídicas e históricas, los alcances, contenidos y características de los diferentes consentimientos, hasta las especificidades del consentimiento informado en condiciones de graves afecciones, urgencias, tratamientos experimentales o novedosos, incapacidad del paciente, menores de edad, enfermedades mentales, deficiencias psíquicas por embriaguez o por consumo de estupefacientes y el consentimiento por intermedio de otras personas. Todo tratado con fino detalle y apoyado en innumerables referencias y citas de la literatura.

Dos aspectos que resultaron de particular interés para quien escribe esta editorial, que, por generosidad del autor, tuvo el privilegio de conocer el documento original con anterioridad, fueron: la razonable posición frente a la Ley 1996 de 2019, que se refiere específicamente al consentimiento informado en el caso de las personas en situación de discapacidad -tema que tanto interesa a la profesión médica- pero que, en concordancia con lo expresado por el Dr. Saavedra, no consideró apropiadamente las diferencias entre una discapacidad física como la ceguera o la sordera y una grave discapacidad mental, y que, además, le atribuye a un juez de familia la potestad para *“determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto”* sustrayendo la patria potestad a los padres que la tienen en primera instancia. El segundo aspecto es la tesis, también apropiada a mi manera de ver, de que el consentimiento debe ser individual, para cada paciente y circunstancia particular, en razón a que los seres humanos son únicos e irrepetibles y a que, tanto las enfermedades, como la respuesta a las diferentes terapéuticas puede cambiar de paciente a paciente. En este sentido el Dr. Saavedra analiza en su artículo la conveniencia o no de los formatos o consentimientos pre-estructurados en los aplicativos de historias clínicas actuales, y expresa sus inquietudes sobre un mismo consentimiento para todos los pacientes.

Esta es una invitación a todos los médicos a leer con detenimiento el texto del Dr. Saavedra porque, sin duda, constituye un aporte pedagógico que puede contribuir a mejorar la seguridad física, mental y espiritual de los pacientes, así como a la protección ética, profesional y jurídica de los galenos, en la medida en que, al realizar el proceso apropiado del consentimiento, se brinda al paciente, a sus familiares o a sus tutores, información sobre los aspectos más relevantes del padecimiento y de su tratamiento, a la vez que se informa de las particularidades, necesidades, voluntad y especificidad de cada paciente.

Bogotá, 22 de julio de 2020.

## SENTENCIAS PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA ENTRE 2015-2019

*Germán Gamarra Hernández. Presidente*  
*Fernando Guzmán Mora. Magistrado*  
*Hernán Jiménez Almanza. Magistrado*  
*Ariel Iván Ruiz Parra. Magistrado*  
*José Miguel Silva Herrera. Magistrado*  
*Edgar Saavedra Rojas. Asesor Jurídico*  
*Claudia Lucía Segura Acevedo. Abogada-Secretaria*  
*Tribunal Nacional de Ética Médica 2018 – 2020*

### Introducción

El Congreso de Colombia expidió el 18 de febrero de 1981 la Ley 23, “*por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica*”; posteriormente, el 30 de noviembre del mismo año se promulgó por parte de la presidencia de la república el decreto 3380, reglamentario de la citada norma. Mediante la Resolución 07011 del 30 de junio de 1982, el Ministro de Salud integró el Tribunal Nacional de Ética Médica (TNEM), creado de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 23 de 1981, con el fin de juzgar los actos médicos que vulneran dicha norma y que ocurran en el territorio nacional:

*ARTÍCULO 63. Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la Capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.*

La conformación del TNEM fue determinada por medio del artículo 64 de la mencionada Ley, de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 64. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de las Facultades de Medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.*

El TNEM es un tribunal de segunda instancia, al que se acude en caso de interponerse un recurso de apelación, concedido por alguno de los Tribunales Seccionales. El TNEM también actúa como primera instancia cuando el proceso ha sido trasladado por un Tribunal Seccional al considerar que la sanción a imponer debe ser suspensión en el ejercicio de la profesión por un periodo superior a seis meses; en estos casos, la segunda instancia le corresponderá al Ministerio de Salud Pública.

Los Tribunales Seccionales fueron creados por el artículo 67 de la Ley 23 de 1981:

***ARTÍCULO 67.** En cada Departamento, intendencia, o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Ético-Profesional.*

Finalmente, la conformación de los Tribunales Seccionales fue determinada en el artículo 68 de la mencionada Ley de la siguiente manera:

***ARTÍCULO 68.** El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina, elegidos por el Tribunal de Ética Médica de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número con el lleno de las calidades que más adelante se señalan.*

En 1982, una vez toman posesión los miembros del primer TNEM, se inició la creación de los diferentes Tribunales Seccionales del país. Hasta la fecha, segundo semestre de 2020, se encuentran activos 20 tribunales seccionales, cuya denominación se anota más adelante. Es necesario aclarar que, de acuerdo con las circunstancias de cada época y con el aumento progresivo de los procesos ético-médico disciplinarios en las diferentes regiones del país, el TNEM ha definido la competencia territorial para cada tribunal seccional, la cual se ha modificado en la medida en que se crean nuevos tribunales. Se han hecho intentos de crear algunos tribunales seccionales en la Guajira, Casanare y Córdoba, pero por diferentes motivos, no han logrado consolidarse. De acuerdo con las actas que se encuentran en el TNEM, los tribunales seccionales existentes en la actualidad fueron creados en las siguientes fechas:

1. Cundinamarca y Amazonas: septiembre 2 de 1982.
2. Antioquia: noviembre 22 de 1982.
3. Caldas: noviembre 22 de 1982.

4. Santander: noviembre 22 de 1982.
5. Valle del Cauca: noviembre 22 de 1982.
6. Bolívar, Distrito de Cartagena, San Andrés y Providencia, Córdoba y Sucre: junio 9 de 1983.
7. Magdalena, Distrito de Santa Marta y Guajira: noviembre 28 de 1985.
8. Cauca: febrero 6 de 1986.
9. Norte de Santander: mayo 8 de 1986.
10. Atlántico: diciembre 15 de 1988.
11. Bogotá D.C: febrero 24 de 1994.
12. Risaralda y Quindío: marzo 24 de 1994.
13. Meta, Casanare, Vichada, Guainía y Vaupés: septiembre 29 de 1994.
14. Arauca: noviembre 9 de 1995.
15. Tolima: octubre 24 de 1996.
16. Nariño y Putumayo: junio 15 de 1997.
17. Huila: marzo 15 de 2011.
18. Chocó: junio 12 de 2012.
19. Cesar: diciembre 6 de 2016.
20. Boyacá: diciembre 13 de 2016.

En este informe se presentan el número de providencias emitidas, tipo de sanciones impuestas, las imputaciones jurídicas, así como las especialidades involucradas y la procedencia de los procesos que el TNEM ha conocido, durante el periodo comprendido entre el comienzo del año 2015 y el final del 2019. Esta información es de interés para todos los profesionales de la medicina y se constituye en un instrumento pedagógico del TNEM para el ejercicio adecuado de la profesión.

### **Material y métodos**

Para este trabajo se hizo primero una revisión de las actas del TNEM para conocer el número total de fallos y el número de magistrados que han conformado el Tribunal. Posteriormente, para la presente revisión se tomó el período de cinco años comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2019, teniendo en la cuenta que, al menos uno de los integrantes del actual Tribunal, haya formado parte del mismo y haya participado en las decisiones tomadas. Se anotaron el número de sesiones de Sala Plena, de sentencias y de magistrados que han hecho parte del Tribunal durante el periodo señalado.

Se revisaron todas las sentencias proferidas durante los últimos cinco (5) años y se tabularon los siguientes aspectos:

1. Decisión tomada por el tribunal.
2. Área de la medicina o especialidad a la que corresponde el acto médico denunciado.
3. Artículo o artículos de la Ley 23 de 1981 que se consideraron vulnerados.
4. Tribunal Seccional de donde proviene el proceso.

Las variables que se tuvieron en la cuenta en el presente estudio son nominales o categóricas, por lo que se utilizó estadística descriptiva para la presentación de los datos, fundamentalmente tablas de frecuencias absolutas y relativas y gráficos apropiados para la variable.

No es objeto del presente estudio discutir o analizar en profundidad las conductas de los investigados ni los argumentos que consideraron los diferentes Tribunales Seccionales o el propio TNEM para soportar sus sentencias.

Aspectos éticos: se mantuvo la privacidad de los sujetos que fueron motivo de las sentencias proferidas, y los datos se presentan como estadísticas de resumen sin individualizar a los profesionales investigados o los actos médicos que motivaron los fallos del TNEM. Sin embargo, debe recordarse que la ley establece que, una vez la sentencia queda en firme, su contenido puede ser de conocimiento público.

## **Resultados**

Con base en las actas emanadas del TNEM se encontró que, desde la primera sesión de Sala Plena, efectuada el 2 de agosto de 1982, hasta el 11 de diciembre de 2019, este Tribunal ha dictado un total de 1870 fallos. Durante este mismo intervalo de tiempo, han ocupado el cargo de magistrados en propiedad, 40 profesionales médicos.

El TNEM realiza, con bastante regularidad, una sesión semanal de Sala Plena y durante los cinco años del estudio se efectuaron en total 232 sesiones de Sala Plena y se produjeron 535 sentencias. Durante este periodo integraron el tribunal 10 magistrados y se contó con el apoyo de un abogado asesor jurídico y dos abogadas secretarías. El número de Salas y de Providencias por cada año se muestran en la tabla 1.

**Tabla 1. Distribución del número de Salas y Providencias del TNEM según año. 2015-2019**

<b>Año</b>	<b>Sesiones de Sala</b>	<b>Providencias</b>
2015	47	115
2016	47	114
2017	48	107
2018	45	88
2019	45	111
<b>Total</b>	<b>232</b>	<b>535</b>

En el periodo de cinco años comprendido entre 2015 y 2019, el TNEM ha tomado 248 decisiones sancionatorias, de un total de 535 providencias, lo que constituye el 46.36% de las decisiones.

En algunos casos el Tribunal Nacional puede reducir la sanción e incluso absolver al inculpado, lo que ocurrió en 45 sentencias (8.41%). Durante este periodo, en 49 casos (9.12%) se ha confirmado la decisión de archivar antes de iniciar una investigación formal; esta decisión usualmente corresponde al juez de primera instancia. Se ha decretado la prescripción en 46 procesos (8.60% de las providencias) y se ha resuelto decretar la nulidad de 45 procesos adicionales (8.41%).

Lo anterior se describe en la tabla 2, en la que se presenta la distribución de las decisiones del TNEM en los últimos cinco años. En esta tabla el ítem “*pruebas*” corresponde a la decisión de decretar o denegar la práctica de nuevas pruebas dentro del proceso, y el ítem “*abstenerse en apelación*” hace relación a no considerar o no conocer de la apelación por no ser apelable la decisión de la primera instancia.

Es importante aclarar que el número de decisiones que toma el tribunal puede ser mayor al número de procesos que se tramitan porque en un mismo proceso pueden estar involucrados varios profesionales médicos y las decisiones tomadas son individuales y pueden ser diferentes para cada acusado.

**Tabla 2. Decisiones del Tribunal Nacional de Ética Médica.  
2015-2019**

<b>Decisión</b>	<b>No.</b>	<b>%</b>
Sanción	248	46.36%
Archivo	49	9.16%
Prescripción	46	8.60%
Absolución	45	8.41%
Nulidad	45	8.41%
Pruebas	36	6.73%
Abstenerse en apelación	32	5.98%
Otras	34	6.36%
<b>Total de Providencias</b>	<b>535</b>	<b>100.00%</b>

Las sanciones que pueden imponer los Tribunales de Ética Médica están determinadas en el artículo 83 de la Ley 23 de 1981 y en el Decreto reglamentario 3380 del mismo año que establece lo siguiente:

*Artículo 83. A juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:*

- a. *Amonestación privada;*
- b. *Censura, que podrá ser:*
  1. *Escrita pero privada.*
  2. *Escrita y pública*
  3. *Verbal y pública.*
- c. *Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por seis meses.*
- d. *Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por cinco años.*

*Conc. D. 3380/81. Arts. 48,49,50,51,52,53,54,55 y 56. D. 3380/81.*

*Art. 48. "La amonestación privada consiste en la represión privada y verbal que se le hace al infractor por la falta cometida."*

*Art. 49. "Se entiende por censura la reprobación que se hace al infractor por la falta cometida"*

*Art. 50. "La censura escrita pero privada se hará mediante la entrega por parte del tribunal de una copia de la decisión del mismo, al infractor sancionado."*

*Art. 51. "La censura escrita y pública se aplicará mediante la lectura de la decisión en sala plena del tribunal y será fijada en lugar visible de los Tribunales por diez (10) días hábiles."*

*Art. 52. "La censura verbal y pública será dada a conocer al infractor, mediante la lectura de la decisión ante el Colegio Médico correspondiente y la fijación de la misma, en lugar visible de la sede de los Tribunales por diez (10) días hábiles."*

*Art. 53. "Toda decisión del tribunal Nacional y de los Tribunales Seccionales constará en el informativo."*

*La decisión que conlleve a imponer como sanción la censura, o la suspensión, será transcrita al profesional sancionado, al Tribunal Nacional y Seccionales, y es de carácter público será además fijada en lugares visibles de las sedes de los Tribunales, Ministerio de Salud y de la Federación Médica Colombiana".*

*Art. 54. "La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta."*

*Art. 55. "La reincidencia del profesional en la comisión de la falta dará lugar por lo menos a la aplicación de la sanción inmediatamente superior".*

*Art. 56. "Para los efectos del artículo anterior, entiéndese como reincidencia la comisión de la misma falta, en dos o más ocasiones, durante un periodo no mayor de un (1) año".*

En la tabla 3 se muestra la distribución de las sanciones impuestas por el TNEM entre 2015 y 2019. En esta tabla las sanciones se presentan en orden de severidad, según lo determina el mencionado artículo. El TNEM decretó, durante el periodo estudiado de cinco años, un total de 182 suspensiones en el ejercicio de la medicina lo que corresponde a un 73.38% de las 248 sanciones impuestas; de éstas, 88 sentencias (35.48%) correspondieron a suspensión del ejercicio profesional mayor a seis meses.

**Tabla 3. Tipo de sanciones impuestas por el TNEM. 2015-2019**

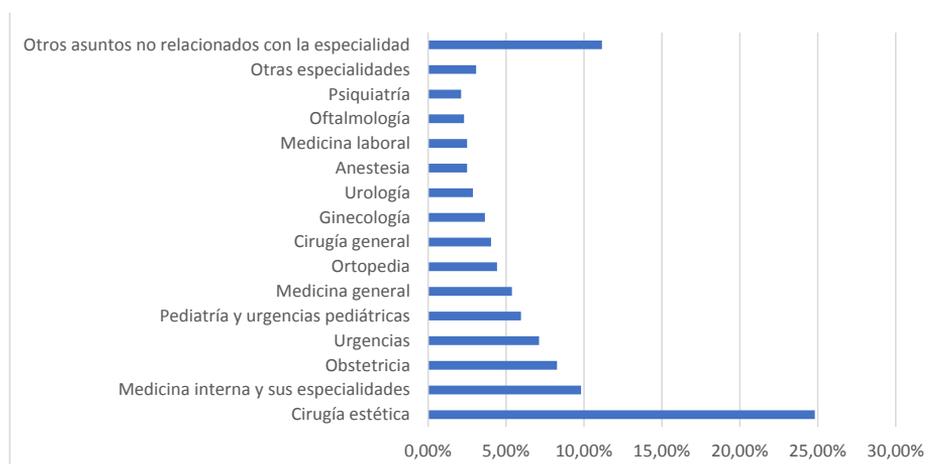
<b>Tipo de sanción</b>	<b>No.</b>	<b>%</b>
Amonestación privada	24	9.68%
Censura escrita pero privada	21	8.47%
Censura escrita y pública	15	6.05%
Censura verbal y pública	6	2.42%
Suspensión ≤ 6 meses	94	37.90%
Suspensión > 6 meses	88	35.48%
<b>Total de sanciones</b>	<b>248</b>	<b>100.00%</b>

La especialidad más frecuentemente involucrada en las denuncias presentadas por los quejosos es la cirugía plástica, estética y reconstructiva con aproximadamente la cuarta parte de los casos. El segundo lugar lo ocupa la especialidad de medicina interna y sus subespecialidades, con un 9.81%; las especialidades médicas constituyen una gran área de la atención en salud y, además en este ítem se incluyeron algunos casos de atención en urgencias. El tercer lugar lo ocupa la obstetricia, con un 8.27%, de las quejas. El ítem "otras especialidades" corresponde a las siguientes: medicina crítica y cuidado intensivo, neurocirugía, radiología e imágenes diagnósticas, medicina legal, y actividades administrativas en salud (Tabla 4 y figura 1).

**Tabla 4. Área de la medicina o Especialidad comprometidas en las denuncias. TNEM 2015-2019**

<b>Especialidad</b>	<b>No.</b>	<b>%</b>
Cirugía estética	129	24.81%
Medicina interna y sus especialidades	51	9.81%
Obstetricia	43	8.27%
Urgencias	37	7.12%
Pediatría y urgencias pediátricas	31	5.96%
Medicina general	28	5.38%
Ortopedia	23	4.42%
Cirugía general	21	4.04%
Ginecología	19	3.65%
Urología	15	2.88%
Anestesia	13	2.50%
Medicina laboral	13	2.50%
Oftalmología	12	2.31%
Psiquiatría	11	2.12%
Otras especialidades	16	3.08%
Otros asuntos no relacionados con alguna especialidad	58	11.15%
<b>Total</b>	<b>520</b>	<b>100.00%</b>

**Figura 1. Área de la medicina o Especialidad comprometidas en las denuncias. TNEM 2015-2019**



El ítem otros “*asuntos no relacionados con alguna especialidad*”, señalado en la tabla 4 y en la figura 1, incluye a delitos sexuales y falsedad en documentos, que el TNEM considera faltas muy graves, y a conflictos o dificultades entre colegas generados en el marco del ejercicio de la profesión. La tabla 5 muestra la distribución de estos asuntos.

**Tabla 5. Distribución del ítem “Otros asuntos no relacionados con la especialidad”. TNEM. 2015-2019**

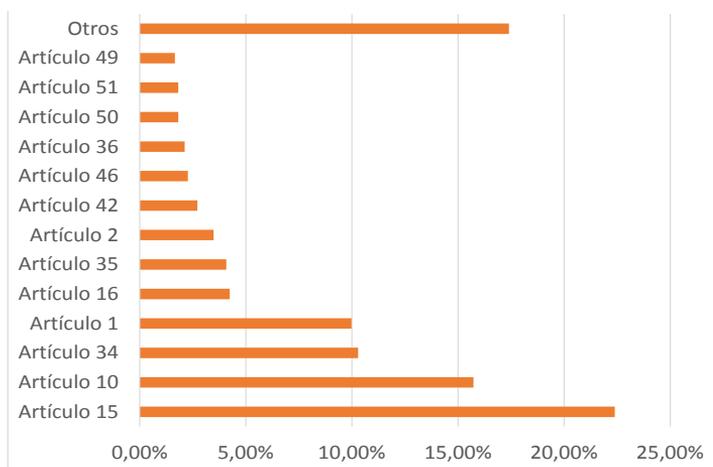
<b>Asunto</b>	<b>No</b>	<b>%</b>
Delitos sexuales	28	48.28%
Falsedad en documentos	25	43.10%
Conflictos entre colegas	5	8.62%
<b>Total</b>	<b>58</b>	<b>100.00%</b>

Durante el período de cinco años que comprende el presente estudio se encontraron 661 vulneraciones a 39 de los 94 artículos de la Ley 23 de 1981 (imputación jurídica). Los artículos 15, 10 y 34 fueron los que individualmente son vulnerados con mayor frecuencia; los tres sumados, constituyen aproximadamente la mitad de los artículos en los que se soportan las sanciones. El artículo 1, que corresponde a la *Declaración de Principios* de la Ley 23, contribuyó con aproximadamente un 10% adicional de las imputaciones jurídicas durante el periodo estudiado (tabla 6 y figura 2).

**Tabla 6. Número de veces que los artículos de la Ley 23 fueron vulnerados (Imputación Jurídica). TNEM 2015-2019**

<b>Artículo vulnerado</b>	<b>No.</b>	<b>%</b>
Artículo 15	148	22.39%
Artículo 10	104	15.73%
Artículo 34	68	10.29%
Artículo 1	66	9.98%
Artículo 16	28	4.24%
Artículo 35	27	4.08%
Artículo 2	23	3.48%
Artículo 42	18	2.72%
Artículo 46	15	2.27%
Artículo 36	14	2.12%
Artículo 50	12	1.82%
Artículo 51	12	1.82%
Artículo 49	11	1.66%
Otros	115	17.40%
<b>Total de vulneraciones</b>	<b>661</b>	<b>100.00%</b>

**Figura 2. Imputación jurídica. TNEM 2015-2019**  
 (% de imputación según artículo de la Ley 23/1981 vulnerado)

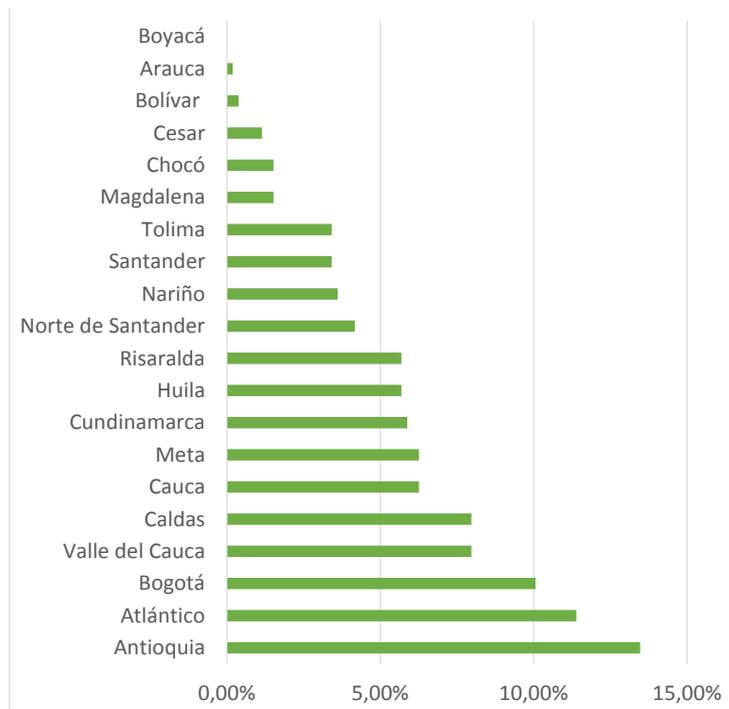


Finalmente, el país cuenta con 20 Tribunales Seccionales que constituyen la primera instancia de juzgamiento en los procesos ético-médico-disciplinarios. Aproximadamente un tercio de los procesos en los que el TNEM ha proferido providencias provienen de los Tribunales Seccionales de Antioquia, Atlántico y Bogotá, seguidos por los de Valle del Cauca, Caldas, Cauca y Meta, en orden descendente (Tabla 7 y figura 3).

**Tabla 7. Tribunal Seccional de origen de los procesos remitidos al TNEM 2015-2019**

Tribunal Seccional de origen de los procesos	No.	%
Antioquia	71	13.47%
Atlántico	60	11.39%
Bogotá	53	10.06%
Valle del Cauca	42	7.97%
Caldas	42	7.97%
Cauca	33	6.26%
Meta	33	6.26%
Cundinamarca	31	5.88%
Huila	30	5.69%
Risaralda	30	5.69%
Norte de Santander	22	4.17%
Nariño	19	3.61%
Santander	18	3.42%
Tolima	18	3.42%
Magdalena	8	1.52%
Chocó	8	1.52%
Cesar	6	1.14%
Bolívar	2	0.38%
Arauca	1	0.19%
Boyacá	0	0.00%
<b>Total</b>	<b>527</b>	<b>100.00%</b>

**Figura 3. Tribunal Seccional de origen de los procesos remitidos al TNEM (%). 2015-2019**



## Discusión

Durante el período de cinco (5) años, comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2019, el TNEM ha proferido 535 fallos, que corresponden al 28.6% de los que se han producido durante los 37 años de labores del tribunal. Aunque no hay mayores diferencias entre el número de fallos de cada año durante el período revisado, el hecho de que más de la cuarta parte de los mismos haya ocurrido en los últimos cinco años sugiere que las denuncias presentadas contra los médicos han aumentado con el tiempo, desde la promulgación de la citada Ley.

Hay factores evidentes como, el mejor conocimiento de la norma que se ha adquirido con el paso del tiempo por parte de la sociedad; el mayor y creciente número de médicos, que ha sido más notorio con la expedición de la Ley 30 de 1992 o Ley de Educación Superior -que permitió una proliferación de facultades de medicina en el país, y la misma Ley 100 de 1993, Ley de Seguridad Social en Salud, que modificó de manera

sustancial la relación médico–paciente, la cual pasó de un trato personal y directo entre dos partes, a una relación mediada por un asegurador o intermediario. También es posible que factores relacionados con el mismo ejercicio de la medicina, como el paternalismo predominante antes de la expedición de la Ley 23 en 1981, que se modificó para favorecer el principio de autonomía del paciente, haya generado nuevas tensiones entre el médico y el paciente.

Por otra parte, la nueva Constitución Nacional, expedida en Colombia en 1991, estableció en el país un Estado Social de Derecho y se generaron diversos mecanismos legales de participación, tales como la tutela, que han empoderado a todos los ciudadanos para reclamar, ante las respectivas autoridades, cuando consideran que se les han vulnerado sus derechos.

Las decisiones tomadas por el TNEM, como tribunal de segunda instancia, la mayoría de las veces confirma las decisiones de los Tribunales Seccionales; sin embargo, en ocasiones el TNEM revoca o modifica sanciones impuestas, bien sea reduciéndolas o incluso absolviendo al acusado. Cuando el tribunal de primera instancia resuelve que la sanción a imponer debe ser la suspensión en el ejercicio de la medicina por un periodo superior a seis (6) meses, el TNEM puede imponer la sanción de suspensión que considere ajustada a la gravedad de la falta, pero si no está de acuerdo con la valoración dada por el tribunal de primera instancia, tiene competencia incluso para absolver al acusado o devolver el proceso al juez a quo con el fin de que se imponga una sanción de seis (6) meses o menor.

Cuando el TNEM resuelve imponer una sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional de la medicina superior a seis meses, se convierte en juez de primera instancia y en este caso, si se presenta el recurso de apelación dentro de los términos que establece el debido proceso, este será resuelto por el Ministerio de Salud, que actúa como segunda instancia o juez superior. De acuerdo con la Ley 23 de 1981, la sanción máxima que puede imponer el TNEM es la suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por cinco años.

Por otra parte, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en virtud de preservar el principio de *reformatio in pejus* no tiene competencia para aumentar la sanción impuesta por el Tribunal Seccional, así considere que la falta cometida amerite una penalidad mayor.

No todos los fallos del TNEM son para sancionar o absolver a un médico acusado. En ocasiones se presenta el fenómeno de la prescripción, en cuyo caso el juez debe decretarla, o puede ocurrir que la apelación sea contra una decisión de archivo que el denunciante considera que no fue resuelta de manera correcta por el juez *a quo*. También ocurren apelaciones contra decisiones relacionadas con negativa a solicitud de pruebas, nulidades procesales o incluso contra providencias de preclusión que se producen después de una etapa de investigación y que, a juicio del tribunal de primera instancia, no se encontró mérito para abrir pliego de cargos contra el inculpado.

Con relación al área de la medicina o especialidad a la que corresponde el acto médico por el que se presenta la denuncia, para efectos del presente trabajo se tuvieron en la cuenta las especialidades médico-quirúrgicas reconocidas en el país. Sin embargo, es frecuente que en situaciones de urgencia un médico tome decisiones en áreas que no corresponden a su especialidad; también ocurre, como en los más frecuentes casos en los que se evidencia la práctica de procedimientos del campo de la cirugía estética por parte de médicos generales, sin tener la formación exigida en un programa de Especialización en Cirugía Plástica: Reconstructiva y Estética y por lo tanto sin el título de especialistas; estos médicos realizan actos de forma imprudente e imperita que llevan a denuncias por parte de los afectados.

De hecho, aproximadamente el 90% de los casos presentados por este tipo de denuncias, corresponden a cirugías o procedimientos de tipo estético practicados por médicos generales que no han realizado estudios formales en la especialidad. Como ocurre con el caso de la cirugía estética, en el área de obstetricia se encuentran involucrados médicos generales que practican obstetricia, sin ser especialistas en esta materia.

Con relación a las decisiones tomadas por el TNEM que se describen en la tabla 2, se observa que casi la mitad (46.36%) corresponden a fallos sancionatorios, siendo dentro de ellos el más frecuente (73.38%) la suspensión en el ejercicio profesional de la medicina. Es importante anotar que cuando un médico es sancionado por el tribunal de primera instancia, tiene la posibilidad de interponer recursos: reposición ante el mismo tribunal o apelación ante el superior, en este caso el TNEM. Se desconoce la frecuencia con la que se utilizan dichos recursos, pero es lógico suponer que, cuando la sanción es más leve la presentación de los

recursos, tanto horizontal como dealzada, también se reduce. Por otra parte, con una frecuencia un poco mayor al 8% de los casos en los que los Tribunales Seccionales han impuesto una sanción, la apelación ante el TNEM ha llevado a absolver al implicado. Por lo tanto, es importante que los médicos conozcan la existencia de dichos recursos y comprendan que para que un fallo quede en firme, dentro del cumplimiento del debido proceso, tiene derecho a hacer uso de la doble instancia consagrada por la ley.

Otras decisiones que decreta el TNEM y que ocurren con relativa frecuencia, son las relacionadas con la prescripción de la acción disciplinaria (8.60%). Cuando dicho fenómeno ha ocurrido, el TNEM no tiene alternativa diferente a decretarla; sin embargo, en algunas ocasiones puede ocurrir que, aunque el proceso ha prescrito, el TNEM en su análisis considera que el procesado amerita ser absuelto. En este caso es preferible favorecer al acusado con una sentencia absolutoria y no decretar la prescripción del proceso. Lo anterior, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de favorabilidad y siguiendo jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Con frecuencia los tribunales seccionales resuelven archivar un proceso cuando, después de una etapa de indagación preliminar, consideran que la conducta por la que se generó la denuncia no correspondía a una falta ética, o que el acusado no es un médico, o la queja es contra la institución y no contra un profesional, o, como la ley lo establece, no se adjunta una prueba que respalde la denuncia. En estos casos se puede apelar ante el superior que, la mayoría de las veces termina confirmando la decisión del juez *a quo*, aunque también puede ordenar la apertura de una investigación formal, si encuentra razones para hacerlo.

En otras ocasiones, los recursos se presentan ante el TNEM porque se le ha negado a la defensa del acusado o al quejoso la práctica de pruebas (6.78%) o porque la defensa considera que existen fallas contra el debido proceso, por lo que solicitan decretar nulidad del mismo (8.41%). También ocurre con frecuencia que después de investigar la conducta del médico acusado, el juez de primera instancia decreta que no existe mérito para formular cargos por la supuesta violación de la Ley 23 y precluye la investigación (5.98%). En este caso, el TNEM se inhibe de conocer la apelación, porque al hacerlo estaría emitiendo un criterio y quedaría impedido para actuar posteriormente en el proceso.

Las especialidades o área de la medicina que con mayor frecuencia generan denuncias se describen en la tabla 4. Se encontró que en casi la cuarta parte de los procesos (24.98%), la quejas se generaron por inconformidad con procedimientos de cirugía estética, la gran mayoría de ellos realizados por médicos sin el título de Especialista en Cirugía Plástica: Reconstructiva y Estética. En una alta proporción de estos casos la conducta negligente, imprudente o imperita por parte del implicado ha llevado a los tribunales a imponer sanciones.

Se alega con frecuencia que el profesional, al tener el título de médico cirujano o médico general, se encuentra capacitado para desarrollar dichos procedimientos. Además, con frecuencia se adjuntan diplomas o certificados de cursos realizados que supuestamente “los habilita” en este delicado campo de la cirugía. También se alega que muchos de tales procedimientos son “mínimamente invasivos o de inyectología”, pero al mismo tiempo se ignoran, por parte de quién los ejecuta, los riesgos que tienen y a los que someten a sus pacientes; finalmente, se presenta el argumento falaz de que la Cirugía Plástica: Reconstructiva y Estética, no se encuentra reglamentada por ley alguna en Colombia.

La insuficiente formación y conocimiento por parte de estos profesionales, que ejercen en el campo de la cirugía estética, lleva con frecuencia a la práctica de procedimientos quirúrgicos en sitios inadecuados, como consultorios o incluso gimnasios o spa, que no cumplen con las condiciones exigidas para su habilitación y no cuentan con los recursos tecnológicos requeridos para esa clase de intervenciones quirúrgicas. En otras ocasiones algunos galenos que minimizan o desconocen los riesgos de la intervención, realizan actividades sin que el grupo sanitario que debe participar esté completo, bien sea por falta de anesthesiólogo o enfermera, o por falta de recursos como banco de sangre o unidad de cuidados intensivos que permita atender de manera adecuada, una complicación no prevista.

En segundo lugar, con casi el 10% de los casos, aparece la especialidad de Medicina Interna y otras especialidades médicas. Es importante anotar que en este grupo se incluyen actos médicos que no fueron necesariamente realizados por médicos especialistas, ya que muchos de ellos corresponden a atenciones de urgencias brindadas por médicos generales o especialistas que tienen el deber de brindar la atención inicial. Los pacientes que requieren ser atendidos por problemas médicos son muy heterogéneos y usualmente son vistos por médicos de muy diversas especialidades.

Muy diferente es la situación de la atención obstétrica, que aparece en tercer lugar en la tabla 4 con 8.27% de los casos, en donde usualmente la atención de estos pacientes es brindada por especialistas. Algunos pocos casos, usualmente en situaciones de emergencia o en servicios prestados en áreas distantes de las ciudades en el área rural, la atención es realizada por médicos generales. Si a los casos de obstetricia le sumamos los de ginecología, usualmente atendidos por los especialistas, la proporción alcanza aproximadamente un 12%, pasando a ser la Ginecología y Obstetricia, la especialidad que genera el segundo mayor número de procesos ético-médico-disciplinarios, después de la cirugía estética.

Otras especialidades, particularmente de tipo quirúrgico, como Ortopedia (4.42%), Cirugía General (4.04%), Urología (2.88%), Anestesiología (2.5%), Oftalmología (2.31%), y la Psiquiatría (2.12%) generan procesos disciplinarios con menor frecuencia, pero ilustran de manera general, las especialidades que por sus características podrían tener mayor riesgo de demandas entre los profesionales que las ejercen.

Es importante reflexionar sobre el *item* que aparece en las tablas 4 y 5, como “Otros asuntos no relacionados con el ejercicio de la especialidad” y que corresponden a 11.15% de los procesos. Casi la mitad de ellos, son denuncias por delitos sexuales cometidos por médicos en ejercicio de su profesión, falta grave que acarrea la máxima sanción por parte del TNEM que, además de acuerdo con lo establecido por la ley, ordena traslado de las copias del proceso a la Fiscalía con el fin de que la justicia ordinaria investigue también y si es del caso sancione ejemplarmente al médico delincuente. Otra proporción importante de los casos que se incluyen en este mismo *item* corresponde a falsedad de documentos, falta a la que algunos médicos son proclives cuando certifican falsas incapacidades con fines laborales, certificados que no corresponden con el estado de salud de la persona o incluso, falsos certificados de defunción. También ocurre, la presentación de falsos títulos de especialistas. Estas faltas son consideradas muy graves y las sanciones impuestas por el tribunal deben ser ejemplares.

La Ley 23 de 1981 tiene 94 artículos. No todos son susceptibles de ser vulnerados; además, en temas específicos no previstos por la mencionada Ley, el artículo 82 de la misma hace remisión explícita al Código de Procedimiento Penal. Durante el período de los cinco años presentados en este estudio, se encontraron 661 vulneraciones contra 39 de los 94 artículos

de la Ley 23 de 1981 (imputación jurídica). Algunos de ellos no generan denuncias contra los actos médicos ya que se refieren a algunos aspectos procedimentales o se relacionan con el funcionamiento de los mismos tribunales o al establecimiento de los requisitos que se deben cumplir para ejercer la labor de magistrado.

Como era de esperarse, la imputación jurídica corresponde a un número elevado de artículos vulnerados dado que un solo acto médico, particularmente en los actos médicos complejos como son la mayoría, se pueden vulnerar varios artículos de la Ley de Ética Médica; es decir, un acto médico, que generalmente comprende una sucesión de conductas, puede vulnerar varios artículos de la norma y con frecuencia los profesionales son investigados y sancionados por la violación de varios artículos de la misma ley. Como se observa en la tabla 6 y en la figura 2, las sanciones impuestas, con mayor frecuencia se deben a la vulneración de los artículos 15 (22.39%), 10 (15.73%) y 34 (10.29%) de la Ley 23 de 1981.

El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 establece lo siguiente:

*“ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.*

*Conc. D. 3380/81. Art. 9. "Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico – patológicas del mismo".*

Este artículo tiene dos componentes bien definidos: el primero, enfatiza que el médico en ejercicio de su actividad profesional no expondrá al paciente a riesgos injustificados. El segundo componente de este mismo artículo se relaciona con el consentimiento informado por parte del paciente, requisito necesario para permitir el ejercicio de su autonomía y, cuyo principio debe el médico preservar, siempre y cuando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realiza su actividad lo permitan.

Por otro lado, el artículo 10 de la Ley 23 de 1981 establece:

*“ARTICULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.*

**PARAGRAFO:** *El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.*

**Conc. D. 3380/81. Art. 7.** *"Se entiende por exámenes innecesarios o tratamientos injustificados:*

*a) Los prescritos sin un previo examen general.*

*b) Los que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente".*

Por diversos motivos es frecuente, particularmente durante la atención en los servicios de urgencias, pero también dentro de la práctica ambulatoria en las actuales circunstancias de funcionamiento del sistema de salud, que el médico no dedique suficiente tiempo a la atención del paciente, por lo que la evaluación de su estado de salud y los pasos que se derivan de dicho acto, como la impresión diagnóstica, los exámenes de laboratorio, los procedimientos y la prescripción a seguir, no sean los adecuados a las condiciones del paciente. Estas situaciones dan la sensación de que el galeno se preocupa o se ve obligado más a cumplir con el diligenciamiento de una serie de documentos, que con dedicarle más tiempo a la evaluación que requiere el enfermo.

Finalmente, el artículo 34 de la Ley 23 establece:

**"ARTICULO 34.** *La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente en los casos previstos por la Ley.*

**Conc. D. 3380/81. Art. 23.** *"El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de ésta".*

La historia clínica elaborada por el médico constituye un registro de su actuación y corresponde al relato de eventos y al registro de los hallazgos del paciente, que permite a quien recibe y procesa la información, entregar una opinión científica o impresión diagnóstica y con base en ella, solicitar estudios complementarios e iniciar un tratamiento.

En la historia clínica se deja constancia de los pasos que se siguieron para llegar a esa opinión; de allí la importancia de realizar una descripción exhaustiva y ordenada de los hechos, con el objeto de aportar el mayor número de datos para poder llegar a conclusiones válidas. Además de su carácter científico e investigativo, la historia clínica adquiere carácter docente, cumple funciones que permiten tomar decisiones de índole administrativo y tiene profundas implicaciones médico-legales.

Por lo anterior, la realización de una historia clínica completa es una práctica obligatoria, ya que es un documento irremplazable, pertenece al paciente y debe ser objetiva y veraz, es decir debe describir las situaciones como fueron, libre de especulaciones.

Así como la historia clínica puede constituirse en la mejor prueba para la defensa del médico ante una denuncia, su deficiencia o ausencia pueden servir para soportar su sanción.

El último aspecto, motivo de análisis en el presente estudio, tiene que ver con la procedencia u origen de los procesos que llegaron al TNEM. Como se ha mencionado, este tribunal en la mayoría de las veces actúa como superior o de segunda instancia, siendo los tribunales seccionales los jueces de nivel inferior o de primera instancia.

En la actualidad, existen veinte (20) tribunales seccionales en el país; la procedencia de los procesos, son en buena parte, un reflejo de la concentración de los médicos que existe en los diferentes entes territoriales, aunque también podría obedecer a una mayor diligencia y agilidad en los procesos o un mejor conocimiento de la norma por parte de los interesados, en dichas regiones.

Como se observa en la tabla 7 y en la figura 3, la mayor proporción de procesos que recibe el TNEM proceden del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia (13.47%), seguido por el del Atlántico (11.39%) y el de Bogotá D.C (10.06%). Le siguen otras regiones como Valle del Cauca, Caldas, Meta y Cundinamarca.

Es importante señalar que los Tribunales de Antioquia, Atlántico y Bogotá tienen jurisdicciones en los que hay diferentes niveles de complejidad en la atención en salud; existen otros tribunales que cubren varias áreas geográficas como, por ejemplo, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar que tiene jurisdicción sobre Cartagena y los Departamentos de Bolívar, Córdoba, Sucre, y San Andrés y Providencia.

El Tribunal de Ética Médica de Boyacá es el más recientemente creado, lo cual explicaría por qué no hubo caso alguno en el TNEM procedente de este tribunal durante el periodo analizado.

## **Conclusiones.**

A partir de la expedición de la Ley 23 en el año de 1981, se viene observando un creciente número de demandas a medida que transcurre el tiempo. En los últimos cinco (5) años, entre 2015 y 2019, se concentraron casi el 30% de todas las sentencias proferidas en la historia del TNEM.

Siendo el TNEM un tribunal de apelaciones o de segunda instancia, la decisión que con mayor frecuencia produce es sancionar al acusado, ratificando aquella proferida por los Tribunales Seccionales o imponiendo la suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por un tiempo superior a seis meses, cuando se remite el proceso para imponer sanción mayor de acuerdo con su competencia.

Los actos médicos que llevan con mayor frecuencia a denuncias y sanciones se asocian con procedimientos de cirugía estética; sin embargo, en la mayoría de los casos se ha observado que dichos procedimientos han sido realizados por profesionales que no han obtenido el título de Especialista en Cirugía plástica: Reconstructiva y Estética.

Los artículos de la Ley 23 de 1981 más frecuentemente vulnerados y que acarrear sanciones por parte de los tribunales de ética médica son el 15, el 10 y 34, que se relacionan con someter al paciente a riesgos injustificados, fallas en la obtención de consentimiento informado relacionadas con una inadecuada información brindada a los pacientes sobre los actos médicos que se van a realizar, con no dedicar el tiempo necesario para realizar un diagnóstico y establecer la terapéutica correspondiente, y con fallas en la elaboración de la historia clínica del paciente.

Finalmente, aunque en la actualidad existen veinte (20) tribunales seccionales en el país, una tercera parte de los procesos que llegaron al TNEM durante los últimos cinco años proceden de los tribunales de Antioquia, Atlántico y Bogotá D.C.

Las demandas contra los médicos ocurren con mayor frecuencia en donde hay mayor concentración de profesionales, como son las grandes ciudades del país.

**Lecturas recomendadas**

1. Blas Orban C. El equilibrio en la relación Médico paciente. Barcelona. J. M. Bosch Editor. 2006.
2. Castaño de Restrepo MP. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad Médica. Editorial Temis. Bogotá. 1997.
3. Ciccone L. Bioética. Historia, principios, cuestiones. Editorial Palabra. Madrid 2005.
4. Congreso de la República. Ley 100 de 1993 (Diciembre 23). Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
5. Congreso de la República. Ley 23 de 1981 (Febrero 18). Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica.
6. Congreso de la República. Ley 30 de 1992 (Diciembre 28). Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior.
7. Constitución Política de Colombia. 1991.
8. Criado Del Rio MT, Seosane Prado J. Colex. Aspectos Médico-legales de la Historia Clínica. Editorial Colex. Madrid. 1999.
9. Decreto 3380 de 1981 (noviembre 30). Diario Oficial No. 35.914, del 30 de noviembre de 1981 Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.
10. Garriga Domínguez A, Álvarez González S. Historia Clínica y protección de datos personales. Editorial Dykinson. Madrid. 2011.
11. González Morán L. De la bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Editorial Dykinson M. Madrid. 2015.
12. Guzmán Mora F, Franco Delgadillo E, Saavedra Rojas E. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomos I a III. Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre. 1ª. Edición, Bogotá. 2006.

13. Guzmán Mora F, Franco Delgadillo E. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá. 2004.
14. Luna Yerga A. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Editorial Thomson Civitas. 2004.
15. Ministerio de Salud. Resolución No. 1995 de 1999 (Julio 8). Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.
16. Monsalve V, Navarro D. El consentimiento informado en la praxis Médica. Editorial Temis. Bogotá. 2014.
17. Ramos González S. Responsabilidad civil por medicamento. Editorial Civitas. Madrid. 2004.
18. Sánchez Carazo, C. La intimidad y el secreto Médico. Editorial Díaz de Santos. Madrid. 2000.
19. Sánchez Noelia de Miguel. Secreto Médico, confidencialidad e información sanitaria. Editorial Pons. Madrid. 2002.
20. Sarrato Martínez L. La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento. Editorial Aranzandi. Navarra. 2014.
21. Sgrecia E. Manual de Bioética. Editorial Diana. México. 1996.
22. Urrutia AR, Urrutia DM, Urrutia CA, Urrutia GA. Responsabilidad médicolegal de los anestésistas. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2009.

## CONSENTIMIENTO INFORMADO

***“PARA AQUELLO QUE NO LE ATAÑE MÁS QUE A ÉL, SU INDEPENDENCIA ES, DE HECHO, ABSOLUTA. SOBRE SÍ MISMO, SOBRE SU CUERPO Y SU ESPÍRITU, EL INDIVIDUO ES SOBERANO.”*** *Jhon Stuart Mill J. “Sobre la libertad. Madrid, Orbis. 1985.*

***“ESTAR ENFERMO NO SIGNIFICA UNA RENUNCIA A LA PROPIA MAYORÍA DE EDAD, PARA PONERSE INFANTILMENTE EN LAS PATERNALES MANOS DEL MÉDICO QUE LE GUÍA”.*** *Galo, J., 1986; Simón Lorda, P.*

***“TODO SER HUMANO EN EDAD ADULTA Y EN SU SANO JUICIO TIENE DERECHO A DETERMINAR LO QUE SE DEBE HACER CON SU CUERPO. EL CIRUJANO QUE REALICE UNA OPERACIÓN SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ENFERMO, COMETE UNA AGRESIÓN POR CUYOS DAÑOS ES RESPONSABLE”*** *Juez Cardozo. Sentencia Schlöndorff v. contra la Gerencia del Hospital de Nueva York.*

*Edgar Saavedra Rojas.*

## BREVE HISTORIA DEL NACIMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La historia de la relación médico paciente la podemos dividir en dos grandes modelos, el primero conocido como el del paternalismo, según el cual, por la superior formación técnica y moral del médico, le permitía tratar al paciente investido de la “autoridad de Esculapio”.

“Se creía que una persona en estado de sufrimiento no era capaz de tomar una decisión consciente, libre y lúcida sobre su tratamiento puesto que se consideraba que la enfermedad no sólo afectaba a su cuerpo, sino también, a su alma, debilitando sus “potencias” y, sobre todo, la voluntad del enfermo para tomar las decisiones más adecuadas para restablecer su salud. Así, se recuerda cómo la palabra del enfermo proviene del *latín* “*infirmus*”, que significa sin firmeza, débil, referido no solo a la fuerza física, sino también a la espiritual o moral. De este modo, se señala que el médico ostentaba un papel similar al del tutor *mientras* que el enfermo, el paciente, era considerado como un menor que debía ser dirigido durante su enfermedad prescindiendo de su opinión y de su consentimiento”.<sup>1</sup>

Agradezco al Dr. M.D. Ariel Iván Ruiz Parra, por su invaluable colaboración en la elaboración de este escrito, por sus valiosos comentarios, el asesoramiento en la parte médica y sus consejos siempre escuchados. El Dr. Ruiz Parra es actualmente magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica, gineco-obstetra, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional y ex decano de la misma.

En el derecho inglés, en el siglo XVIII, parece que los cirujanos tenían por costumbre no operar a sus pacientes sin su consentimiento.

“Históricamente, la regla de que el médico debe obtener el consentimiento de su paciente antes de estar legalmente legitimado para comenzar el tratamiento se remonta a un caso inglés del siglo XVIII, el caso “*Slater v. Baker & Stapleton*” (año 1767) en el que se sostuvo la responsabilidad de dos médicos por haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del paciente”.<sup>2</sup>

En EE.UU. la primera manifestación jurisprudencial del consentimiento aparece en 1878 en la Corte de Apelaciones de Nueva York:

“...según la cual la falta de revelación de peligros inminentes derivados de un procedimiento médico constituían una conducta negligente del profesional, desde el tratamiento de la cuestión del consentimiento informado en el *leading* case “*Schölondorff v. Society of New York Hospital*” resuelto por la misma Corte de Nueva York en abril de 1914, el concepto no ha dejado de evolucionar. En esta sentencia se estableció con claridad, que todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente.

---

<sup>1</sup> El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente. Pablo Guérez Tricarico, Pág. 157. E. Civitas, homson Reuters. Pamplona 2012.

<sup>2</sup> La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Elena I. Highton, Sandra M Wierzba, Pág. 22, E. Ad Hoc, Buenos Aires. 1991.

Los hechos se producen cuando una señora ingresó a esa institución hospitalaria en 1908 con problemas abdominales; luego de algún tiempo de tratamiento, un médico descubrió que tenía lo que luego se comprobó era un fibroma.

Los médicos le informaron que solo se podría saber la naturaleza del tumor por la realización de un examen invasivo, a lo que consintió la señora, no sin antes advertirles a los cirujanos y a una enfermera que no quería ser operada. Pese a lo anterior fue operada y se le extrajo el tumor. Posteriormente desarrolló una gangrena en un brazo y fue necesario amputarle algunos dedos, sufriendo además de fuertes dolores y sufrimientos.

La señora demandó al hospital por considerarlo responsable de sus males y la Corte consideró que en ese caso no se discutía una responsabilidad por negligencia, sino la existencia de una fuerza o violencia directa de los médicos en contra de la paciente.

Los argumentos que se dieron en esta decisión constituyen el antecedente de toda la doctrina del consentimiento informado, que obviamente ha evolucionado de manera determinante:

- a. Que el daño involucrado no se basa únicamente en negligencia sino en violencia o fuerza en la invasión al cuerpo de la paciente;
- b. Que todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo;
- c. Que un cirujano que practica una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, un atentado con fuerza contrario a la ley, por el cual responde, debiendo hacerse cargo de la reparación de los perjuicios.
- d. Que ello es así, a excepción de los casos de urgencia en los cuales el paciente se halla inconsciente y es necesario operar antes de que sea posible obtener el consentimiento.
- e. Que el hecho que el daño aquí reclamado se funde en una fuerza directa o violencia y no en una negligencia, distingue este caso de la mayoría de los precedentes.<sup>3</sup>

Comentando la misma sentencia Engelhardt, sostiene:

“Sin embargo, en la opinión del juez Cardozo, en el caso de 1914, Schlöndorff contra la gerencia del Hospital de Nueva York, encontramos una valiente conclusión a favor de derecho del paciente a consentir o a rechazar el tratamiento, fundamentándolo en el paciente como fuente de autoridad. “Todo ser humano en edad adulta y en su sano juicio tiene derecho a determinar lo que se debe hacer con su cuerpo. El cirujano que realice una operación sin el consentimiento del

---

<sup>3</sup>La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Elena I. Highton, Sandra M Wierzba, Pág. 23 y 24, E. Ad Hoc, Buenos Aires. 1991.

enfermo, comete una agresión por cuyos daños es responsable”. Esta sentencia viene a situar en su justo punto el carácter del debate sobre el consentimiento libre e informado, al destacar el derecho del individuo a consentir el tratamiento, aunque sea de forma restringida, al reconocerlo únicamente en los adultos en su sano juicio. Como veremos más adelante, no fue fácil para los tribunales aceptar este derecho sin fijarle limitaciones, incluso en adultos competentes.”<sup>4</sup>

El paternalismo es definido por Gracia Guillén de la siguiente manera:

“El rechazo a aceptar o a consentir los deseos, opciones y acciones de las personas que gozan de información suficiente y capacidad o competencia adecuada, por el propio beneficio del paciente.”<sup>5</sup>

Por su parte, Beauchamp, define el paternalismo como:

“La limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada.”

La segunda etapa es precisamente la del consentimiento informado, que comienza a gestarse a partir de los fallos judiciales antes mencionados y que tiene su fundamento en la libertad y autonomía de los seres humanos, que en ejercicio de la misma pueden disponer o aceptar qué se puede hacer con su cuerpo y su salud.

## **1. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA, EL DEL PACIENTE Y LA TEORÍA DEL DELITO.**

Antes de entrar en la temática que nos congrega, para mejor comprensión del problema, debemos realizar algunas consideraciones sobre la teoría del delito, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la responsabilidad penal, y la ausencia de esta, por justificación de la conducta.

Y es menester hacer estas reflexiones, porque todo el fundamento del consentimiento informado, deriva de la ausencia de responsabilidad penal, por justificación de la conducta, de un lado por el ejercicio de una actividad lícita, la medicina; en ocasiones en el cumplimiento de un deber, o por

---

<sup>4</sup> Los fundamentos de la bioética. H. Tristram Engelhardt, Pág. 327, E. Paidós. Barcelona, 1995.

<sup>5</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés, Pág. 47. E. Civitas. Madrid, 2001.

actuarse con el consentimiento válidamente emitido por el titular del bien jurídico, en el caso en que se pueda disponer de dicho derecho.<sup>6</sup>

Lo cierto de la medicina, es que en el ejercicio de la misma, se realizan de manera permanente conductas típicas, es decir conductas definidas como delictivas en el código penal; pero pese a ser típicas no generan responsabilidad penal, bien por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad.

La anterior afirmación parece muy fuerte, en cuanto que se le está diciendo a los miembros del cuerpo médico que con mucha frecuencia en el ejercicio de su profesión realizan conductas típicas, es decir, definidas en el Código Penal como delictivas.

Las lesiones personales están definidas en el artículo 111 del Código Penal como la conducta de un sujeto activo que le ocasiona a otro “daño en el cuerpo o en la salud”.

Las lesiones personales desde la perspectiva de la culpabilidad se pueden consumir por medio de conductas dolosas<sup>7</sup> y culposas.<sup>8</sup>

---

**6 ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.** No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. **Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.**
3. **Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.**
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. **Se obre en legítimo ejercicio** de un derecho, **de una actividad lícita** o de un cargo público.

(...) (Lo destacado no lo es en el texto).

**7 ARTICULO 111. LESIONES.** El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

**ARTICULO 119. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA.** Artículo modificado por el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007. Ver Legislación anterior para texto vigente antes de esta fecha. El nuevo texto es el siguiente: Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concorra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Inciso modificado por el artículo 4 de la Ley 1761 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:

Por su parte el artículo 103 de la misma codificación tipifica el homicidio “como el que matare a otro”.

El homicidio en el ámbito de culpabilidad puede consumarse por medio comportamientos dolosos,<sup>9</sup> culposos<sup>10</sup> y preterintencionales.<sup>11</sup>

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años o en mujer por el hecho de ser mujer, las respectivas penas se aumentarán en el doble.

**<sup>8</sup>ARTICULO 120. LESIONES CULPOSAS.** El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

**<sup>9</sup>ARTICULO 103. HOMICIDIO.** El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

**ARTICULO 104. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION.** La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. Numeral CONDICIONALMENTE exequible. Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, “...en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo”.

2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes

3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.

4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

5. Valiéndose de la actividad de inimputable.

6. Con sevicia.

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

8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

10. Aparte tachado INEXEQUIBLE. Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley

culpabilidad puede consumarse por medio comportamientos dolosos,<sup>12</sup> culposos<sup>13</sup> y preterintencionales.<sup>14</sup>

1426 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical ~~legalmente reconocida~~, político o religioso en razón de ello.

<sup>10</sup>**ARTICULO 109. HOMICIDIO CULPOSO.** El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis puntos sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

**ARTICULO 110. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA PARA EL HOMICIDIO CULPOSO.** Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1326 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La pena prevista en el artículo anterior se aumentará:

1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

3. Si al momento de cometer la conducta el agente no tiene licencia de conducción o le ha sido suspendida por autoridad de tránsito, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad.

4. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

5. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

6. Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 1696 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1o o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria.

<sup>11</sup>**ARTICULO 105. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.** El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad.

<sup>12</sup>**ARTICULO 103. HOMICIDIO.** El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

**ARTICULO 104. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION.** La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible. Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: En los cónyuges o compañeros

Hemos hecho las anteriores transcripciones a nivel de citas para explicar nuestra precedente afirmación, pues es una realidad, que particularmente

permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. Numeral declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '...en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo'".

2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.

3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.

4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

5. Valiéndose de la actividad de inimputable.

6. Con sevicia.

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

8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

10. Aparte tachado **INEXEQUIBLE**. Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 1426 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: > Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, político o religioso en razón de ello.

**13 ARTICULO 109. HOMICIDIO CULPOSO.** El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis puntos sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

**ARTICULO 110. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA PARA EL HOMICIDIO CULPOSO.** Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1326 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La pena prevista en el artículo anterior se aumentará:

1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

3. Si al momento de cometer la conducta el agente no tiene licencia de conducción o le ha sido suspendida por autoridad de tránsito, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad.

en el ámbito de la cirugía, el médico debe realizar incisiones en el cuerpo de los pacientes para practicar una intervención quirúrgica; esas heridas desde la perspectiva típica son verdaderas lesiones si atendemos la definición que sobre tal conducta nos ofrece el Código Penal, y en muchas ocasiones los pacientes por diversas complicaciones mueren en el mismo acto quirúrgico, o en el período postoperatorio y esos son verdaderos homicidios de conformidad con el código penal.

La diferencia entre los médicos y los delincuentes que lesionan y asesinan a sus semejantes, es que los médicos actúan con el propósito de la beneficencia, mientras que los delincuentes lo hacen con el propósito de herir o de matar. Es evidente que, siendo conductas semejantes, la conducta del médico no es punible, porque su comportamiento no está revestido de antijuridicidad, ni de culpabilidad.

Es preciso sí aclarar que el médico puede actuar intencionalmente con el ánimo de vulnerar la ley, cuando actúa profesionalmente para inducir un aborto en Colombia, sin que se cumplan las causales previstas en la ley colombiana, o cuando en su actividad actúa con negligencia, impericia o imprudencia, casos en los cuales asume responsabilidad disciplinaria y penal.

Más adelante, en este texto citamos un caso, en el que médicos rusos amputaban los miembros a los niños pordioseros, para que quienes los explotaban sacaran mayores ganancias, al suscitar un mayor sentimiento de piedad y conmiseración por esos pobres desafortunados, así como el

---

4. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

5. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

6. Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 1696 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1o o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o química, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria.

<sup>14</sup> **ARTICULO 105. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.** El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad.

comportamiento “investigativo” no ético de los médicos de Tuskegee” en Alabama, USA, relacionado con la historia natural de la sífilis, quienes durante cuarenta años, -1932 a 1972-, dejaron morir a sus pacientes y condenaron a los descendientes con esta herencia, porque les interesaban muertos, es preciso destacar que en ese momento existía el medicamento para combatir la enfermedad pero no se los proporcionaban, porque les interesaba hacer las necropsias y evidenciar los efectos que la enfermedad producía en todo el organismo de los pacientes que lamentablemente fueron incluidos sin consentimiento en esta investigación.

La existencia de toda sociedad organizada depende de la vigencia y del ejercicio racional y adecuado del *ius puniendi* por parte del Estado, entendiéndose por tal, la facultad preventiva, perseguidora, de investigación y sancionadora, contra todos aquellos que realicen conductas previamente reprochadas por el legislador, que vulneren o pongan en peligro las condiciones mínimas de convivencia social.

El ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado se inicia con la selección de una serie de conductas, que, de conformidad con los valores, principios, creencias, expectativas y esperanzas de la mayoría de la Nación, vulneran o ponen en peligro la coexistencia pacífica de la comunidad, la seguridad y subsistencia del Estado, o por la afectación de los derechos fundamentales de la persona. Esta selección por medio de la cual se reprochan las conductas por poner en peligro al Estado, la Nación o el individuo, se conoce como Código Penal, en el que se describen de manera inequívoca las conductas que en caso de ser consumadas, sus autores se hacen acreedoras a una pena.

Pero para que una conducta de las seleccionadas pueda ser objeto de represión,<sup>15</sup> además de estar previamente descrita en la ley debe ser típica,<sup>16</sup> antijurídica,<sup>17</sup> y culpable.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> **ARTICULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE.** Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

<sup>16</sup>**ARTICULO 10. TIPICIDAD.** La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

La descripción gramatical que el legislador hace de estas conductas debe ser inequívoca, es decir, tan claramente descrita, que todas las personas sepan cuáles son las conductas de prohibida realización, tiene que ser una definición perfecta, que no de lugar a equívocos o malos entendidos, porque con ella se pretende cumplir con el deber del estado de la publicación de las leyes, para que todos los ciudadanos sepan cuáles son las conductas que pueden realizar y cuáles son las prohibidas.

En el tema que convoca nuestra atención, para que la conducta sea considerada como delictiva, debe ser antijurídica; es decir, debe contrariar, poner en peligro o vulnerar un derecho jurídicamente tutelado, porque conlleva el desconocimiento de uno de esos valores fundamentales para la subsistencia del Estado, de la colectividad, de la persona y de sus derechos.

La antijuridicidad como uno de los elementos del delito, requiere que el sujeto activo del delito, sea consciente de que la conducta que realiza, la dirige para vulnerar un derecho jurídicamente protegido y, a pesar de dicho conocimiento, la ejecuta y finalmente viola o vulnera ese derecho, o lo pone en peligro. Es decir, el sujeto activo del delito debe actuar con la conciencia de que está realizando algo indebido, algo que tiene reproche penal.

Además de estar la conducta definida como delictiva, el autor de la misma, la realiza con el conocimiento de que está vulnerando o poniendo en peligro un derecho jurídicamente tutelado, sabe que debe respetar la vida y la integridad personal, pero pese a ese conocimiento dirige su conducta para ocasionar la muerte de esa persona, o para ocasionarle un daño en la salud, en su integridad física o psicológica.

Pero el legislador ha reconocido ciertos casos en los que pese a que se desconoce o vulnera un derecho jurídicamente protegido, la conducta se justifica, -es decir, no genera responsabilidad penal -, porque el sujeto activo de la conducta, no actúa con el propósito de ocasionar ni de vulnerar

---

<sup>17</sup> **ARTICULO 11. ANTIJURIDICIDAD.** Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

<sup>18</sup> **ARTICULO 12. CULPABILIDAD.** Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

un derecho legalmente protegido, sino que, por el contrario, la conducta se realiza con el propósito de ocasionar un beneficio, se actúa buscando la beneficencia, que es lo que sucede de manera concreta con el ejercicio de la medicina. En otras ocasiones, a pesar, de querer realizar la conducta típica, no la realiza con ánimo de dañar, sino de beneficiar la vida y la salud del paciente, y esa conducta típica la ejecuta en relación con una conducta permitida, tal como sucede con la práctica de deportes de contacto, como es el caso del que, en la práctica de un deporte, ocasiona una lesión a un contrario, o incluso la muerte, como lamentablemente ha ocurrido en muchas ocasiones en el boxeo.

Igualmente se justifica la conducta, cuando la misma se realiza para repeler un ataque, que vulnera o pone en peligro sus derechos, o cuando se actúa para proteger un derecho propio o ajeno de un peligro grave, que no ha sido creado intencionalmente por la persona.

En igual situación se encuentra la conducta del médico, que primero que todo realiza una actividad profesional autorizada por el Estado, y en segundo lugar, porque no actúa con el propósito de vulnerar un derecho ajeno legalmente protegido, porque cuando el cirujano ocasiona una incisión al paciente, lo hace con una clara intención de beneficencia, y nunca con la de ocasionar un daño a la persona a la que le realiza la intervención quirúrgica; o la toxicidad que se produce con la quimioterapia al paciente que es tratado de cáncer, con propósito curativo.

No sobra recordar, que el médico siempre debe actuar en el ejercicio de su profesión, con el previo consentimiento del paciente, emitido libremente por persona capaz, en relación con derechos de los que puede disponer.

Esas hipótesis son típicas, en cuanto a que en principio están definidas legalmente como delitos, pero se trata de conductas excluidas de antijuridicidad, no producen daño, y el galeno actúa sin dolo, es decir, sin el propósito de ocasionar un perjuicio, y cuando el daño se ocasiona, porque el paciente no mejora, sino que se agrava su estado de salud, o cuando como consecuencia de la intervención quirúrgica fallece, tampoco habrá lugar a responsabilidad por ausencia de intención dañina, puesto que el médico siempre actúa en busca de beneficios para el paciente, nunca con el propósito de lesionar, ocasionar la muerte o cualquier otro perjuicio a la salud del paciente.

Lo anterior siempre que la conducta del médico quede enmarcada dentro de la *lex artis*, porque la culpa en sus diversas manifestaciones, por falta de idoneidad profesional, -impericia-, negligencia o imprudencia, pueden llevar a un profesional de la salud a una situación de responsabilidad penal, civil o disciplinaria.

De conformidad con las precedentes consideraciones, el legislador ha creado una serie de causales que conducen a la ausencia de responsabilidad penal por actuarse con ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, son las siguientes:

**“1. *Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.***

**2. *Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.***

(...)

**4. *Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.***” (...). (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que la situación del médico en el ejercicio de sus diversos roles profesionales encaja a la perfección, en el primero de los numerales antes transcritos, puesto que siempre la conducta del médico, profesionalmente hablando debe estar precedida por el consentimiento válida y libremente expresado por el paciente, siempre y cuando, ese consentimiento se dé, respecto de bienes o derechos jurídicamente disponibles.

Pero bien se sabe que, en ciertas circunstancias de urgencia o emergencia, es imposible obtener el consentimiento del paciente, casos en los cuales la conducta del médico se ubicaría dentro del numeral 4º de la enumeración precedente, en cuanto a que el médico en tales situaciones estaría en el legítimo ejercicio de una actividad profesional lícita, o se sobreentiende que se actúa con un consentimiento tácito de parte del paciente.

Igualmente, la conducta médica encajaría en el cumplimiento de un deber, cuando debe atender a un lesionado que se encuentra en la calle, a la persona que ha sufrido un ataque, o la señora que tiene el parto en un medio de transporte, como ha ocurrido en varias ocasiones, en los aviones o en los taxis.

Es importante destacar los elementos exigidos por el legislador para que los jueces puedan reconocer el consentimiento de la víctima, como una causal de justificación, esto es, de ausencia de antijuridicidad; ellos son:

- a) El consentimiento válidamente emitido por el titular del bien jurídico y
- b) Que se trate de bienes jurídicos de los que su poseedor pueda disponer.

De la primera de las exigencias surge necesariamente que quien consiente, sea persona legalmente capaz para disponer de un bien, del que legalmente puede hacerlo, es decir, que sea mayor de edad, que no padezca enfermedad mental, ni de intoxicación por medio de cualquier sustancia química que afecte la capacidad de comprensión y de voluntad; que haya sido libremente emitido, es decir, que no haya sido objeto de coacción, error grave, ni de inducción engañosa para darlo; y en tratándose de menores, o de personas discapacitadas mentalmente, sea emitido con el sistema de ayudas previsto en la Ley 1996 de 2019, o por quien ejerza su representación legal.

Hoy como consecuencia de la ratificación de la “Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por medio de la Ley 1346 de 2009, y posteriormente complementada por la Ley 1996 de 2019, “ Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”, han de tenerse en cuenta las previsiones de estas dos leyes, entre las que se encuentran los apoyos y salvaguardias para la realización de actos jurídicos por parte de estas personas.

En relación con el segundo condicionamiento, que se trate de bienes de los que pueda disponerse, porque bien se sabe que existen derechos irrenunciables o indisponibles, como es la vida, someterse a procesos investigativos que no tengan como objetivo la beneficencia, (no dañar), ni el mejoramiento estético, o el caso de la donación de órganos únicos, excepto el caso del hígado, del cual se puede trasplantar una parte. Y es claro, que en muchos casos de enfermedades graves, que no han respondido a ningún tratamiento médico, que la única alternativa es la cirugía y se trata de intervenciones muy complejas, en las que el evento muerte siempre estará presente, casos en los cuales el consentimiento debe ser muy preciso y claro en relación a los riesgos, peligros y posibles consecuencias fatales de la misma, al igual que las secuelas que podrían sobrevenirse como consecuencia de la intervención.

Como consecuencia del principio de libertad y de autonomía que tiene todo ser humano, es claro que puede disponer de su propia vida o rechazar cualquier tratamiento médico o quirúrgico. El suicidio, o su tentativa, nunca han sido delitos entre nosotros, pero si se constituye en actividad delictiva, la inducción al suicidio, al igual que toda colaboración o ayuda para que otra persona se suicide. De allí los grandes debates que se han dado y que se seguirán dando, en relación a la desconexión de los aparatos médicos que ayudan a mantener la vida, de quienes por diversas circunstancias han quedado en estado vegetativo.

El verbo “consentir”, significa “estar de acuerdo, aceptar, permitir”, del latín *consentire*, *consentir*, *estar de acuerdo*, *sentir juntos*”.<sup>19</sup>

En los tiempos más remotos del derecho penal, se consideró que la no punibilidad de la conducta delictiva derivada del consentimiento de la víctima, que se explicaba con la frase del jurista romano Ulpiano: “*Nulla injuria es quae volentem fiat*” (Digesto XLVII,10.1,15) o de manera simplificada: “*Volenti non fit injuria*”<sup>20</sup> (*A quien consiente no se le causa injusticia*).

Pierangeli, en referencia a esta frase sostiene que:

“La regla, no obstante, no tenía generalidad, y era aplicada exclusivamente en los delitos de naturaleza privada. Puede afirmarse, así, que ni en la época de su formulación ni en la actualidad la expresión pasó de tener una importancia jurídica muy limitada; aunque podría, por lo menos entre nosotros, tener más utilidad si la materia fuera susceptible de reglamentación en un principio general. Por tales motivos, y especialmente de cara a la moderna teoría del delito, el consentimiento del ofendido perdió gran parte de su significación.

*No obstante, el consentimiento del ofendido o del interesado, como prefieren algunos, continúa siendo uno de los institutos más apasionantes del Derecho Penal y una de las cuestiones más controvertidas, comenzando por su propia ubicación dentro de la teoría del delito.*”<sup>21</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

---

<sup>19</sup> Breve Diccionario etimológico de la lengua española, Guido Gómez de Silva, Fondo de Cultura Económica, pág. 184. México, 1995.

<sup>20</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Henrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 61, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

<sup>21</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Henrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 61, 62, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

Escríche en su conocido Diccionario nos indica el significado del vocablo “*consentimiento*” así:

*“La adhesión de uno a la voluntad de otro; o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento. El consentimiento es expreso o tácito: expreso es el que se manifiesta por palabras o señales; y tácito el que se infiere de los hechos. En todo contrato es necesario el concurso de dos voluntades, esto es, la proposición u oferta de una parte y la aceptación, mas esta no tiene ya lugar después del fallecimiento del proponente, porque la voluntad de formar un contrato, como inherente a la persona se extingue con ella.*

*El consentimiento, para ser válido, debe ser libre y voluntario; y se presume siempre voluntario y libre, mientras no se pruebe haber sido dado por error o arrancado con violencia, o sacado por dolo, engaño o ardíd ”.*<sup>22</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

El Diccionario de la Lengua en relación con el mismo término nos enseña:

“Acción y efecto de consentir. 2. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes. 3. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. **Informado**. m, Der. **Consentimiento** que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento.”.

Hemos querido hacer esta breve introducción para demostrarles a los miembros del cuerpo médico, que el consentimiento informado del paciente no tiene trascendencia y repercusiones solo en el ámbito de la ética profesional, sino que, por el contrario, es fundamental cuando el caso de un paciente se complica y surgen las demandas civiles y las posibles responsabilidades penales y disciplinarias, casos en los cuáles se ha de acudir al derecho penal, para defender los intereses del médico comprometido.

Igualmente es evidente que toda la problemática del consentimiento informado tiene su origen en el derecho penal, y de manera concreta en el concepto de la figura delictiva, y de sus elementos, la antijuridicidad, la culpabilidad y su ausencia.

Son diversas las opiniones y teorías que se han dado a lo largo de la historia, para explicar la no punibilidad de conductas típicamente reprochadas, pero que finalmente no se sancionan por ausencia de antijuridicidad, por el consentimiento válidamente emitido por la víctima, el ofendido, o el paciente según el caso.

---

<sup>22</sup> Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Don Joaquín Escriche. Garnier Hermanos, Libreros Editores, Paris, Sin fecha de edición

Feuerbach sostuvo que, si una persona podía renunciar a sus derechos por medio de una manifestación de voluntad, este consentimiento por parte del titular del derecho y perjudicado, eliminaba la posibilidad de la consumación de un delito. *Volenti non fit injuria*.

Precisa el mismo autor que si el derecho no es disponible, o si se trata de un incapaz, el consentimiento manifestado carece de efecto alguno, en tales circunstancias produce efectos jurídicos negativos para quien obtiene ese consentimiento viciado.<sup>23</sup>

La teoría del negocio jurídico, sostenida inicialmente por Zitelmann, y retomada posteriormente por Frank, surge de la interpretación del artículo 182 y siguientes, del Código Civil Alemán y trasladada luego al derecho penal. Es una teoría que funciona como lo hace la estructuración de un negocio jurídico privado.

Su autor sostiene que todas las acciones consentidas que estén de acuerdo con el derecho vigente, serían relevadas de responsabilidad, por ausencia de antijuridicidad penal, en base a las disposiciones de la gestión de negocios de la normatividad civil alemana. Pierangeli comentó la anterior posición teórica sostiene:

“La teoría del negocio jurídico parte del presupuesto de la existencia de derechos íntimos de la propia persona, derechos que llevan en sí la garantía de su uso y goce. Estos derechos reciben en la doctrina una variada nomenclatura: derechos de la personalidad, derechos originados en la propia personalidad, derechos individuales, que, en el campo del derecho penal, se enuncian como derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la honra.....”.

Los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la honra, y otros de naturaleza personal, son derechos absolutos con características especiales, y, aunque se alineen entre los derechos subjetivos, el consentimiento de su titular no es suficiente para retirar la característica de antijuridicidad al acto que los afecte.

En tales hipótesis, la naturaleza de esos bienes se sobrepone a la facultad de libre disposición de su titular. Se opera, de tal manera, una contradicción en esa libre disposición por parte del sujeto pasivo y las previsiones del orden jurídico-penal, que se oponen a la lesión o el riesgo de los bienes que protege. Quedan, por consiguiente, los bienes disponibles, reducidos a aquellos respecto de los cuales puede el consintiente resolver libremente, aun a costa de su pérdida, disminución o reducción; y, entre ellos, no se catalogan, evidentemente, los de naturaleza personal.

---

<sup>23</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 62, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

El consentimiento, en tales casos, no significa una simple manifestación de voluntad, sino un verdadero negocio jurídico, constituyendo una manifestación de voluntad del particular, desencadenante de un desorden de la situación jurídica previa, con la finalidad práctica de reconocer autoridad, facultad, licencia o autorización al destinatario, para que cumpla lo establecido.

Visto desde el punto de vista del que lo presta, el consentimiento importa la obligación de soportar la pérdida, la disminución o la exposición a peligro de pérdida o reducción del bien, a partir de la conducta (acción u omisión) del destinatario. Desde el punto de vista de este último, el consentimiento supone la adquisición de la facultad de llevar a cabo el acto consentido, acto que, muchas veces, se revela antijurídico.

.....

*Por la teoría del negocio jurídico quedarían justificadas las lesiones provenientes de la práctica de deportes especialmente violentos (boxeo, rugby), porque la exposición al peligro de sufrir lesiones graves o gravísimas, o -incluso- la muerte, por tratarse de un peligro remoto, no se verificarían durante el desarrollo normal ordinario de la práctica deportiva.*

*En cuanto al trasplante de órganos, como la cesión de una glándula para la reactivación de la actividad sexual, el consenso sería plenamente válido en caso de que el consintiente continuase en posesión de su facultad de procreación y mantuviese su personalidad natural”.*<sup>24</sup>

Otra teoría, es la de la acción jurídica, defendida por Bierling, al considerar que, si el titular de un derecho consiente en su pérdida, disminución o puesta en peligro, ha de considerarse como una acción lícita, porque al decir de Grispiigni, no resulta de la renuncia a la protección jurídica del bien, por parte del titular, sino del permiso otorgado para su afectación, momento a partir del cual dicho derecho dejó de estar jurídicamente tutelado.<sup>25</sup>

Beauchamp y Childress definen el consentimiento informado: “...*como una autorización autónoma del individuo para una intervención médica o para participar en una investigación, matizándose que el paciente sólo presta el consentimiento informado a una intervención cuando es capaz de actuar, recibe información completa, comprende la información y acepta la referida intervención*”.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 65 y ss, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

<sup>25</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 68, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

<sup>26</sup> Beauchamp, T.L. y Childress, J., Principles of Biomedices Ethics Oxford University Press, New York, 4<sup>a</sup> ed, 1994, págs. 142 a 146. Citado por Juan Méjica y José Ramón Díez, pág. 36 El Estatuto del Paciente. Ed. Thomson-Civitas. Navarra. 2006

La legislación sanitaria española en su artículo 3º define el consentimiento informado de la siguiente forma: “.. *la conformidad libre, voluntaria, y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”.<sup>27</sup>

## 2. La bioética y el consentimiento informado.

El Diccionario de la Lengua define este concepto de la siguiente manera:

“**Bioética**: Estudio de los problemas éticos originados por la investigación biológica y sus aplicaciones como en la ingeniería genética o la clonación.”.

El Diccionario Larousse ilustrado la define de la siguiente manera:

“**Bioética**: conjunto de principios y normas que regulan la actuación humana con respecto a los seres vivos.”.

Es preciso destacar que el concepto que nos da el Diccionario de la Lengua española sobre la nueva ciencia de la bioética es bastante elemental e incompleto y en relación con sus deficiencias debemos recordar lo que en el mismo sentido nos ofrece Elio Sgreccia al sostener que:

“...*bajo la denominación de bioética ha de entenderse también la ética médica propiamente dicha: por consiguiente, la bioética no es como una parte reciente y añadida de la ética médica sino como la ética que concierne a las intervenciones sobre la vida entendida en sentido extensivo, a fin de abarcar también a las intervenciones sobre la vida y la salud del hombre. Por lo demás, para poder avanzar, la medicina se vale hoy día cada vez más de la investigación básica en el ámbito biológico, vinculándose también en sentido social con el componente ambiental.*”<sup>28</sup>

Sin mencionar otros antecedentes, debe recordarse que quien crea el vocablo “**Bioética**”, en 1970 es el biólogo e investigador del cáncer Ralph van Rensselaer Potter, de la universidad de Wisconsin.

Sgreccia sostiene que Potter además de acuñar el término: “... definió de algún modo la nueva disciplina como la “...**combinación del conocimiento**

---

<sup>27</sup> El Estatuto del Paciente Juan Méjica y José Ramón Díez, pág. 36, 37, Ed. Thomson-Civitas. Navarra. 2006

<sup>28</sup> Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica. Elio Sgreccia, pág. 24. Biblioteca de autores cristianos. Traductores: Pablo Cervera Barranco, José A. Agejas Esteban, Rosario Gutiérrez Carreras, Ángela Pérez García y Lourdes Vásquez López. Madrid, 2009.

*biológico y el conocimiento del sistema de los valores humanos*”; consideraba así la bioética como un nuevo tipo de sabiduría que habría de indicar cómo emplear el conocimiento científico de cara a garantizar el bien social; la bioética, de este modo, debía de ser ciencia de la sobrevivencia (*science of survival*).

Por la misma época el nuevo vocablo fue utilizado también por el fisiólogo fetal y obstetra André Hellegers, quien en 1971 fundara con otros reconocidos científicos, el *Kennedy Institute of Ethics*, de la Universidad de Georgetown, en la ciudad de Washington. Precisamente en este instituto se publicó en 1978 la conocida *Encyclopedia of Bioethics*.

En esta publicación se da una definición de esta nueva disciplina como:

**“El estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esta conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”.**<sup>29</sup> (Lo destacado no lo es en el texto)

Para algunos pensadores el principio fundamental de la bioética es el de la autonomía de la persona; C. Viáfora citado por José-Román Flecha en relación con la autonomía de los pacientes sostiene:

*“Es el principio que regula las instancias éticas expresadas por el paciente que, en virtud de su dignidad como sujeto tiene derecho de decidir autónomamente si aceptar o rechazar lo que se trata de hacer con él, tanto desde un punto de vista diagnóstico como terapéutico”.*

En sentido similar se expresa el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina:

*“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.*<sup>30</sup>

Como una especie de conclusión en relación con la definición y contenido de la bioética debemos recordar el comentario histórico que hace

---

<sup>29</sup> Bioética. La ciencia de la vida. José-Román Flecha, pág. 47 y 48. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.

<sup>30</sup> Bioética. La ciencia de la vida. José-Román Flecha, pág. 50. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.

Sgreccia cuando recuerda la reunión realizada en Erice, en Sicilia en febrero de 1991, de un grupo de estudiosos, que elaboró un documento sobre el objeto de la bioética, y la relación de esta disciplina y la deontología y la ética médicas, documento que de conformidad con el pensamiento del autor citado retoma en gran parte los contenidos de la *Encyclopedia of bioethics* de 1978 y se reconoce la competencia de la bioética en cuatro ámbitos del conocimiento:

- a. Los problemas éticos de las profesiones sanitarias;
- b. Los problemas éticos que se plantean en el campo de las investigaciones sobre el hombre, aunque no sean directamente terapéuticas;
- c. Los problemas sociales inherentes a las políticas sanitarias (nacionales e internacionales), a la medicina del trabajo y a las políticas de planificación familiar y de control de la natalidad;
- d. Los problemas relacionados con la intervención sobre la vida de los demás seres vivos (plantas, microorganismos y animales) y, en general, lo que se refiere al equilibrio del ecosistema.<sup>31</sup>

Nos parece que tanto el pensamiento de los autores citados, como el de la normatividad internacional, olvidan que además de manifestarse la voluntad y el asentimiento por parte del paciente, es menester que se produzca cuando el objetivo buscando es el de la beneficencia de quien consiente.

El ya citado Sgreccia, con respecto a la relación médico-paciente, considera la labor terapéutica del médico y la información que debe proporcionarle al paciente sostiene:

“El Comité Nacional de Bioética ofrece en su documento importantes líneas de comportamiento de cara a conciliar dos principios: el de autodeterminación del paciente y el de salvaguarda de la autonomía diagnóstica terapéutica del propio médico. Concretamente las líneas directivas del CNB se describen en los ocho puntos siguientes:

- a. En caso de enfermedades serias o diagnósticos complejos la relación no deberá ser fugaz o momentánea.
- b. El médico deberá poseer conocimientos de psicología para poder comprender la personalidad del paciente.
- c. Las noticias de tal cariz que pudieran causar preocupación o nefastas consecuencias deberán ser dadas con prudencia.
- d. La información sobre el procedimiento terapéutico deberá permitir la comprensión sustancial y objetiva de la situación evitando las noticias o los datos técnicos que puedan comportar confusiones en la comprensión esencial.
- e. Para el médico no son vinculantes las recomendaciones de los familiares tendentes a esconder la verdad. Aunque con prudencia, ésta deberá proporcionarse de modo que permita que el paciente pueda tomar sus decisiones respecto a sí mismo y a los demás.

---

<sup>31</sup> Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica. Elio Sgreccia, pág. 25 y 26. Biblioteca de autores cristianos. Traductores: Pablo Cervera Barranco, José A. Agejas Esteban, Rosario Gutiérrez Carreras, Ángela Pérez García y Lourdes Vázquez López. Madrid, 2009.

En general, los padres o quien ejerce la tutela del enfermo no son sustitutos del paciente.

f. La responsabilidad de informar pesa sobre el jefe de la estructura pública, o en todo caso, de quien coordina la diagnosis y la terapia.

g. Cuando el tipo de consentimiento adquiere una especial relevancia normalmente deberá ponerse por escrito.

h. Es especialmente importante la forma escrita en el caso de que se solicite un consentimiento representado por quien no es capaz de dar consentimiento (menor o inhábil).

El consentimiento, oral o escrito, no libera completamente al médico de sus responsabilidades profesionales, que van más allá o que preceden la solicitud del consentimiento<sup>32</sup>.

No desconocemos en ningún momento la trascendencia del consentimiento del paciente en cuanto a ser libre, pero es una realidad que cuando el objetivo del tratamiento o la intervención quirúrgica no es la beneficencia de la persona que consiente, sino que, por el contrario, vulnera el ordenamiento jurídico, ese asentimiento no solo será inválido, sino que en determinados casos será punible.

Un caso de consentimiento inválido, por contrariar el ordenamiento jurídico sería la situación del militar que se mutila, lesiona o afecta su estado de salud con el concurso de personal sanitario para eludir obligaciones y deberes militares.<sup>33</sup> O la del cirujano plástico que por recompensa económica modifica o altera las facciones de un perseguido de la justicia, para que pueda eludirla.

El profesor de medicina y filosofía H. Tristram Engelhardt, editor de *The Journal of Medicine and Philosophy*, en su obra “Los fundamentos de la bioética”, señala como sus fundamentales principios, el del permiso o consentimiento, y el de la beneficencia. En relación con los mismos considera:

“Una vez establecidas estas consideraciones es posible darse cuenta de por qué el principio de permiso siempre desbanca al principio de beneficencia. **La obligación de hacer el bien a los demás es un deber fundamental. Sin embargo, esta obligación como es abstracta. Sólo en contextos concretos se puede determinar el alcance de la misma y la forma de clasificar u**

---

<sup>32</sup> Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica. Elio Sgreccia, pág. 25 y 26. Biblioteca de autores cristianos. Traductores: Pablo Cervera Barranco, José A. Agejas Esteban, Rosario Gutiérrez Carreras, Ángela Pérez García y Lourdes Vásquez López. Madrid, 2009.

<sup>33</sup> Código de Justicia Penal Militar. Ley 1407 de 2010. Artículo 116. Inutilización voluntaria. El miembro de la Fuerza Pública que se lesione o se inutilice con el propósito de eludir el cumplimiento de sus deberes militares o policiales o para obtener su retiro o reconocimiento de prestación social, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

*ordenar los diversos bienes que tal vez estén en juego.* La obligación general de no recurrir a la fuerza sin autoridad posee un carácter más concreto, en el sentido de que se puede descubrir claramente en situaciones particulares sin apelar a otra cosa que a la comprensión del individuo que sería sometido a dicha fuerza. *De esta manera, el derecho a no ser sometido a tratamiento sin el propio consentimiento se concretiza inmediatamente a partir de los deseos del posible paciente. Es suficiente que dicho individuo exprese su rechazo para que de hecho la autoridad del médico deje de afectar a ese paciente.* Por el contrario, la afirmación de que, por razones de beneficencia, se debería ayudar a alguien a sufragar los gastos de la asistencia sanitaria, antes que entregar el dinero a uno de sus amigos para que viajen a Nevada para jugar, comer bien y beber, requiere un razonamiento acerca de la importancia relativa de esos bienes. Una respuesta última a esta cuestión necesitará apelar a una visión particular de la vida<sup>34</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

### **3 El fundamento constitucional y filosófico del consentimiento informado.**

El constituyente colombiano concibió una estructura política y social para el Estado y la Nación colombianos, dentro de una concepción antropocéntrica, en la que el objeto y fin de toda esa estructura instrumental es el hombre en su infinita e inquebrantable dignidad.

Por ello encontramos numerosas normas en las que se consagra la dignidad humana como fundamento de la República, la libertad en todas sus expresiones como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad,<sup>35</sup> estableciendo como únicas limitantes, el ordenamiento jurídico, y el respeto de los derechos de los demás, entre los que se encuentran los derechos de los demás miembros de la comunidad, los derechos del Estado y los derechos de la colectividad, teniendo siempre en cuenta que se estableció la primacía de los intereses sociales y públicos sobre los puramente particulares.<sup>36</sup>

Dentro de esta filosofía antropocéntrica del Estado y de la Nación en el Preámbulo de la Carta se determina:

---

<sup>34</sup> Los fundamentos de la bioética. H. Tristram Engelhardt., pág. 144. Ediciones Paidós. Barcelona, 1995.

<sup>35</sup>**ARTICULO 16.** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

<sup>36</sup>**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.

“.....y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, *la libertad* y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.....”.

En este precepto, al que se la ha reconocido fuerza normativa en la jurisprudencia constitucional, se consagra el principio general de la libertad, en cuanto se consagra este derecho para todos los integrantes de la Nación, sin delimitar sus alcances, porque la misma se realiza a lo largo del articulado de la Carta, al especificarse las diversas clases de libertad reconocidas. La Corte Constitucional en relación con el mismo sostuvo:

“El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.<sup>37</sup>

Dentro de ese principio general de libertad, a lo largo del articulado de la Carta, se consagran múltiples formas del ejercicio de la libertad, y particularmente el del libre desarrollo de la personalidad.

En el artículo 1º, de la Carta Política se determina que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana y en la que prevalece el interés general.

En los artículos 2º y 13º se determina que las autoridades de la república han sido consagradas para la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; mientras que en el segundo se establece que todos nacen libres e iguales.

Luego, en el artículo 5º, reconoce, sin discriminación alguna:

“....., *la primacía de los derechos inalienables de la persona* y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”.

---

<sup>37</sup> Sentencia C 479 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero

Surge de este precepto que los derechos consagrados son inalienables, es decir no pueden cederse, ni renunciarse, excepto claro está, los que la propia normatividad considera como disponibles.

Más adelante, en el artículo 11° se consagra la inviolabilidad de la vida y se prohíbe la pena de muerte. Es importante destacar que es el propio Estado el que se autolimita en cuanto a la imposibilidad de que pueda consagrar la pena de muerte.

En el artículo 16 se consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, teniendo como únicas limitaciones el ordenamiento jurídico y los derechos de las demás personas.

La Corte Constitucional en relación con este derecho ha considerado:

“ La frase "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", merece un examen reflexivo, especialmente en lo que hace relación a la expresión subrayada. Porque si cualquier limitación está convalidada por el solo hecho de estar incluida en el orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, se hace nugatorio. ***En otros términos: el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución.***

Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "in nuce", porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. ***John Rawls en "A theory of justice" al sentar los fundamentos de una sociedad justa constituida por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: "Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compatible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás". Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad.***

Lo anterior, desde luego, dentro de una concepción personalista de la sociedad, que postula al Estado como un instrumento al servicio del hombre y no el hombre al servicio del Estado para la realización de un fin más allá de la persona (transpersonalismo), como la victoria de la raza superior o el triunfo de la clase proletaria.

***El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.***

(.....)

*Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo.*

*Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.*

*(.....)*

*Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales”.*<sup>38</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Se trata posiblemente una de las decisiones más polémicas y más cuestionadas de la Corte Constitucional, porque la misma significó la legalización de la dosis mínima para el consumo de sustancias estupefacientes.

La Corte Constitucional en la decisión que se comenta despenalizó la dosis personal de estupefacientes para el consumo, privilegió el libre desarrollo de la personalidad, surgida de la concepción libertaria de nuestra Estatuto Fundamental. A pesar de que los magistrados que salvaron el voto hicieron en reiteradas ocasiones, énfasis en la primacía del interés general como principio constitucional, el mismo no fue considerado en la providencia de mayoría, y nos parece que hubiera sido necesario hacerlo, porque si bien la libertad consagrada nos permite el consumo o utilización de cualquier sustancia, actividad que debemos entender como ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, lo cierto es que, en este caso, el consumo de sustancias que crean adicción lleva a los consumidores a peligrosas formas de criminalidad, y a adquirir graves patologías que tienen un alto costo fiscal para la salubridad pública. En tales circunstancias es claro que el consumo de estupefacientes no es un problema que solo atañe al consumidor.

Reconocemos la filosofía libertaria que orientó la vida de ese gran filósofo, Dr. Carlos Gaviria Diaz, quien fue el arquitecto como ponente de esta magnífica y controvertida sentencia, de la que discrepamos respetuosamente, porque creemos que esa inclinación desmedida por los principios libertarios, lo llevó a enfocar el problema desde la única perspectiva que

---

<sup>38</sup> Sentencia C 221 de 1994. M. P. Carlos Gaviria D.

vio: la vulneración de la libertad, olvidando que no existen derechos absolutos, y que en muchas ocasiones las conductas individuales no solo atañen a quien las realiza.

Y no es cierto que la penalización del consumo de sustancias psicotrópicas se haya conseguido como una expresión del superado positivismo, de la misma manera que no se consideró por el legislador, que el comportamiento del consumidor fuera un problema puramente personal que no trascendía más allá de su propia conducta.

El positivismo criminal fue una concepción que tuvo gran aceptación en los regímenes autoritarios y en algunas declaradas dictaduras y, ello sucedió porque se consideró por sus fundadores, - Enrico Ferri, Rafael Garofalo, César Lombroso y algunos otros-, que el hombre estaba predeterminado al delito por circunstancias antropológicas, patológicas y sociológicas, de tal manera, que dándose la existencia de estos precedentes no era indispensable esperar que la delincuencia apareciera como fenómeno social, sino que se podía tomar medidas sancionatorias pre delictuales, pero es claro que la tipificación del consumo de estupefacientes como conducta reprochada no surgió, influido el legislador por la errada concepción positivista, y no es cierto que el consumo solo incumbe a quien lo hace, sin que se afecten derechos de alguien más. La conducta se hizo punible con base en la experiencia social, de los terribles desarreglos sociales que producen las adicciones.

Nuestro admirado Dr. Gaviria Díaz, no tuvo en cuenta que el mantenimiento de la salud no es un problema individual de cada persona, sino que por el contrario, el Constituyente lo convirtió en un deber social, en el sentido que todas las personas tienen el deber de autocuidado de su salud y que por tanto es un deber constitucionalmente impuesto de conformidad con las previsiones del artículo 49 de la Carta, deber que no es novedad de la Carta Política, porque mucho tiempo antes, incluso antes de aprobarse la Constitución vigente, y de promulgarse la Ley 30 de 1986, que consagró como delito el consumo de estupefaciente, la Ley 9ª de 1979, en su artículo 595, había consagrado el deber de autocuidado de la salud para todas las personas.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> ARTICULO 595. Todo habitante tiene el derecho a las prestaciones de salud, en la forma que las Leyes y las reglamentaciones especiales determinen **y el deber de proveer a la conservación de su salud y de concurrir al mantenimiento de la salud de la comunidad.** ( Lo destacado no lo es en el texto ).

Tampoco compartimos la afirmación según la cual, cuando a una persona se le reconoce la autonomía, no se la puede limitar sino en la medida en que con su conducta entre en conflicto con la autonomía ajena; y no la aceptamos, porque se trata de una limitación indebida del *ius puniendi*, como expresión de la soberanía interna, en cuanto a que en el ejercicio de la misma, el Estado, en defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, de la Nación y del Estado, puede limitar, prohibir y reprimir conductas que afecten esos derechos fundamentales de la persona, de la comunidad y del Estado, porque así la conducta sea realizada en solitario, así, aparentemente no le incumba sino a la persona que la realiza, algunas de esas conductas tienen repercusiones sociales en el próximo o en el remoto futuro, y el Estado y la Nación, tienen pleno derecho de defenderse de conductas, supuestamente realizadas individualmente, que terminan teniendo profundas repercusiones sociales.

Se habla en esa decisión, de la libertad y de la autonomía personal, como si fueran derechos absolutos y bien sabemos, que ni siquiera el derecho a la vida lo es, de tal manera que la pretensión que se persigue con esta argumentación es inaceptable, porque los excesos de libertad bien nos podrían llevar a la anomia, camino de la disociación y del anarquismo.

Pese a que las consideraciones formuladas se realizan con fundamento en la autonomía y la libertad del ser humano, para concluir que en ejercicio de esa libertad el hombre no tiene cortapisas para el consumo de sustancias estupefacientes, en ese momento constituidas como actividad delictiva; pero lo cierto es que la mismas nos sirven de fundamento para dar base al principio de autonomía y libertad de los seres humanos, en relación con su propia vida y para aceptar o rechazar los tratamientos médicos, es decir, para justificar la existencia del necesario, libre, válido e informado consentimiento del paciente en el ámbito médico.

Pero se debe hacer importante precisión, una es la situación del paciente grave, que padece una enfermedad en fase terminal, que decide no recibir ningún otro tratamiento curativo, solo los de carácter paliativo, pero es una enfermedad que solo lo pone en peligro a él; y otra es la situación de quien sufre enfermedad infectocontagiosa que también rechaza tratamientos curativos, pero es claro que esta decisión, no le atañe solo a él, sino que con su rechazo pone en peligro a los miembros de la familia, a las personas más cercanas y a la comunidad en general.

Las anteriores hipótesis, porque la renuncia de las dos personas a los tratamientos curativos debe tener dos soluciones perfectamente diferentes. En el primer caso, es claro que puede renunciar a su salud y a su vida, porque se trata de un problema personal que solo a él le incumbe; no así en el segundo caso, en el que la decisión de rechazar tratamientos curativos involucra a su familia y a los miembros de la comunidad que pueden ser contagiados por esta persona.

Por ello es importante destacar dentro de la providencia citada parcialmente, lo afirmado en dos de sus párrafos, cuando en el primero se sostiene que los asuntos que solo atañen a la persona, podrán ser decididos por ella, porque decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética y convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen; y en el segundo, cuando se sostiene, que el Estado debe respetar el modelo de vida, escogido por las personas, así ese comportamiento vital no sea del agrado de quienes manejan el Estado, porque esa discrepancia no convierte en ilegítimo ese modelo de vida, que tiene que ser respetado dentro del marco de la legalidad, mientras el mismo: “*no se traduzca en daño para otro*”, o que solo atañe o incumbe al adicto.

Y el anterior planteamiento es válido, porque no debemos olvidar que el ejercicio de nuestra libertad solo tiene como límites el ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté conforme con los lineamientos políticos e ideológicos de la Carta, y los derechos de los otros miembros de la Nación.

Me parece que se trata de una argumentación fundamental dentro de esa sentencia, porque es obvio que, si la persona debe decidir sobre asuntos que le atañen exclusivamente a ella, es lógico, que nadie más puede decidir por ella. Pero el problema que está por dilucidar es determinar cuáles son los asuntos que incumben solo a la persona que toma la decisión, y ¿cuándo la misma afecta a otras personas? De la respuesta que demos a este interrogante, radica el meollo del asunto que nos llevará a plantear una posible solución del problema.

En relación con el tema específico que se debatió y que dio origen a esa decisión, nos parece, que el consumo de estupefacientes no es un asunto que incumba solo a la persona que libremente los consume, porque es evidente que estas sustancias afectan el normal funcionamiento de las facultades superiores del ser humano, y lo llevan a realizar comportamientos

irregulares, cuando no delictivos, que probablemente no hubiese realizado en su estado psíquico normal, y son bien conocidas las múltiples conductas delictivas cometidas por personas en estado de intoxicación por sustancias estupefacientes. En tales circunstancias es de lógica elemental concluir que el consumo de estupefacientes no es un problema personal del consumidor, porque es una realidad que por la afectación de sus facultades superiores, su comportamiento no afecta de manera única y exclusiva su modelo vital de existencia, sino que incide negativamente sobre la vida de otras personas, y ello es así porque afecta el desarrollo normal de la colectividad.

Generalmente por la necesidad de dinero para comprar la dosis para evitar el síndrome de abstinencia, comienzan a robar a los miembros de su propia familia y más tarde amplía el radio de acción a todos los sitios donde pueda obtener, por cualquier medio el dinero para la próxima dosis, antes de que se manifieste el doloroso síndrome de abstinencia.

De la misma manera no se puede desconocer, que el consumo periódico de estas sustancias lleva a la adicción, y como consecuencia de la misma, la aparición de graves enfermedades como el VIH, la hepatitis C, y graves infecciones y deficiencias cardio-respiratorias, hepáticas y renales, que convierten el consumo individual de estas sustancias en graves problemas de salubridad pública.

Cuando se mira el problema desde esta perspectiva, es claro que no se puede llegar a la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional, porque es evidente que el consumo de sustancias estupefacientes no es un problema que atañe única y exclusivamente al consumidor, y en tales condiciones ha de concluirse que ese consumo termina traducándose en un daño no solo para otros, sino para toda la comunidad, que sufre pasivamente las consecuencias de esa delincuencia y más temprano que tarde, debe asumir los costosísimos tratamientos para las enfermedades propias de los adictos, que terminan casi siempre a cargo de la salubridad pública.

Ante la libertad de consumo de sicotrópicos reconocida judicialmente, los consumidores escogieron los parques y las áreas sociales del espacio público para dar rienda suelta a su vicio de consumo, para angustia de los padres de los menores, que vieron restringida su libertad de llevarlos a que se divirtieran con sus juegos en esas áreas destinadas al esparcimiento de

toda la comunidad. De esta manera el consumo no era un problema personal del adicto, sino un problema social que afectaba a los otros miembros de la comunidad.

Son tan ciertas las precedentes consideraciones, que con posterioridad a esa decisión y ante el clamor popular en contra de la misma, hubo necesidad de reformar la Constitución para establecer la ilicitud del porte y consumo de estupefacientes al determinarse:

“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. *El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.*” (Lo destacado no lo es en el texto).

Ya de regreso al tema que nos convoca, es claro que la consagración de esa libertad y de esa autonomía llevan a las personas a poder rechazar los tratamientos médicos que se les ofrezcan, porque está dentro del ejercicio de esa autonomía, de la misma manera que la libertad de disponer de su propia vida.

Pero en el ejercicio de ese derecho, deben tenerse en cuenta dos normas constitucionales, para poder ejercerlo dentro de los marcos ideológicos de la Carta Política, uno de ellos es la primacía del interés general, artículo 1° C.P. y el otro, el deber de autocuidado integral de la salud de cada quien, y de la comunidad, impuesto en el inciso 5° del artículo 49 de la C.P.

Lo anterior porque en determinados casos se presenta un verdadero conflicto de derechos y deberes, que debe ser solucionado a la luz de nuestra Carta Política. El ejercicio de la libertad, concretado en la consagración del libre desarrollo de la personalidad, pero el ejercicio de esta libertad tiene dos grandes limitantes, los derechos de los demás, por un lado, y del otro, las imposiciones del ordenamiento jurídico.

Y en el caso concreto de los pacientes se deben distinguir dos situaciones, la del que sufre una enfermedad que le incumbe solo a él, y del que sufre un padecimiento infectocontagioso, que pone en peligro de

---

<sup>1</sup> Nota: en las historias clínicas el nombre de la menor aparece como “.” C.C.P. y no “C:” como aparece en la queja.

contagio a los miembros de su familia y a la comunidad en general. Es claro que en la primera hipótesis el rechazo de cualquier tratamiento médico está dentro de la autonomía de su voluntad, pero no en el segundo, porque en esta hipótesis ya entran a conjugarse aspectos relacionados con la salubridad pública, porque el rechazo a medidas preventivas sanitarias, o a cualquier tratamiento, convierte a ese paciente en un potencial difusor de la patología, o del virus que padece, y en tales circunstancias ya no se trata de un problema personal que solo atañe a ese paciente, sino que entran en juego los intereses generales relacionados con la salubridad pública, sin que se pueda olvidar que en el artículo 49 de la Carta Política ya mencionado, se establece un doble deber para todo habitante del territorio nacional, de un lado el auto deber de autocuidado de su salud personal, y del otro, el deber de cuidado de la salud de la comunidad. En tal sentido se preceptúa:

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

Y frente a estos dos deberes, está bien que no quiera cumplir con el cuidado de su propia salud, que está dentro de la órbita del ejercicio al libre desarrollo de la personalidad, pero dentro de tales competencias, no se le confiere el derecho a afectar, poner en peligro o atentar contra la salud de la comunidad, razón por la cual, consideramos que en tratándose de ciertas patologías infectocontagiosas, virologías y bacterias peligrosas para la salud comunitaria, el tratamiento y las medidas preventivas para evitar mayores contagios, ya no es un problema que afecte solo el libre desarrollo de la personalidad del paciente, sino que estamos frente a un grave problema social, que pone en peligro la salud de la comunidad, caso en el cual, en nuestro personal criterio, se debe actuar aún en contravía de la voluntad del paciente, porque debe predominar el interés general, que en este caso es la salud de la comunidad.

Es necesario mantener un equilibrio entre el ejercicio de la libertad y el cumplimiento de ciertos deberes, sobre todos cuando el cumplimiento de estos últimos, no solo tiene que ver con la salud y la vida de la persona, sino que afecta los intereses públicos de la salubridad de la comunidad.

Acudiendo entonces al principio de proporcionalidad ha de darse preferencia al derecho de la comunidad de preservar la salud colectiva, frente al rechazo del contagiado a recibir los tratamientos curativos.

El Decreto 780 de 2016, Reglamentario del Sector Salud, le otorga a las autoridades sanitarias funciones policivas,<sup>40</sup> y en el artículo 2.8.5.1.2. que contiene las definiciones relacionadas con los contagios y las epidemias, se enumeran algunas de las medidas preventivas que pueden ser tomadas:

“ARTÍCULO 2.8.5.1.2. **DEFINICIONES.** Para los efectos del presente Título adóptense las siguientes definiciones:

**Agente infeccioso:** Todo organismo capaz de producir una infección, tales como los virus, bacterias, hongos o parásitos.

**Aislamiento:** La separación de personas o animales infectados, durante el periodo de transmisibilidad de una enfermedad, en lugares y bajo condiciones tales que eviten la transmisión directa o indirecta del agente infeccioso a personas o animales susceptibles o que puedan transmitir la enfermedad a otros.

(.....)

**Área cuarentenada:** Territorio que, por razones sanitarias, debe cumplir con requisitos especiales para que las personas, los animales, plantas y objetos inanimados que se encuentren dentro del mismo puedan movilizarse fuera del área afectada.

**Brote:** Aparición o aumento brusco de una enfermedad en una población limitada, en un tiempo corto y que sobrepasa excesivamente la incidencia esperada.

(.....)

**Control de Zoonosis:** Las medidas destinadas a evitar que los agentes infecciosos presentes en personas o animales infectados y en su medio ambiente, contaminen a otras personas, o a otros animales, diseminando así la enfermedad.

**Cuarentena ordinaria:** Período de aislamiento a que son sometidos personas, animales o plantas, para observación por orden de las autoridades sanitarias, con el objeto de aplicar, como consecuencia, las medidas sanitarias a que haya lugar para impedir la propagación de una enfermedad.

**Cuarentena completa:** Es la restricción del movimiento a que son sometidos personas, animales o plantas que han estado expuestos al contagio de una enfermedad transmisible, durante un periodo de tiempo que no exceda del que habitualmente se considera el más prolongado para la incubación de la enfermedad, para observación y aplicación de las medidas sanitarias a que haya lugar, para evitar que los mismos entren en contacto con personas, animales, plantas u objetos inanimados que no hayan sido contaminados.

---

<sup>40</sup> ARTÍCULO 2.5.3.7.42. **CARÁCTER POLICIVO DE LAS AUTORIDADES SANITARIAS.** Para efectos de la vigilancia y el cumplimiento de las normas sanitarias y la imposición de medidas y sanciones, los funcionarios competentes en cada caso, serán considerados como de policía, de conformidad con el artículo 35 del Decreto-ley 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía).

El artículo 35 antes mencionado disponía:

ARTÍCULO 35. El médico practicante de medicina o enfermero que no de aviso a la autoridad de la existencia de persona afectada de enfermedad respeto de la cual se exija tal aviso, incurrirá en multa de doscientos a dos mil pesos.

Como se podrá observar no existe correspondencia entre el contenido de los dos artículos.

***Cuarentena modificada:*** Es la restricción selectiva y parcial a que son sometidos en situaciones especiales, personas, animales o plantas, teniendo en cuenta generalmente su grado de susceptibilidad, conocida o supuesta, para observación y aplicación de las medidas sanitarias a que haya lugar. Se aplica también en casos de peligro de transmisión de enfermedades.

***Desinfección:*** Destrucción de agentes infecciosos que se encuentran en el medio ambiente, por medio de la aplicación directa de medios físicos o químicos.

***Desinfestación:*** Consiste en la operación de procesos físicos, químicos o biológicos de carácter sanitario por medio de los cuales se eliminan los artrópodos y roedores, que se encuentren en la parte externa del cuerpo de personas o animales, así como en el medio ambiente.

***Desinfectación:*** Operación sanitarias practicadas para eliminar insectos vectores de enfermedades en el hombre, en los animales y, en general, en el medio ambiente.

(.....)

**Endemia:** Ocurrencia habitual de una enfermedad, en una zona determinada.

(.....)

**Enfermedades transmisibles:** Aquellas que por su naturaleza, generalmente de tipo infeccioso, pueden ser transmitidas a personas, animales o plantas.

**Epidemia.:** Aumento inusitado de una enfermedad transmisible o no, aguda o crónica, o de algún evento en salud humana, que sobrepasa claramente la incidencia normal esperada, en un tiempo y lugar determinados.

**Epizootia:** Aumento inusitado de una enfermedad transmisible o no, aguda o crónica, o de algún evento en salud animal, que sobrepasa claramente la incidencia normal esperada, en un tiempo y lugar determinados.

**Epizoodemia:** Epidemia y Epizootia que se presentan simultáneamente.

(.....)

***Prueba diagnóstica:*** Examen, comprobación o experiencia que tiene por objeto reconocer la existencia de una sustancia, lesión, microorganismo o enfermedad.

(.....)

***Salvoconducto o guía sanitaria de movilización:*** Permiso expedido por la autoridad sanitaria competente, previo el llenado de requisitos especiales, para movilizar o permitir el tránsito de personas, animales o cosas.

**Segregación:** Separación de un grupo de personas o animales de los demás de su misma especie, con el fin de ejercer una vigilancia u observación especial de carácter sanitario que facilite el control de una enfermedad transmisible.

(.....)

***Vigilancia personal:*** Práctica especial de supervisión y vigilancia sanitaria que se hace a las personas y animales que hayan estado en contacto con las personas o animales enfermos, con el fin de hacer un diagnóstico rápido de su enfermedad, pero sin restringirles su libertad de movimiento”.

(.....)

La justificación filosófica de la autonomía radica precisamente en el ejercicio de la libertad y en la autodeterminación que tienen todas las personas para tomar libremente las decisiones que solo los afectan en sus vidas. No podemos olvidar que el ejercicio de nuestros derechos tiene un límite, que no es otro, que el ejercicio de los derechos de los demás.

La profesora María del Pilar Molero Marataín-Salas en su obra: “La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional”, dedica una parte de la misma al derecho del paciente para rechazar cualquier tipo de tratamiento que se le ofrezca. De manera lamentable no se hace la distinción que nosotros planteamos en cuanto a la capacidad infectocontagiosa o no de la enfermedad, razón por la cual se decide por respetar la autonomía del paciente y de esta manera concluye:

“Quizá uno de los aspectos más interesantes del rechazo del tratamiento médico que mientras la disposición de la vida debe configurarse como una libertad regulada, dicho rechazo debe entenderse como un derecho, pues se trata de una manifestación directa de uno de los considerados derechos fundamentales, el derecho a la integridad física, si bien también puede configurarse como manifestación de otros derechos tales como la libertad ideológica y religiosa o la intimidad. Las consecuencias de tal consideración no son banales pues supone que incluye un derecho a acciones, del que carece la disposición de la propia vida, facultando a su titular para que pueda exigirlo frente a terceros, generalmente al personal sanitario. ***La propia ley de autonomía del paciente lo configura como un derecho del paciente, y por tanto como una obligación***, generalmente para el médico. Para parte de la doctrina dicha posibilidad podría alterar la relación tradicional médico-paciente, pero ***lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran que el paciente está facultado para elegir entre todos los tratamientos e incluso rechazarlos, suponiendo dicha elección un deber para el médico, que deberá respetar, salvo que alegue razones de conciencia para no hacerlo***”.<sup>41</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Es importante destacar que nuestra Ley 23, si establece una excepción a la inviolabilidad del secreto médico, cuando se trate de enfermedades infectocontagiosas o hereditarias que pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia. En tal sentido se dispone:

“**ARTÍCULO 38.** Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;  
(...)

---

<sup>41</sup> La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional, María del Pilar Molero Martín-Salas, Pág. 387, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

“Declarar **EXEQUIBLE** la primera frase del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, “...salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente.” Decisión del numeral sexto de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

e) *A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.*

“Declarar **EXEQUIBLE** el literal e) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, “...bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.”. Decisión del numeral octavo de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la sentencia antes citada se hicieron las siguientes consideraciones para declarar la constitucionalidad de las previsiones del literal e), en cuanto se releva al médico de mantener la reserva del secreto médico para evitar peligros graves e inminentes a la salud de la cónyuge y de la descendencia del paciente que sufra de enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias:

*“6.5 La apertura del secreto a los interesados, "cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia", indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera. En estricto rigor, no puede afirmarse que la ley señale una condición bajo la cual resulta legítimo violar el secreto profesional. Simplemente, en la situación límite en que fatalmente debe decidirse por uno de los dos valores - confianza y vida -, se ha considerado que la preservación de la vida desplaza, en ese caso, a la conservación del secreto.*

*Debe tratarse, como lo advirtió en la sentencia C-411 de 1993, de una "situación extrema" en la que la no revelación del secreto tuviera objetivamente la virtualidad de sacrificar la vida del cónyuge o de su descendencia. En otras palabras, si la relación de causalidad de la que parte el médico es puramente conjetural, es evidente que sólo con el asentimiento del paciente podrá revelarse su dolencia y características a los interesados. Pero, si de manera cierta cabe formular la relación entre enfermedad y peligro para la vida del otro cónyuge y de su descendencia, y no existe otro medio idóneo para prevenir el fatal desenlace, distinto de la revelación de la información, se impone hacer prevalecer el derecho de los niños (descendencia) y del cónyuge (cuyo deceso afectaría a los niños en cuanto puede significar la extinción virtual de la familia), sobre el derecho del paciente a que sus datos personales se mantengan, no obstante el peligro existente, ocultos. La regla de solución de conflictos cuandoquiera que se arriba a una situación límite en la que se deba afrontar la disyuntiva de sacrificar la vida de los niños y un derecho tan caro a ellos como el de tener una familia y no ser separado de ésta, la ofrece la misma Constitución Política: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (C.P. art., 44).*

A los anteriores argumentos se agregan otros que también están llamados a obrar en una situación dilemática como la planteada. Si se hace caso omiso del derecho a la vida del cónyuge que se encuentra en una situación de objetivo peligro, en razón de que se decide favorecer el

derecho al secreto radicado en cabeza del otro, se colocaría el derecho a la vida del cónyuge amenazado en un plano inferior al derecho a la vida del paciente y a los otros derechos de éste. Se desconocería que la relación familiar se basa "en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes" (C.P. arts. 42 y 43).

*En todo caso, del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia consciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte. En realidad, aún respecto de los profesionales, naturalmente a partir de un umbral superior, tampoco son exigibles deberes excesivamente onerosos, es decir, aquéllos que "rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal" [en esta ocasión la Corte agrega: a un "profesional recto y diligente"] (sentencia C-563 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz).*

Con base en las consideraciones hechas, la Corte declarará la exequibilidad del literal e), de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo".<sup>42</sup> (Lo destacado no lo es en el texto)

Frente a la existencia de este conflicto, lo podemos plantear desde dos perspectivas diferentes, como el conflicto de dos derechos, primero el derecho del paciente a que se respete la privacidad en relación con su estado de salud, y del otro lado, el derecho a la salud y la vida de los miembros de la familia.

Pero también lo podemos ver como un conflicto de un deber y un derecho, el deber del médico de guardar el secreto profesional y el derecho de los miembros de la familia a la salud y la vida. Frente a este conflicto nuestro juez constitucional se decidió por el derecho a la salud y la vida de los familiares más cercanos a la persona que sufre de enfermedad infectocontagiosa, y esa preeminencia del derecho a la vida, sobre la inviolabilidad del secreto profesional médico, se expresa con claridad con expresiones como las siguientes:

"...el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera....".

"...se ha considerado que la preservación de la vida desplaza, en ese caso, a la conservación del secreto...."

*"...En todo caso, del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia*

---

<sup>42</sup> Sentencia C 264 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*consciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte...*". Sentencia C 264 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (Lo destacado no lo es en el texto).

El profesional solo queda relevado de su deber de guardar el secreto conocido como consecuencia del ejercicio de su profesión, cuando el problema que se le presenta: “... *corresponda a un peligro cierto e inminente y que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo...*”, utilizando el lenguaje de la Corte Constitucional, porque si no es así, prima el deber de conservación del secreto.

Así es como, frente al deber de declarar que tienen todos los ciudadanos en las investigaciones penales, sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento, si esa percepción fue en el ejercicio de la profesión, el deber de guardar el secreto profesional de los hechos que haya conocido, prima sobre los intereses de la justicia, y en tales circunstancias ese profesional queda relevado de su obligación de testificar ante la justicia.<sup>43</sup>

Si trasladamos las consideraciones formuladas por la Corte Constitucional en relación con la primacía de la vida sobre el deber del secreto médico, en el ámbito del consentimiento informado debemos igualmente reconocer esa primacía, es decir, el no reconocimiento de la autonomía y la libertad del paciente que sufre enfermedad infectocontagiosa que rechaza las medidas preventivas y los tratamientos médicos ofrecidos, porque con su

---

<sup>43</sup> **ARTICULO 74.** Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable.

**Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 385. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES.** Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) Médico con paciente;
- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;
- d) Trabajador social con el entrevistado;
- e) Clérigo con el feligrés;
- f) Contador público con el cliente;
- g) Periodista con su fuente;
- h) Investigador con el informante.

conducta pone en peligro la vida y la salud de los miembros de su familia y los derechos de la comunidad.

La necesidad del consentimiento informado para cualquier tipo de tratamiento médico tiene su fundamento en los principios de dignidad y libertad y autonomía del ser humano, de conformidad con los cuales, la persona no solo tiene el dominio sobre su propia vida, sino que en el curso de la misma, se considera que está dentro del ejercicio de esa dignidad y autonomía el de someterse o no a tratamientos médicos para enfrentar determinadas patologías.

Cantero Martínez tratando esta temática considera:

*El principio de autonomía se basa en el reconocimiento y aceptación de la persona como un ser individual, dotado de racionalidad y libertad, lo que la convierte en un ser diferente de lo físico, en fuente de moralidad y en ordenadora de todo lo que la rodea.* El reconocimiento de este principio en el ámbito de las relaciones médicas ha hecho necesaria la consagración del denominado consentimiento informado como un “derecho humano fundamental” de la persona, al ser el único instrumento susceptible de garantizar el pleno respeto a la autonomía de la voluntad del enfermo. *En este sentido, el consentimiento no es sino una proyección en el concreto de las relaciones médicas de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y una manifestación del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que según ha establecido el propio Tribunal Constitucional, la dignidad no es sino un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.*<sup>44</sup> (Lo destacado no lo es en el texto)

Pero debemos nuevamente recordar que no existen derechos absolutos, y que en el entrecruzamiento de los valores, de los deberes y de los derechos, teniendo en cuenta los principios de ponderación de y de proporcionalidad, los intereses sociales y públicos deben predominar sobre los estrictamente privados o particulares.

Es indiscutible que la vida y la libertad son los bienes más preciados de la persona y de la comunidad, puesto que sobre ellos está configurada la estructura del Estado de Derecho y de la Nación, como expresión inalienable del individuo, pero ni estos, ni ningún otro derecho, pueden considerarse como de carácter absoluto, es decir, que, frente a un derecho, no existan límites o restricciones en su ejercicio. Es una realidad que se puede matar

---

<sup>44</sup> La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital, Josefa Cantero Martínez, pág. 7, E. Bomarzo S.L., Albacete. 2005.

lícitamente, y se pueden establecer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad, y dentro de ésta, al libre desarrollo de la personalidad.

En la sentencia Nro. 30-2017 del 18 de abril, el TNEM, con ponencia del H. M. Gabriel Lago Barney, se formulan argumentos histórico filosóficos relacionados con la justificación del consentimiento informado al sostenerse:

“.....

“La raíz del consentimiento informado se arraiga en el respeto a la autonomía del paciente, entendida ésta como la acción libre previamente discernida.

Respecto al principio de autonomía, considera Stuart Mill citado por Pablo Simón y Javier Júdez (Medicina Clínica, Vol. 117, Núm. 3, 2001, p 100) que *“Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo será prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su, independencia, es de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.* (Stuart Mill. Sobre la libertad. Madrid. Orbis, 1985; 32)”

Este pensamiento libre y democrático planteado por Stuart Mill a finales del siglo XIX se fue abriendo paso para hacer frente al paternalismo en la relación médico paciente, por lo que la población tuvo que defender sus derechos legítimamente reconocidos en los estrados judiciales. Es así como en 1914, en la Sentencia del caso Schlöndorff vs Society of New York Hospitals, el juez Cardozo incluyó una frase que se ha hecho famosa y que se repite como argumento ético-jurídico de lo que más tarde se reconocería como consentimiento informado, y que no es más que un correlato jurídico del principio de autonomía: *“Todo ser humano en edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo, y el cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños.”* (Simón, P.; Juez, J. Medicina Clínica, Vol. 117, Núm. 3, 2001, p 101)

Desde la teoría de la acción autónoma, para comprender el concepto de consentimiento informado, se deben hacer dos distinciones significativas: 1. Entre personas autónomas y acciones autónomas, y 2. Acciones sustancialmente autónomas y aquellas menos sustanciales. Muchas personas pueden realizar acciones autónomas sin ser personas autónomas, como es el caso del niño que sale a la calle sin permiso. *Para Stanley Benn una persona realmente autónoma es aquella cuya vida es consistente y cuyas decisiones se toman de manera coherente con sus valores, principios y creencias por lo que sus acciones son gobernadas independientemente y forman parte de su personalidad y plan de vida.* Sin embargo, la realidad, según el mismo Benn, no siempre permite a los individuos lograr condiciones ideales para escoger las opciones óptimas sino las posibles, por lo que distingue el ejercicio de la autonomía del respeto a la autonomía como un acto de prudencia y responsabilidad, en este caso, del médico, ante las opciones que tiene el paciente para escoger, pues muchas de estas opciones ante circunstancias dadas, se pueden apartar del ideal de vida planteado por el paciente.

Consentir y rechazar son acciones que dependen más de las acciones autónomas de las personas que de la autonomía de ésta, lo cual requiere la comprensión de lo que se consiente, situación que muchas veces no se logra por falta de capacidad de quien comunica o de intelección del que consiente. De aquí se desprende que para que se dé una acción autónoma se deban cumplir tres condiciones: La intencionalidad del acto a realizar, en donde opera en mayor grado la autonomía en la medida que quien consiente el acto sea a quien se identifique como el responsable de la intención emanada de su conciencia; el entendimiento de éste (del acto a realizar) y que esté libre de influencias controlables que puedan afectar la decisión, siendo estos de menor control por quien consiente, lo que lleva a que las acciones consentidas sean más o menos sustancialmente autónomas.

*Para que se dé el entendimiento del acto a realizar la comunicación debe ser efectiva por parte del médico y darse una correcta interpretación por parte del paciente de tal manera que haya correspondencia entre la interpretación y la representación del significado del acto a consentir.*

*Dentro de las influencias controlables se debe evitar que el paciente se centre en sus deseos y el médico en las promesas sobre los resultados de la intervención, lo cual, para algunos autores se constituyen más en voluntades que en consentimiento. Cuando se mantiene un control sustancial de las influencias, se puede estar ejerciendo coerción sobre la decisión del paciente; si ésta se da en menor intensidad, se puede estar manipulando la decisión, y si no se haya en la franja de control no sustancial, el paciente puede ser persuadido, lo cual lo acerca a una actuación más autónoma. (Faden, R; Beauchamp, T. A History and Theory of Informed Consent; Oxford University Press, Oxford, 1986, pp 235-262)*

*Desde las perspectivas legal, filosófica, médica y psicológica se discute el consentimiento informado en función de sus elementos: Revelación del acto a llevar a cabo, comprensión de éste, manifestación de voluntad, competencia para consentir y consentimiento para llevar a cabo el acto consentido.*

Para que una acción determinada se dé en el marco del consentimiento informado por la persona afectada para una intervención médica dada, debe cumplir con los siguientes parámetros:

- 1. Que la persona reciba información completa sobre la intervención propuesta.*
- 2. Que la persona comprenda la información recibida. (Capacidad de comprensión y comunicación)*
- 3. Que la persona actúe de manera voluntaria para consentir que se lleve a cabo la acción determinada.*
- 4. Que la persona sea competente para consentir la realización de la acción determinada.*
- 5. Que la persona consienta la intervención médica propuesta.*

Es así como el consentimiento informado se puede definir como un acto, en este caso en el ámbito de la medicina, en que la acción propuesta a una persona se recibe por medio de una revelación en que se discute la intervención entre las partes; la persona que recibe la explicación comprende la revelación y toma una decisión voluntaria sobre la acción propuesta consintiendo o rechazando la realización de la intervención. (...). (Lo destacado no lo es en el texto).

Es la profunda modificación que se produce entre la etapa del paternalismo en la medicina del pasado, a la contemporánea orientada por el principio libertario de la autonomía del paciente, que tiene plena justificación en la siguiente consideración:

*“Estar enfermo no significa una renuncia a la propia mayoría de edad, para ponerse infantilmente en las paternales manos del médico que le guía.”* ( Galo, J., 1986; Simón Lorda, P.)<sup>45</sup>

#### **4. Del consentimiento de la víctima en el derecho penal, al consentimiento informado en medicina.**

Del consentimiento de la víctima, se pasa al consentimiento informado del paciente, porque es una realidad que muchas de las actividades médicas, especialmente en el ámbito quirúrgico constituyen una lesión personal, amputación de miembros, extracción de órganos o partes del organismo del paciente; de la misma manera que en otros campos de la medicina ciertos tratamientos comportan una verdadera toxicidad, como sucede con la quimioterapia para atacar ciertos tipos de cáncer, o los efectos secundarios y negativos de algunos medicamentos por parte de quien los recibe. Y qué no decir, de cuando se produce la muerte del paciente como consecuencia de la intervención quirúrgica, del tratamiento médico, o por reacciones adversas a ciertos medicamentos, o a medios de contraste, usados en la realización de imágenes diagnósticas, o a ciertos exámenes de laboratorio.

Dentro de esta realidad, tanto en el ámbito del derecho penal, como en la práctica médica se produce una lesión personal, o la muerte, con la gran diferencia que mientras en el ámbito del derecho penal, se actúa intencionalmente con el ánimo de ocasionar daño, o a través de actuaciones culposas, en el campo de la medicina siempre se actúa con el propósito de la beneficencia. Sin que podamos olvidar que de manera excepcional, los médicos también podrán ser responsables de lesiones, u homicidio culposo, e incluso en delitos perfectamente intencionales, como ocurre con el aborto provocado, por fuera de las hipótesis contempladas y justificadas por la conocida sentencia de la Corte Constitucional.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Aspectos Médico- legales de la Historia Clínica. María Teresa Criado del Río. Javier Seona Prado, pág. 101, Editorial Colex, 1999. Madrid.

<sup>46</sup> Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006. Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

**ABORTO**-Exigencia de denuncia cuando embarazo es resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

*Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual*

Frente a las similitudes existentes frente a ciertas conductas propias del derecho penal y otras de la praxis médica, era evidente que los conceptos relacionados con la ausencia de antijuridicidad y consecuente irresponsabilidad penal, se trasladaran al campo de la medicina para que por medio del consentimiento informado, concluir en la ausencia de antijuridicidad en la conducta del médico, cuando en la atención de un paciente del que previamente obtuvo el consentimiento informado para realizarle una intervención quirúrgica, ordenarle un tratamiento o prescribirle unos determinados fármacos, se producen efectos negativos dentro de los riesgos previstos, de la misma manera que lamentablemente, pero de manera inevitable se presentan eventos catastróficos absolutamente imprevistos.

---

*sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.*

**ABORTO-**Procedencia cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre

*Resulta relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer; como el artículo 6 del PDGP, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.*

**ABORTO-**Procedencia cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos,

En el ejercicio de la medicina, por la existencia previa del consentimiento informado, y siempre que los resultados negativos no se hayan producido como consecuencia de negligencia, imprudencia o falta de idoneidad profesional, en esos casos, a pesar de que la conducta es típica en cuanto a que constituyen verdaderas lesiones personales u homicidios, no hay responsabilidad penal para el profesional de la salud.

También en el ámbito del derecho penal, el consentimiento de la víctima es válido, cuando se trate de bienes disponibles, y cuando el asentimiento no verse sobre aspectos contrarios a la normatividad jurídica. Porque en el homicidio pietístico o eutanásico y en la inducción o ayuda al suicidio, así haya consentimiento de la víctima habrá responsabilidad penal.<sup>47</sup>

---

*se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.*

**ABORTO-**Exigencia de certificación médica cuando embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida  
*Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer; y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado. Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.*

*Comentario del autor: El artículo 123 del Código Penal disponía en relación con el aborto:*

*Art 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor, de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.*

El aparte destacado en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia que se transcribe parcialmente.

**<sup>47</sup>ARTICULO 106. HOMICIDIO POR PIEDAD.** El texto con las penas aumentadas es el siguiente: > El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

**ARTICULO 107. INDUCCION O AYUDA AL SUICIDIO.** El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Es importante destacar que la Corte Constitucional analizando la constitucionalidad del artículo 326 del Código Penal de 1980, -Sentencia C 239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria D.- consideró que si había consentimiento del enfermo terminal no debía de existir responsabilidad penal y se decidió exhortar al Congreso de la República para que legislase en tal sentido, pero poco tiempo después, en el año 2000, se puso en vigencia un nuevo código penal, el hoy vigente, que nuevamente estableció la responsabilidad penal para el homicidio por piedad, pese a las exhortaciones de la Corte Constitucional.<sup>48</sup>

**48 EL ESTADO NO PUEDE OPONERSE AL DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA.**

*El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.*

**CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO. EL SUJETO ACTIVO DE LA EUTANASIA DEBE SER UN MÉDICO.**

El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren.

**PUNTOS ESENCIALES DE REGULACIÓN LEGAL QUE DEBEN SER CONTENIDOS EN LA EUTANASIA.**

*Los puntos esenciales de esa regulación serán sin duda: 1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso; 3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiste en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc; 4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y 5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de*

## 5. La licitud del servicio médico.

Es bien sabido que la prestación de los servicios en medicina puede ubicarse dentro de una triple perspectiva, como arte, como ciencia o como servicio público.

Dentro de la última de las concepciones de la medicina, como servicio público, la debemos entender como una profesión legalmente autorizada, que se ejerce no en beneficio de quien presta el servicio, sino en pro de la comunidad y de sus miembros.<sup>49</sup>

Nuestra legislación ha sido clara en cuanto a la función social que prestan los médicos a nuestra sociedad y es así como en la Ley 67 de 1935, una de las primeras leyes que reglamentaron el ejercicio de esta profesión, se establece que la medicina constituye una función social.<sup>50</sup>

La vigente Constitución Política, consagra la libertad de escoger profesión u oficio, y establece el derecho del Estado de exigir títulos de idoneidad profesional, y el derecho de inspección y vigilancia en el ejercicio de las profesiones. Igualmente se determina que las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, excepto aquellas que impliquen un riesgo social.<sup>51</sup>

---

*la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.*

### **EXHORTACION AL CONGRESO PARA QUE REGULE LA MUERTE DIGNA.**

*En aras de la seguridad jurídica, la Corte exhortará al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna. (Lo destacado no lo es en*

<sup>49</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Henríque Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 185, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

<sup>50</sup> Artículo 1o .El ejercicio de la profesión de médico, abogado, ingeniero y sus semejantes, constituye una función social. Los profesionales serán responsables civil y penalmente, no sólo por sus actos sino también por sus omisiones en el ejercicio profesional.

<sup>51</sup> **ARTICULO 26.** *Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad.*

*Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.*

*Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios.*

*La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.*

De manera general algunos oficios y el ejercicio de ciertas profesiones conllevan un grave riesgo social, razón más que justificada para que el Estado en el ejercicio de sus deberes constitucionales regule los estudios, la expedición de los títulos de pre y postgrado y el ejercicio de algunas profesiones, de la misma manera que debe reglamentar la práctica de todos los oficios que conlleven un riesgo social.

Existen profusas decisiones de la Corte Constitucional en las que se ha analizado el artículo que consagra el derecho a escoger profesión y oficio y la libertad del ejercicio profesional, en las que se concilia de un lado la garantía de tal derecho, pero de otro se justifican las restricciones y controles establecidos por el Estado, por el riesgo social que implica el ejercicio de ciertas profesiones y oficios. En tal sentido se ha sostenido:

*“El título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional. La exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce”*. La libertad de escoger profesión, entendida ésta como la que requiere una formación académica, no pugna con la facultad concedida al legislador de exigir títulos de idoneidad. En cuanto al ejercicio de tales profesiones, corresponde a las autoridades competentes de la rama ejecutiva su inspección y vigilancia, de conformidad con la reglamentación que expida el legislador. Todo, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, que obedece a la función social implícita en el ejercicio profesional”.<sup>52</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

**Y en otra decisión:**

*“En tanto derecho fundamental que es, el derecho a escoger libremente profesión u oficio goza de una garantía constitucional que opera en dos direcciones: la primera, proyectada hacia la sociedad - es decir, que delimita las fronteras del derecho -, adscribe de manera exclusiva al legislador, de un lado, la competencia para regular los requisitos que deben cumplir los aspirantes a ejercer actividades que requieran capacitación técnica o científica si es su deseo obtener el título correspondiente, así como las condiciones en que el ejercicio de la misma puede ser sometido a inspección y vigilancia por las autoridades competentes. La segunda, de orden interno, se dirige expresamente a proteger el núcleo esencial del derecho a la escogencia, de tal manera que no puede el legislador, sin lesionarlo, restringir, limitar o cancelar ese ámbito de inmunidad en el que no es posible injerencia alguna. Mientras la segunda de las garantías -la interna- es absoluta, es decir, opera igualmente para las profesiones y los oficios, la primera sólo se predica de las profesiones y de las ocupaciones, artes u oficios que requieran formación académica e impliquen un riesgo social”*.<sup>53</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

<sup>52</sup> Sentencia C 280 95 M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>53</sup> Sentencia C-505/01. M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Esos mismos criterios fueron reiterados al sostenerse:

**“EJERCICIO DE PROFESION Y RIESGO SOCIAL.**

*En primer término, el riesgo social que genera la actividad social debe ser claro y afectar, o poner en peligro, el interés general y derechos fundamentales; pero eso no es suficiente; es además necesario que ese riesgo pueda ser disminuido de manera sustantiva gracias a una formación académica específica. En efecto, no tiene sentido que la ley profesionalice ciertos oficios e imponga, como requisito para su ejercicio, un título de idoneidad, si los riesgos de esa actividad no pueden ser claramente reducidos gracias a una formación, pues, de no ser así, la exigencia del título sería inadecuada e innecesaria.* Por ende, sólo puede limitarse el derecho a ejercer un oficio y exigirse un título de idoneidad, cuando la actividad genera (i) un riesgo de magnitud considerable, (ii) que es susceptible de control o de disminución a través de una formación académica específica.

**TITULO DE IDONEIDAD Y LIBERTAD DE CONFIGURACION POLITICA DEL LEGISLADOR.**

*Es razonable sostener que si el Legislador está obligado a exigir títulos de idoneidad también goza de un margen importante de discrecionalidad para fijar los requisitos necesarios para obtener la autorización estatal para el ejercicio de una profesión.* Sin embargo, esto no quiere decir que el Legislador es absolutamente libre para establecer las condiciones para lograr el título de idoneidad, pues el Congreso no puede imponer condiciones exageradas, o poco razonables, que anulen los derechos a ejercer una profesión y al trabajo. Se ha señalado que la libertad de configuración política del Legislador para determinar los requisitos para obtener el título profesional debe enmarcarse dentro de las siguientes premisas: (i) regulación legislativa, pues es un asunto sometido a reserva de ley; ii) necesidad de los requisitos para demostrar la idoneidad profesional, por lo que las exigencias innecesarias son contrarias a la Constitución; iii) adecuación de las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica; iv) las condiciones para ejercer la profesión no pueden favorecer discriminaciones prohibidas por la Carta”.<sup>54</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Y se hace referencia a los títulos académicos que demuestran en principio la idoneidad en el ejercicio de las profesiones, porque en el consentimiento informado, el paciente debe estar informado sobre la preparación académica del médico, bien sea médico general o especializado, porque ocultarle o no informar que se carece del título universitario que lo convierte en especialista, lleva a la obtención de un consentimiento inválido.

En nuestra legislación confluyen varias de las muchas teorías que se han dado a lo largo de la evolución doctrinaria del consentimiento del ofendido en el ámbito del derecho penal, para concluir en la licitud del ejercicio de la medicina. Entre las que son aplicables entre nosotros se encuentran la ausencia de responsabilidad por atipicidad, ejercicio legal de un derecho, de una actividad lícita, por actuarse con el consentimiento válidamente

<sup>54</sup> Sentencia C-964/99 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

emitido por parte del titular del bien jurídico en los casos en que pueda disponerse del mismo, en los casos de urgencia o emergencia, por obrarse en estricto cumplimiento de un deber legal, todos por ausencia de antijuridicidad, e incluso, también habría exención de responsabilidad, por ausencia de culpabilidad, porque es una realidad que el médico que ejerce lícitamente su profesión, nunca actúa con dolo, es decir con la intención dañina de ocasionar un daño, sino que por el contrario siempre actúa guiado por el principio de la beneficencia.

“Gran parte de la doctrina sostiene que la intervención médico-quirúrgica con finalidad terapéutica y resultado positivo es atípica, porque eso no significa un “empeoramiento” del bien jurídico integridad física, sino una “mejora”. Con esto faltaría el presupuesto esencial del delito de lesiones corporales, pues mientras la intervención con resultado negativo es típica, queda excluida la antijuridicidad”.<sup>55</sup>

Consideramos que Pierangeli, el autor antes citado, se queda corto al excluir la responsabilidad penal de los médicos por ausencia de antijuridicidad, porque igualmente en su comportamiento no existe el dolo, puesto que el médico, que actúa dentro del marco de la legalidad, siempre actúa sin intención dañina, es decir, sin el propósito de vulnerar o desconocer un derecho jurídicamente protegido, sino que por el contrario lo hace, con la intención de preservarlo, o de mejorar las condiciones de salud.

El mismo autor, con criterio igualmente equivocado sostiene:

*“Es imposible negar el dolo en las lesiones quirúrgicas, pues, indudablemente el se presenta nítido tanto cuando un cirujano amputa una pierna, para evitar que el paciente muera, como en la repugnante acción de los mendigos rusos del ejemplo de Löffler, en que se hacía lo mismo con niños para despertar la piedad de los ciudadanos”.*<sup>56</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Nuestra discrepancia con el autor antes citado radica en la primera parte de su aseveración según la cual, en las lesiones quirúrgicas el dolo se presenta nítido, porque cuando el cirujano amputa una pierna, para evitar la muerte del paciente, el dolo se presenta claro; y es evidente, que el cirujano en tales circunstancias tiene la intención de amputar, pero no

---

<sup>55</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 187, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

<sup>56</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 189, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

dé ocasionar una lesión, porque está dirigiendo sus conocimientos para evitar que la gangrena ocasione la muerte del paciente, pero no por tener el conocimiento y voluntad de amputar la pierna está actuando con dolo, en su conducta existe la intención de cortar la pierna, pero el dolo, es decir la intención de ocasionar daño a sabiendas de que se está actuando antijurídicamente no se presenta, porque la intención de vulnerar un bien jurídicamente protegido no existe, porque por el contrario, la amputación en este caso se convierte en un mal menor, ya que esta intervención es necesaria para lograr la conservación de la vida del paciente.

El dolo en el homicidio debe ser con *animus necandi*, es decir, no es solo el ánimo de lesionar, sino el propósito de ocasionar la muerte. En el caso de la amputación de un miembro para evitar el progreso mortal de la gangrena, es claro que el médico tiene el propósito de amputar la pierna, pero no lo hace con ánimo dañino, sino con el objetivo de la beneficencia, buscando la mejoría del paciente evitando su muerte y es claro que en tales circunstancias hay ausencia de dolo.

Diferente es la segunda parte de su afirmación, donde hace referencia a mendigos rusos a los que les amputaban las piernas de los niños, para despertar la piedad de los ciudadanos, porque se trataría no solo de una conducta repugnante como es calificada por el autor citado, sino que desde la perspectiva del derecho penal es una conducta agravada, no solo por el aprovechamiento de la minoridad de las víctimas, sino por su utilización esclavizada para ejercer la mendicidad.

Hay entonces una profunda diferencia entre el médico que amputa la pierna gangrenada y la del imperdonable médico que amputa la pierna sana de un infante, para que sea explotado, suscitando la conmiseración de las personas piadosas, que se ven impulsadas a dar limosna por el pobre niño amputado, que nunca recibirá los beneficios de la caridad, sino el mercader que lo tiene en situación de esclavitud.

Bien sea por atipicidad, porque estas conductas no están definidas como delito de lesiones, homicidios, daños en el cuerpo o en la salud mental, como consecuencia de servicios médicos, realizados con el consentimiento previamente obtenido de manera legal, cuando se haya actuado con el propósito de la beneficencia, descartándose por tanto las conductas dolosas y culposas, que si generan eventualmente responsabilidad disciplinaria, civil y penal.

O bien sea por ausencia de antijuridicidad, o de culpabilidad, el ejercicio médico igualmente se encuentra concebido como una actividad lícita.

## **6. El consentimiento informado en la práctica médica.**

Primero que todo debemos precisar, que contra lo que indebidamente han entendido algunas instituciones asistenciales y sanitarias, de la misma manera que ciertos médicos, el consentimiento informado no constituye un papeleo más, surgido de la ineficaz exigencia de la burocracia oficial. No!, el consentimiento informado en medicina, como ya se ha anticipado, es un documento *ad probationem, no ad solemnitatem*, porque con el mismo se puede demostrar el comportamiento legítimo del médico, que sirve para excluir la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta médica, cuando lamentablemente se producen resultados negativos en la salud o la vida del paciente. Con mayor razón este trascendental documento, en casos diversos a las urgencias o emergencias, se convierte en una extraordinaria herramienta defensiva para el manejo de las responsabilidades civiles, contractuales o extracontractuales de las instituciones sanitarias, y por sobre todo de eventuales responsabilidades disciplinarias o penales del personal sanitario.

El consentimiento informado para que pueda cumplir con sus objetivos debe ser claro, preciso y comprensible, significando esta última exigencia, el entendimiento por parte del paciente del diagnóstico respecto de su padecimiento, el tratamiento o intervención que se le propone, los riesgos naturales y las potenciales secuelas; porque no se trata de cumplir con un simple requisito, lo que se pretende es que el médico con un lenguaje al alcance cultural del paciente, consecuentemente comprensible, le explique cuál es el padecimiento que lo aqueja, o las posibles enfermedades que se buscan, que es lo que se le va a hacer, bien sea, intervención quirúrgica, imágenes diagnósticas, exámenes de laboratorio, tratamiento o farmacopea, cuál es el objetivo que se busca, y cuáles puedan ser las reacciones negativas o las consecuencias secundarias.

En tales circunstancias queda descartado el lenguaje médico, porque de ser usado, es claro que la inmensa mayoría de los pacientes quedarían en la más completa ignorancia y el consentimiento dado en tales circunstancias sería inválido, porque en realidad no hay un verdadero consentimiento por falta absoluta de información. Si el objetivo es informativo

para que entienda que es lo que se le va a hacer en bien de su salud, para poder obtener la aquiescencia del paciente, es obvio que debe ser previo a la intervención, tratamiento o prescripción medicamentosa.

Los formatos preimpresos nos parecen inconvenientes desde todo punto de vista, -aunque lamentablemente por los volúmenes de pacientes manejados en una institución, se han impuesto en la mayoría de los países del mundo-, y no es el medio ideal, porque cada ser humano es una especie de huella digital, desde el punto de vista del funcionamiento de su organismo, es una huella digital, única e irreplicable en el mundo; y en tales condiciones es evidente que las circunstancias fisiológicas y patológicas de cada ser humano son únicas, por circunstancias de edad, comorbilidad, antecedentes personales de alimentación y trabajo, factores hereditarios y genéticos, consumo de tabaco, alcohol o estupefacientes, obesidad, enfermedades preexistentes, traumas, y muchos más que hacen que cada ser humano sea único desde la perspectiva sanitaria.

Los formatos preimpresos tienen espacios muy reducidos y en muchas ocasiones insuficientes para incluir en detalle las particularidades individuales de cada paciente, contienen generalidades, que en ocasiones opacan y sobrepasan las particularidades de cada paciente, y se convierte para el personal sanitario en una inútil exigencia burocrática que se llena a desgana, y en algunas ocasiones por el personal administrativo de la institución, “papeleo” que en muchas ocasiones, como me ha sucedido a mí de manera personal, ni siquiera informan de que se trata, sino que simplemente pasan un formato que debe ser firmado para poder ser atendido.

Nos parece que un término medio podría ser el formato previamente elaborado en el computador, que permita ampliar los espacios para ser llenados en el momento de la atención del paciente, sin límites de espacio de ninguna naturaleza. No se debe olvidar nunca, que el consentimiento informado debe elaborarse a la medida de cada paciente. No puede existir un consentimiento informado de carácter genérico, que se adecue a las circunstancias personales y únicas de todos los pacientes.

El consentimiento informado como lo sostienen las profesoras Elena Highton, Sandra M. Wierzba, debe ser elaborado “a la medida del paciente”, no puede existir un formato universal que se acomode a las particularidades de cada paciente.

De la misma manera, muchos de esos formatos, contienen cláusulas defensivas para la institución y para el personal sanitario, por medio de las cuales se pretende eximir de responsabilidad a la clínica y al médico, en un intento fallido, porque es bien sabido que tales eximiciones carecen de cualquier valor jurídico o probatorio, porque cuando se demuestra la culpa, bien en el comportamiento del médico o de la institución, en cuanto a las condiciones técnicas y científicas ofrecidas para la prestación de los servicios sanitarios, la responsabilidad será reconocida y declarada por los jueces.

Las instituciones hospitalarias no pueden actuar en relación con el consentimiento informado, como lo hacen los dueños de los parqueaderos, quienes en los recibos que entregan como consecuencia de un contrato de depósito, se le informa al usuario, que la empresa no responde por los objetos dejados dentro del auto. Es claro que se trata de cláusulas ineficaces, si lo que se pretende es evitar una posible causal de responsabilidad.

La responsabilidad contractual, no depende de lo que abusivamente se coloque en un formato por uno de los contratantes; y menos aún con el consentimiento informado, porque este no es un contrato de adhesión, en el que el contratante que tiene el mayor dominio en la estipulación de las cláusulas contractuales las impone, sin consultar con la parte más débil del convenio, las condiciones que la favorecen, y que supuestamente la eximirán de toda responsabilidad en el caso de un conflicto con el paciente.

*“Como alternativa a la utilización de formularios y dadas las inseguridades que a veces ofrecen, se plantea como conveniente que los profesionales tratantes coloquen notas detalladas en las historias clínicas de los pacientes acerca de la naturaleza y propósito de los tratamientos o sobre los procedimientos diagnósticos, sus riesgos y beneficios probables, así como también alternativas disponibles. Cuando se exige el consentimiento escrito, el paciente podría firmar directamente estas mismas notas. Las ventajas de este tipo de documentación radican en el hecho que aquí el instrumento está hecho “a medida” del paciente, y requiere que el médico se encargue personalmente de colocar todos los datos necesarios en la historia. Se considera que este material tiene mayor credibilidad ante los tribunales”<sup>57</sup>.*

En el mundo tecnológico que hoy vivimos, sobre todo en el ámbito de las comunicaciones, consideramos que un sistema excelente para dejar constancia del consentimiento informado y sobre todo, de su calidad y contenido informativo y de asentimiento, sería el de la videograbación, que además se convierte en un insuperable medio probatorio, cuando surgen

---

<sup>57</sup> La relación médico-paciente: El consentimiento informado. Elena I Higthon, Sandra M. Wierzba, Pág 155, E. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991.

los inconvenientes judiciales por inconformidad del paciente, o cuando injustificadamente pretende obtener ventajas económicas de la institución o del médico tratante.

## 7. La libertad y la consecuente autonomía de la persona.

La Carta Política concibe un Estado social y democrático de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, 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*,<sup>58</sup> *y como Estado de Derecho se fundamenta en la libertad de los miembros de la Nación*, que tienen como único límite en esa estructura libertaria, los derechos de los otros miembros de la Nación, el cumplimiento de los deberes legalmente impuestos y los intereses públicos y sociales.

La consagración de la libertad es una constante en el texto constitucional, y no solo se impone como principio general que regula la actividad del Estado, de la de la Nación y de sus integrantes, sino que luego, se regula esa misma libertad, absolutamente en todos los ámbitos, porque este supremo derecho, se extiende a todos los espacios del quehacer humano y no puede tener más restricciones que aquellas que sean estrictamente necesarias para que podamos vivir en paz, armonía, y desarrollo social.

Se consagra el principio general de la libertad en el Preámbulo constitucional cuando se determina que con el fin de establecer la unidad de la Nación: “... y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, *la libertad* y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo....”.

A continuación, en su articulado, se consagra la libertad como una característica propia de los seres humanos y es así como en el artículo 13 se

---

<sup>58</sup> **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.

dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley;<sup>59</sup> a continuación en el artículo 16 se dispone que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad;<sup>60</sup> y un poco más adelante se consagra el principio de libertad de locomoción, y la intangibilidad de su intimidad domiciliaria, frente a la posible actuación abusiva de los funcionarios públicos; antes en el artículo 5º se había consagrado la primacía valorativa de los derechos individuales de la persona y su inalienabilidad, entre los que se encuentra la libertad en todas sus expresiones y la autonomía, de ella derivada.<sup>61</sup>

Es importante destacar, el contenido del artículo 5º antes citado, porque allí el constituyente consagra la indisponibilidad de los derechos de la persona al determinar: “*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona.....*”. Es una disposición especialmente trascendente, porque es la propia Carta Política la que establece que existen derechos de la persona que son inalienables. Es por lo anterior que en relación con el consentimiento informado, uno de sus requisitos de validez, es que el derecho en relación al que se consiente sea de aquellos que legalmente se puede disponer.

Pero como si no fuese suficiente la anterior concepción libertaria, se reitera la libertad para efectos de la libre asociación,<sup>62</sup> al disponerse la libertad de

---

<sup>59</sup> 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. (Lo destacado no lo es en el texto).

<sup>60</sup> ARTICULO 16. *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad* sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. (Lo destacado no lo es en el texto).

<sup>61</sup> **ARTICULO 5o.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

ARTICULO 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

conciencia,<sup>63</sup> la libertad de cultos,<sup>64</sup> la libertad de locomoción y de residencia,<sup>65</sup> la libertad de autodeterminarse para escoger profesión u oficio,<sup>66</sup> la libertad de expresión, prensa e información,<sup>67</sup> la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra,<sup>68</sup> la libertad del ser humano y la intangibilidad de su domicilio y de las comunicaciones, frente al comportamiento abusivo y atrabiliario de los funcionarios del Estado.<sup>69</sup>

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

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

---

<sup>63</sup> ARTÍCULO 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

<sup>64</sup> ARTÍCULO 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

<sup>65</sup> ARTÍCULO 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

<sup>66</sup> ARTÍCULO 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.

<sup>67</sup> ARTÍCULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

<sup>68</sup> ARTÍCULO 27. El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

<sup>69</sup> ARTÍCULO 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.

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.

Es claro que, de esta concepción libertaria, surge de manera necesaria la autonomía de la persona, en el diseño de su ruta de vida, como de la disposición de su cuerpo y de su vida, y la forma de tomar las decisiones relacionadas con el restablecimiento de su salud cuando ella sea afectada por cualquier manifestación patológica o traumática.

Esa reconocida autonomía del paciente, no solo le da derecho a aceptar la asistencia sanitaria o rechazarla, sino de opinar sobre la preferencia de alguna de las alternativas propuestas como posibles y en criterio de la Corte Constitucional, aún en circunstancias de un desequilibrio psicológico, no sería razón, para no atender las preferencias del paciente. En tal sentido se ha sostenido por esa Corporación:

“Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo. Sin embargo, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento. *La voluntad del paciente de preferir una cosa sobre otra es una razón que el médico debe tener en cuenta. La contraindicación, en muchos casos, hace parte de los criterios de superación que el enfermo tiene en cuenta para determinar su estado de salud. Es posible establecer una diferenciación entre la situación mental del paciente - patológica o no - y su autonomía o capacidad para consentir.*

*En este orden de ideas, la contraindicación hace parte del espacio de discrecionalidad y autonomía que posee el paciente frente al médico al momento de la prescripción del tratamiento. Aun existiendo un desequilibrio psicológico de parte del peticionario, a partir del cual se pudiese concluir una agresividad especial contra sus semejantes, ésta no parece ser una razón para excluir al paciente de la posibilidad de opinar acerca del tratamiento que prefiere. El peticionario está capacitado para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su estado de salud.<sup>70</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).*

Dentro del ejercicio de la libertad del ser humano y de la autonomía del paciente de poder tomar decisiones respecto de su salud, en ejercicio de tal libertad, surge de manera necesaria el conflicto entre esos principios constitucionales que pregonan la libertad y el deber impuesto igualmente por la

---

<sup>70</sup> Sentencia T- 401 del 12 de septiembre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Carta Política, según el cual todo ciudadano debe velar por su propia salud y la de la comunidad. Efectivamente en el artículo 49 de la Constitución se establece este derecho de la siguiente manera:

“ARTICULO 49. Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: 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 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 de su comunidad.***

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica.

Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.” (Lo destacado no lo es el texto).

La profesora María Patricia Castaño de Restrepo, cita al profesor Carlos Fernández Sessarego, cuando sostiene en relación con los límites de la libertad:

*“...la libertad absoluta no existe, es un mito. Ella se encuentra condicionada por el propio mundo interior, por la envoltura sicosomática, y por las limitaciones múltiples que le vienen del mundo exterior, por las necesidades que la constriñen y por los valores que la urgen...”*<sup>71</sup>. (Lo destacado no lo es en el texto).

---

<sup>71</sup> El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, María Patricia Castaño de Restrepo, Editorial Temis, Pág 341, Bogotá, 1997.

La autora antes citada en relación con la autonomía del paciente sostiene:

*“La autonomía es manifestación del derecho a la libertad. Dicha autonomía en el caso del paciente se encuentra especialmente limitada por factores internos como el dolor, la angustia, el miedo, la ignorancia, etc., y por factores externos como la actitud asumida por los profesionales de la salud en algunos casos, los abrumadores avances tecnológicos en materia de servicios de la salud, la tendencia hacia la deshumanización de los mismos, el sentirse el paciente ficha de un sistema, o el simple número de una historia clínica o de una habitación, etc. Dentro de este contexto de limitaciones debemos ubicar un espacio para permitirle al paciente ejercer “su libertad”.*<sup>72</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Es inaceptable entonces la afirmación, según la cual la única limitación de la autonomía, es cuando con su conducta, se entre en conflicto con la autonomía de otra persona.

Aceptar el planteamiento que se comenta solo es posible, con el absoluto desconocimiento, de que además de los intereses puramente individuales, existen derechos sociales y públicos, qué de conformidad con el pensamiento de nuestro constituyente, tienen primacía, por ser precisamente de carácter general.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, María Patricia Castaño de Restrepo, Editorial Temis, Pág 342, Bogotá, 1997.

<sup>73</sup> **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.* **ARTICULO 49.** Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: 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.

(...)

**Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.**

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica.

Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

**ARTICULO 58.** Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con

Creemos que existe una colisión de derechos, de manera concreta entre el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, en el caso de los consumidores de sustancias estupefacientes y el deber constitucional que nos incumbe a todos, de cuidar de nuestra propia salud y la de la comunidad.

Y frente a esa colisión, creemos que de conformidad con los criterios impuestos en el artículo 1º de la Carta, debe prevalecer el deber de autocuidado constitucionalmente impuesto, puesto que mientras el libre desarrollo de la personalidad es un problema personal del consumidor, el incumplimiento del deber de autocuidado afecta no solo un problema de libertad personal e individual, sino que, por el contrario, se convierte en un problema general, social y concretamente de salud pública. No podemos olvidar que en el artículo primero se establece que en la República de Colombia debe prevalecer el interés general.<sup>74</sup>

## 8. Contenido y alcances del consentimiento informado.

El profesor Galán Cortés en otra de sus obras nos dice en relación al concepto y significación del consentimiento informado:

*“El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la Lex artis. constituye, por consiguiente, una exigencia de la lex artis para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica. Estamos, por tanto, ante un acto o proceso clínico más, cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad y que, en la actualidad, supone uno de los principales motivos de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica”.*<sup>75</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

---

la necesidad por ella reconocida, *el interés privado deberá ceder al interés público o social.*  
**ARTICULO 82.** *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*  
(...)

**ARTICULO 366.** *El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.* Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. (...)

<sup>74</sup> **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).

<sup>75</sup> Responsabilidad Civil Médica, Julio César Galá Cortés, pág. 621, E. Thomson Reuters Proview, Quinta Edición, Pamplona, 2016.

Finalmente debemos precisar exactamente qué es lo que se ha de indicar al paciente, y entre los aspectos que deben estar contenidos en la información que se proporciona, está el de fiabilidad técnica y científica del centro asistencial donde se va a realizar la intervención o el tratamiento, porque es claro, que si dicho establecimiento tiene deficiencias humanas en cuanto al personal científico con que cuenta, la tecnología que tiene a su disposición, y los insumos hospitalarios y farmacológicos de que dispone, se debe informar de ello al paciente, para que busque una nueva institución hospitalaria que le garantice la dotación humana y científica necesaria para el tratamiento a que va a ser sometido. Omitir este tipo de informaciones conlleva de manera necesaria a la obtención de un consentimiento no suficientemente informado y por tanto inválido.

En nuestra ya larga experiencia como asesor jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica, hemos visto multitud de casos, en los que los pacientes no fueron debidamente informados sobre los verdaderos títulos académicos que avalaban la idoneidad profesional de quien iba a realizar el tratamiento o la intervención, de la misma manera que no informaron sobre el verdadero nivel técnico y científico del sitio o lugar en el que se iba a realizar la actividad sanitaria, ni tampoco sobre la formación académica y experiencia del grupo humano que iba a intervenir en el tratamiento, o en la cirugía.

El profesor Galán Cortés en relación con este trascendental tema ha considerado:

*“El médico ha de informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir, de manera razonable, en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser conveniente, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado.*

*“Sobre este último aspecto, debe señalarse que si el centro sanitario al que el paciente acude no reúne los medios necesarios y adecuados para su tratamiento, y no se trata de ninguna urgencia vital e inaplazable, que hiciere inviable el retraso del proceder médico, debe informarse al enfermo de tales circunstancias, a fin de que pueda acudir a otro centro que reúna las garantías precisas para la terapia a la que va a someterse”.*<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés. Pág 175, E. Civitas, Madrid, 2001.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al sostener en relación con el consentimiento informado:

“La Corte mostró que en una sociedad democrática y pluralista, todo tratamiento médico debe contar con el permiso del paciente, salvo en los casos de urgencia o en situaciones asimilables. *Para que este consentimiento sea válido no sólo debe ser libre, sino que la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. El grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen a su vez de los riesgos, los beneficios y del propio impacto del tratamiento sobre la autonomía de la persona.* Así, si la decisión sanitaria recae sobre una terapia muy invasiva, o riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un "consentimiento cualificado".<sup>77</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

El Tribunal Nacional de Ética Médica, con ponencia del H.M. Germán Gamarra Hernández, en relación con esta temática sostuvo:

“Con relación al primer argumento, al negar la reposición el tribunal de primera instancia anotó “que el consentimiento informado para el procedimiento que realizó el doctor O. *no cumplía con los requisitos de un consentimiento válido, teniendo en cuenta que se trata de un formato preestablecido, en el cual no quedaban consignados los riesgos y beneficios del procedimiento, ni de otras posibilidades diagnósticas o terapéuticas,* y aunque en el caso referido se trataba de un paciente médico, ello no significa que conociera plenamente el procedimiento que se le iba a realizar”.

Al respecto, esta superioridad considera que “El consentimiento del paciente constituye uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. El otro elemento es el consentimiento del médico, quién desde su juramento hipocrático se obliga a prestar el servicio. El consentimiento, a su vez, constituye una declaración de voluntad de la persona, y para que una persona se obligue a otra, se requiere que sea capaz, que consienta dicho acto, que su consentimiento se encuentre libre de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y además tenga una causa lícita. El consentimiento debe ser libre porque si no es libre y exenta de vicios la autorización del paciente no existe y por lo tanto no puede ser legalmente válida.”

*De acuerdo con lo anteriormente anotado, para que el consentimiento informado tenga validez debe cumplir con las siguientes condiciones: capacidad, posesión del derecho, libertad, causa o motivo del acto, documento y reversibilidad.*

*En el caso sub júdice el paciente era mayor de edad en uso pleno de sus facultades mentales e intelectuales, que le permitía entender los posibles riesgos y beneficios de un procedimiento invasivo programado y aunque por el hecho de ser un paciente – médico -, no garantiza que tenga el conocimiento suficiente del procedimiento que se va a realizar, si se*

---

<sup>77</sup>Sentencia T 551 de 1999, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

*encuentra en mejor y mayor capacidad para entender y consentir el acto médico propuesto, que una persona que no tiene dicho conocimiento.*

Existe posesión del derecho, que en el presente caso es la vida y la salud del paciente; tanto el médico que realiza el procedimiento como el paciente son conscientes de que buscan mejorar el estado de salud y ante todo preservar la vida de la persona expuesta; a su vez, el acto médico se realiza de manera libre y voluntaria: la decisión que toma el paciente es personal, no se encuentra sometida a presión alguna y escoge entre dos riesgos, por un lado, dejar progresar la enfermedad y asumir sus consecuencias o aceptar el tratamiento y someterse a los riesgos que este conlleva.

*En la historia clínica y en las pruebas testimoniales adjuntas, existe evidencia de que la información que se le dio al paciente fue suficiente y clara. Adicionalmente, el paciente es un médico que por su profesión tiene conocimiento del procedimiento que se le iba a realizar y estaba siendo tratado por un profesional cardiólogo quién le indicó la necesidad e importancia del mismo para diagnosticar y tratar una posible enfermedad coronaria por lo que el argumento de que “por tratarse de un formato preestablecido en el cual no quedaban consignados los riesgos y beneficios del procedimiento, ni de otras posibilidades diagnósticas o terapéuticas” no puede aceptarse para decir que no existió suficiente información.*

*Adicionalmente, en la historia clínica existe un documento firmado por el médico y el paciente que soporta el consentimiento que se realiza. No hay queja por parte del paciente con relación a falta de información y el hecho de que la firma del documento por el médico corresponda a una firma electrónica, no exonera de responsabilidad al galeno quién reconoció su firma y su responsabilidad en la realización de dicho procedimiento invasivo.*

Con las consideraciones anteriores este tribunal nacional asume que no se configura la vulneración del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y en consecuencia procederá a absolver al inculpa-do”.<sup>78</sup>(Lo destacado no lo es en el texto).

La importancia de que el consentimiento informado quede inserto dentro de la historia clínica, y que se destaca como causal de absolución en la decisión anterior, se ratifica en la obra de Criado del Rio y Seoane Prado al sostener:

“La historia refleja todas las actuaciones sanitarias, toda la relación médico-paciente, una de cuyas manifestaciones ese el consentimiento informado. Esta es la razón de que una **historia clínica completa** deba contar también con la presencia del **consentimiento informado** (Aulló, M. y Pelayo, S., 1997; De Lorenzo J., y cols., 1997). Además, la historia clínica es el medio para demostrar el consentimiento informado (De Lorenzo, R. y Sánchez Caro, J., 1997). El documento de consentimiento informado debe formar parte de la documentación que comprende la historia clínica. Cuando no se ha efectuado este documento, la historia debe reflejar de un modo u otro, directa o indirectamente, que el paciente ha sido informado y ha consentido de forma válida, como reflejo y prueba del cumplimiento del deber de información y de obtención del consentimiento del paciente. Tan importante es que el médico haga constar el consentimiento informado en la historia clínica, como que incluya el **informe de alta voluntaria y las negativas rechazos, prolongaciones innecesarias... de los pacientes a las pruebas y tratamientos que prescribe**, desde la más banales hasta las que considera necesarias”.<sup>79</sup> (Lo destacado es del texto).

<sup>78</sup> Providencia No. 09-2018, 27 de febrero del año 2018, M.P.: Dr. Germán Gamarra Hernández

<sup>79</sup> Aspectos Médico- legales de la Historia Clínica, María Teresa Criado del Rio, Javier Seoane Prado, Pág 105. Editorial Colex, Madrid, 1999.

## 9. Gravedad de la dolencia.

Primero que todo, el médico debe valorar el nivel cultural del paciente y tener en cuenta, independientemente de lo anterior, que la inmensa mayoría de los pacientes no son médicos, razón por la cual debe utilizar un lenguaje coloquial y explicar de forma sencilla cuál es el posible diagnóstico, y cuáles son los exámenes de laboratorio, imágenes y cualquier otro medio investigativo indispensable para llegar a un diagnóstico lo más acertado posible.

Con las ayudas diagnósticas anteriores e identificado el problema de salud, se debe informar sobre su gravedad, el estado de su avance y posibilidades curativas, si es posible con tratamiento médico, o si es indispensable un tratamiento quirúrgico. En cualquiera de los dos eventos debe informar sobre la intensidad de los mismos, las secuelas posibles, los peligros y riesgos que cada uno genera y las consecuencias colaterales que se podrían sobrevenir, de la misma manera que la duración de los mismos, los costos probables y los inconvenientes que se pueden generar en cualquiera de las dos eventualidades.

En el Código de Ética Médica se determina que el médico no hará diagnóstico de la enfermedad sin las suficientes bases científicas, porque pese a la importancia que la auscultación que el médico debe realizar a todo paciente, -resultado de la escuela francesa de la medicina-, es una realidad, que existen una serie de factores que solo pueden ser vistos o percibidos, por los modernos sistemas de indagación, que la tecnología de punta con que hoy se cuenta en medicina y tenemos a disposición.<sup>80</sup>

De igual manera se debe informar sobre las posibilidades curativas y en caso de que ello no sea posible, el tiempo probable de duración de la enfermedad y su desenlace. Lo anterior, teniendo en cuenta las circunstancias psicológicas del paciente, porque en determinados casos toda la información, podría desencadenar, reacciones adversas por la depresión que la información podría desencadenar en el paciente. Esta eventualidad está prevista en la legislación ética colombiana en cuanto al deber de información por parte del médico, salvo en los casos en que ello no fuere

---

<sup>80</sup> Art. 11. La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

posible,<sup>81</sup> y en los casos en que la información contribuya a la solución de sus problemas espirituales y materiales.<sup>82</sup>

### 10. Urgencia del tratamiento.

Es necesario que establecido el diagnóstico, el médico tratante determine la gravedad de la enfermedad y la necesidad, urgencia, tipo de tratamiento y si es conveniente acudir a este antes que a la cirugía; no se debe olvidar que el médico no puede ordenar exámenes innecesarios, ni someter al paciente a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.

Si existen varias opciones curativas, es menester en principio aquella que se considere más rápida y efectiva, pero sin olvidar también que se debe seleccionar aquella que ofrezca menos peligros y que en la medida de lo posible ocasione menos incomodidades al paciente y frente a varias alternativas, el médico debe informar sobre las mismas, para que el paciente pueda tomar parte en la selección de la alternativa menos peligrosa o la menos incómoda, sin olvidar el problema de los costos económicos de los diversos tratamientos y la posibilidad de que el paciente los pueda enfrentar.

Acudimos nuevamente a las enseñanzas del profesor Galán Cortés que en relación con este tema nos indica:

*“Ahora bien, el que una intervención o actuación médica sea necesaria o indispensable para la curación de un paciente no exime al médico de cumplir con su deber de información. En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Corte de Casación Francesa, Cámara Civil, de 18 de julio de 2000, al declarar el carácter indispensable de una intervención quirúrgica no dispensa al médico de su deber de información. En este caso, la Corte de Casación Francesa condena a un neurocirujano que había operado con buena técnica quirúrgica, a una paciente afectada de una ciática paralizante y a la que no había informado de las secuelas que de tal proceder podrían derivarse, no tratándose de una intervención urgente, ni de un supuesto de imposibilidad o rechazo del paciente a ser informado”*.<sup>83</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

---

<sup>81</sup> **ARTÍCULO 15.** El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

<sup>82</sup> **ARTÍCULO 18.** Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarle a sus familiares o allegados, y al paciente, en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales o materiales.

<sup>83</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés. Pág 189, E. Civitas, Madrid, 2001

## 11. Necesidad y beneficios del tratamiento.

Quien toma la decisión final es el paciente, y en tales condiciones, es de lógica elemental que es este quien debe recibir la información más precisa en relación con la necesidad del tratamiento o intervención, al igual que de los beneficios, riesgos y posibles secuelas.

Se ha sostenido por la doctrina que en cuanto menos necesario sea un tratamiento, más detallada, extremada y rigurosa debe ser la información brindada al paciente, porque no se debe olvidar que en este tipo de casos se está en presencia de un paciente sano, que como consecuencia del tratamiento puede enfrentarse a riesgos y consecuencias negativas para su salud e incluso para su vida, porque nunca debe olvidarse, que cualquier tratamiento o intervención más o menos invasiva, conlleva un cierto riesgo y algunos peligros.

Es importante hacer así sea una breve referencia a la cirugía plástica, donde los deseos de belleza y perfeccionamiento del paciente, pueden chocar frontalmente con las promesas del cirujano, cuando después de la intervención, el paciente no encuentra el resultado acorde con sus pretensiones de belleza y perfección, y menos aún, con lo según él, le prometió o le ofreció el cirujano.

Creo que es una de las especialidades médicas donde se pueden presentar mayores problemas con la inconformidad del paciente, porque en las pretensiones de perfección y de belleza que tiene el paciente, en muchos casos el resultado no es lo que quería, esperaba, ni lo que supuestamente le había ofrecido el médico tratante; y en tales circunstancias se desencadenan los problemas, las denuncias y demandas de todo tipo.

Es importante destacar que la cirugía plástica contra lo sostenido por algunos no es una especialidad de resultados, sino que es de medios, cómo prácticamente todas las especialidades médicas, porque hay aspectos del funcionamiento orgánico de cada persona que son incontrolables por el médico, de tal manera que se presentan miles de casos en los cuales, pese a haberse seguido todos los protocolos y haberse hecho lo que debía de hacerse, los resultados son negativos, cuando no catastróficos. Citamos un fragmento de un trabajo del Dr Guzmán Mora, en la que se destacan algunas de las peculiaridades del órgano de la piel, que impiden, que en muchas ocasiones el resultado de la intervención del cirujano plástico, no sea el deseado:

“La Cirugía Plástica y Estética, ejercida por un cirujano plástico de verdadera escuela, no puede considerarse una obligación de resultado. Si se recuerda que la cirugía pudo desarrollarse gracias al sorprendente fenómeno de la cicatrización, y que este mecanismo fisiológico se basa en la actividad de las células de cada individuo, se puede afirmar que la cicatrización es, incluso a nivel ultraestructural, diferente en cada persona. Es imposible ofrecer una garantía de resultado y no de medio en un proceso sobre el cual el cirujano carece de control. En el instante en el que se incide la cubierta cutánea, se dispara el proceso de cicatrización y, desde ese momento, el cirujano pierde el control sobre el resultado final. En uno de los libros de cirugía plástica más conocidos (McCarthy y cols) se lee:

“Es fundamental que los cirujanos clínicos y los investigadores comiencen a darse cuenta de que lo que alguna vez fue considerado como un proceso de cicatrización normal o aceptable, no es ni lo uno ni lo otro. El afirmar que una herida cutánea que permanece cerrada representa un proceso normal, es ingenuo.”

Se carece de control sobre los procesos de epitelización, contracción cicatricial, síntesis de colágeno y matriz fundamental, remodelación del colágeno y modulación del proceso inflamatorio. El mismo autor afirma:

“En el curso de un desarrollo mayor, el hombre perdió la habilidad de regenerar órganos compuestos y tiene sólo un sustituto de tejido fibroso relativamente simple y frecuentemente insatisfactorio para restaurar la integridad física. Desafortunadamente, la reparación es considerada en un sentido general como beneficiosa. Sin embargo, el método de restaurar la integridad física con el depósito de proteína fibrosa (colágeno) puede producir complicaciones cosméticas y funcionales peores que la herida original.”

La piel es uno de los órganos más complejos del individuo, posee propiedades hemostáticas fundamentales, juega un papel claro dentro del sistema inmunológico, nos aísla del medio externo previniendo el acceso de bacterias, tóxicos y algunas radiaciones. Interviene en la termorregulación, en el proceso circulatorio, en la interrelación externa a través del tacto y temperatura, en la regulación hidroelectrolítica y en la excreción de hormonas. Por lo tanto, el reemplazo de la cubierta cutánea por el proceso de cicatrización no deja de ser, desde este punto de vista, insuficiente. La variadísima gama de eventos que ocurren en cada sitio traumatizado por la acción del cirujano incluye: movilización de plaquetas, mecanismos inflamatorios, acción de macrófagos y granulocitos, actividad de fibroblastos, síntesis de tejido colágeno y remodelación de la cicatriz, entre muchísimos otros.

Si a esto se suman las características de cada enfermo: edad, nutrición, deficiencias de algunas sustancias, hormonas, prostaglandinas, uso de fármacos, enfermedades asociadas e incluso variaciones debidas a la misma temperatura, se hace prácticamente impredecible un resultado concreto. ¿Acaso se puede predecir en forma absoluta si una paciente desarrollará una cicatriz hipertrófica, atrófica o un queloide en el postoperatorio de una mamoplastia, lipectomía o cualquiera otra cirugía? ¿Se puede asegurar que después de una dermoabrasión no quedarán trastornos pigmentarios? Muchos eventos permanecen aún ocultos al conocimiento y por lo tanto no son controlables.”<sup>84</sup>

## **12. Costos económicos del tratamiento y alcance de la protección de la EPS.**

Nadie puede negar los asombrosos desarrollos de la medicina, de la biotecnología, ni de la farmacología en general, de la misma manera que nadie puede negar los altísimos costos que se generan en la aplicación de las tecnologías de punta.

Se sabe que si bien la socialización de la medicina amplió su cobertura a un porcentaje muy amplio de los que integran la Nación colombiana, también lo es que algunas de las entidades prestadoras de servicios sanitarios han mirado más los servicios médicos y hospitalarios como un problema económico, que en la medida de lo posible debe producir utilidades; que en un servicio que debe buscar ante todo la preservación de la salud y la conservación de la vida.

---

<sup>84</sup> La cirugía plástica por cirujanos de escuela no debería ser considerada como obligación de resultado. Gaceta Jurisprudencial Nro 25, TNEM. Fernando Guzmán M. pág 335.

Lo anterior ha llevado a una pauperización del ejercicio de la medicina, que nos presenta profesionales de la medicina mal pagados por prestación de servicios, turnos peligrosamente prolongados, limitación en la autonomía médica en cuanto a los exámenes que pueden ser ordenados, limitación en cuanto a la farmacopea que puede ser prescrita y en los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que se pueden ordenar, y no las que debe ser ordenadas según el criterio científico del médico.

La conjunción de los anteriores problemas, conlleva a que exista un abismo entre la medicina que se dispensa en clínicas privadas y en los centros hospitalarios de las E.P.S., en los centros de salud o en los hospitales públicos. En tales circunstancias es claro que la inmensa mayoría de los pacientes no tienen capacidad para alcanzar determinadas soluciones médicas, ni tampoco la excelencia en la prestación los servicios médicos que debieran ser garantizados para todos los habitantes del territorio nacional.

Lo anterior para concluir que los aspectos económicos son determinantes en cualquier problema de tipo sanitario, razón por la cual el paciente debe tener la información la más completa posible de los costos reales del tratamiento o intervención, de la misma manera cuáles de tales costos son asumibles por la E.P.S respectiva, y qué otras alternativas podrían ser posibles que entrañen menores costos económicos.

### **13. Peligros, riesgos y secuelas del tratamiento.**

Estos son efectos que recaen única y exclusivamente sobre el paciente y su familia, razón más que suficiente para que la información de los peligros, riesgos y secuelas de un tratamiento médico o intervención quirúrgica sea lo más exhaustiva posible, para que el consentimiento que finalmente otorgue sea consecuencia de la información clara, precisa, completa, y que finalmente haya sido entendida por el paciente.

Igualmente, la doctrina ha sostenido que en cuanto más peligrosa sea una intervención, mucho más completa debe ser la información que el galeno proporcione al paciente.

Es importante citar al profesor Galán Cortés que acude a una sentencia del derecho argentino en relación con este problema al comentar:

“Señala la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional Civil de la República Argentina, de 20 de septiembre de 1985, que “cuando más peligrosa sea la intervención profesional, tanto más necesaria es la advertencia por parte del médico, quien puede llegar a ser responsable en la medida en que callare o atenuare los riesgos de aquellas”.<sup>85</sup>

Todo tratamiento médico implica riesgos, particularmente los invasivos y quirúrgicos, y esta realidad hace que, la exigencia en cuanto a la información relacionada con las posibles consecuencias del mismo sean exhaustivas, razón más que suficiente para tener la certeza de que cuando el paciente de su consentimiento lo haga con plena información sobre las posibles secuelas del tratamiento.

#### **14. Novedad del tratamiento, o carácter experimental del mismo.**

La medicina evoluciona y progresa día a día, es por ello que la biotecnología nos brinda cada vez con mayor frecuencia, novedosas tecnologías que modifican los procedimientos sanitarios hasta el día anterior reconocidos como los protocolos aprobados para determinados tratamientos o intervenciones quirúrgicas.

Pero es igualmente cierto que toda nueva tecnología o tratamiento exigen un conocimiento académico y tecnológico de la misma, al igual que un riguroso entrenamiento sobre esa nueva tecnología, y es claro que, si el médico ofrece al paciente ese nuevo protocolo, o esa nueva tecnología, debe informar sobre su conocimiento y entrenamiento en la misma, de la misma manera que la experiencia desarrollada en esa nueva técnica o en ese nuevo protocolo.

Galán Cortés en relación con esta problemática sostiene:

*“Otro factor a evaluar es la novedad del tratamiento, de tal forma que cuanto más novedoso sea un proceder terapéutico o diagnóstico, mayor rigor ha de presidir la información que se dispense al paciente.*

*Ya finales del siglo XIX, la jurisprudencia norteamericana tuvo ocasión de abordar la rigurosa necesidad de información ante técnicas o procedimientos novedosos. Así, en el caso *Carpenter vs Blake (1871)* evidenció un supuesto típico de ausencia de información, que derivó en la condena del médico. En este célebre supuesto, el Dr. Blake trató la luxación de hombro de una paciente mediante un método no ortodoxo para su época, y omitió informarle sobre los*

---

<sup>85</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés. Pág 189, E. Civitas, Madrid, 2001.

*cuidados necesarios, según el nuevo método utilizado, para que el tratamiento alcanzara el éxito perseguido. La paciente no observó, por no haber sido informada, ningún cuidado especial, por lo que el tratamiento resultó un fracaso. El médico fue declarado culpable de negligencia profesional*".<sup>86</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Con mayor razón tendría que ser la información, mucho más robusta y detallada, si se tratase de tratamientos en fase experimental, y es así como en la Ley 23 solo se autoriza la utilización de los mismos, en casos excepcionalmente graves y previa información cualificada al paciente.<sup>87</sup>

De conformidad con nuestra normativa, solo se podría acudir a los procedimientos experimentales "...en circunstancias excepcionalmente graves...", cuando ese nuevo proceder sea "...la única posibilidad de salvación...", y ojalá, por decisión tomada en junta médica.

### **15. Excepción terapéutica del deber de informar, riesgos de la información completa.**

Es una opción que siempre está presente y que no puede descartarse, cuando el médico, atendiendo a la inestabilidad psicológica del paciente, considera que la información completa puede ocasionar perjuicios psicológicos que incluso pueden ser contraproducentes con el tratamiento que se está dispensando. Es claro que en este tipo de casos el médico está autorizado para no dar la información, pero debe ser un aspecto que debe quedar debidamente documentado.

"Ya el juez Robinson, en la célebre sentencia del caso Canterbury versus Spence (Columbia 1972), subrayó dos de las excepciones que la doctrina judicial norteamericana había venido considerando en el desarrollo de la teoría del consentimiento informado; la urgencia y el "privilegio terapéutico". *Se señala en esta resolución que cuando el médico está firmemente convencido de que la información que le facilite al paciente le va a generar un daño psicológico severo, su deber de cuidado, entendido en conjunto, supera a su deber de información, que es solo un aspecto de aquel, debiendo cargar el médico con la prueba de que la acción es justificable*".<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés. Pág 190, E. Civitas, Madrid, 2001.

<sup>87</sup> ARTÍCULO 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

PARÁGRAFO. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica.

<sup>88</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés. Pág 194, E. Civitas, Madrid, 2001.

Los profesores Méjica y Díez, comentando la ley sanitaria española en relación al derecho del paciente a no ser informado sobre los aspectos técnicos, científicos y sanitarios del tratamiento, sostienen que el mismo encuentra su justificación y aplicación "...en aquellos supuestos de pacientes sugestionables que prefieren optar por desconocer la información de su proceso patológico y su diagnóstico por miedo a deprimirse o a cualquier otro procedimiento de índole psicológica que pueda ser contraproducente para su salud física y psíquica."

Refieren que la normatividad española exige que esta renuncia a la información quede registrada por escrito y consideran que se trata de un requisito *ad probationem* y *no ad solemnitatem*.<sup>89</sup>

### **16. Características y requisitos del consentimiento informado.**

El respeto a la autonomía del paciente es esencial en el ejercicio de la medicina, porque ubicándonos en nuestra realidad cultural y normativa, el hombre nace libre y en situación de igualdad respecto de las demás personas.<sup>90</sup> En el ejercicio de esta libertad se deja a su arbitrio determinar el curso de su vida y dentro del mismo, a disponer de su libertad de locomoción, de expresión, de información, de su conducta sexual, y para los efectos que nos interesan, a disponer de su cuerpo, de su salud y de su vida.

Dentro de esta última capacidad de la disposición de su cuerpo de conformidad con su cultura, y particularmente de sus creencias y prácticas sociales y religiosas, el hombre debe determinar libremente su capacidad para disponer de su cuerpo, solo él está en condiciones de asentir lo que se puede hacer sobre su corporalidad, y tal decisión libre, cobra mayor trascendencia si se tiene en cuenta que con cualquier asentimiento en relación con tratamiento, prescripción farmacológica o intervención quirúrgica puede estar poniendo en peligro su salud, su integridad física, su imagen estética, o incluso su vida.

---

<sup>89</sup> El Estatuto del Paciente Juan Méjica y José Ramón Díez, pág. 63, Ed. Thomson-Civitas. Navarra. 2006.

<sup>90</sup> 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. ...". (Lo destacado no lo es en el texto).

Desde la perspectiva del paciente, el consentimiento informado constituye una decisión de máxima trascendencia, puesto que lo que pone en juego es nada menos que su salud, su integridad física, su imagen ante el medio social, o su vida; y desde la perspectiva del personal sanitario, en cada caso, está siempre en riesgo su vida profesional, su responsabilidad civil contractual o incluso las responsabilidades disciplinarias y eventualmente penales.

Dentro de tan variados y trascendentes eventualidades, es claro que la información que recibe el paciente debe ser clara, completa y precisa; dentro de la que se debe individualizar las explicaciones de cuál es la situación o padecimiento que aqueja al paciente, qué se le va hacer o qué se le va a prescribir, cuál es el objetivo o finalidad de dicho tratamiento o intervención, y cuáles pueden ser los peligros y riesgos que asume al aceptar el tratamiento, prescripción o intervención quirúrgica, para que finalmente se le informe cuáles pueden ser las secuelas de lo que se le ofrece médicamente con finalidades de beneficencia, que bien puede ser curación, mejoramiento de las condiciones actuales, o paliación de sus padecimientos y dolores.

Dentro de la claridad de la información que el médico debe proporcionar al paciente para la obtención de un consentimiento informado legalmente válido, es indispensable que se proporcione toda la información sobre la preparación académica y el entrenamiento en concreto del médico en relación con el tratamiento, prescripción o intervención quirúrgica que esté ofreciendo al paciente, porque es claro que, a pesar que el consentimiento contenga toda la información sobre la justificación y finalidades buscadas con el servicio que se ofrece, con la información detallada sobre los riesgos y peligros que el mismo conlleva y sobre las posibles consecuencias o secuelas, si omite informar que carece de la especialidad, la experiencia, o del entrenamiento exigido para la prestación de esa clase de servicios médicos, el consentimiento será inválido, porque es evidente que con la omisión sobre la verdadera formación profesional del médico, se está engañando al paciente, tanto, que si se diera la información real sobre la capacitación del médico es probable que el paciente no consintiese en establecer esa relación médico-paciente.

No es menos importante dentro del consentimiento dejar constancia del sitio hospitalario en el que se va a realizar el procedimiento y de las tecnologías con que cuenta, y equipos de apoyo en el caso de un evento de repentina agravación del paciente, al igual que la capacitación del equipo médico y del personal auxiliar que han de participar.

Son múltiples los casos quirúrgicos realizados sin anestesiólogo, sin auxiliares de enfermería o en centros asistenciales, donde no existen unidades de cuidados intensivos, no existe provisión de sangre, y donde algunos de los partícipes carecen de las especialidades exigidas para intervenir en un determinado tipo de procedimientos.

Esa misma información clara y veraz se debe dar sobre los miembros del equipo médico, es decir sobre la capacitación y entrenamiento del grupo de personal sanitario que participará en la prestación del servicio, incluida la idoneidad profesional del anestesiólogo, del médico auxiliar y de todo el cuerpo médico que de una u otra manera va a participar en el tratamiento. Información que igualmente con las exigencias de veracidad y claridad debe extenderse respecto de los equipos que van a ser utilizados, los medicamentos empleados y sobre la capacidad tecnológica y sanitaria del lugar donde se va a realizar la prestación del servicio.

El no cumplir con los requisitos anteriores, debe entenderse como una forma engañosa de obtener el consentimiento, porque tratándose por ejemplo de una intervención de gran complejidad, no informar sobre la inexistencia de sangre para una emergencia, de una unidad de cuidados intensivos, o de la no participación de un anestesiólogo o la ausencia de cualquier equipo tecnológico exigido para intervenciones de gran complejidad, o de sustancias de cualquier naturaleza igualmente exigidas para casos de urgencia, constituyen en nuestro criterio informaciones incompletas en relación a aspectos sustanciales de datos que debe recibir el paciente. Obteniéndose el consentimiento con tales deficiencias informativas, habrá de concluirse en la existencia de un engaño en la obtención del consentimiento y consecuentemente de la absoluta invalidez del mismo.

No podemos olvidar que la responsabilidad del médico es de naturaleza contractual, de tal manera que para que el consentimiento tenga validez es menester que se reúnan los requisitos exigidos por el Código Civil para concluir en la validez de los contratos.

### **17. Consensualidad.**

El establecimiento de la relación médico paciente, constituye un verdadero acuerdo de voluntades, que se constituye en un contrato, de conformidad con las previsiones de la ley civil, acuerdo de voluntades que se perfecciona

con la libre expresión de la voluntad en relación con la aceptación de un tratamiento o de una intervención, decisión médica que debe surgir de los exámenes previos ordenados por el tratante, que lo llevaron a emitir un determinado diagnóstico y que el paciente acepta, con la advertencia previa de los riesgos a que se somete y las posibles consecuencias negativas, al igual que las secuelas derivadas de la intervención médica que pueda ocasionar.

El Código Civil define los contratos de la siguiente manera:

**ARTICULO 1495. DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION.** Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Y la misma codificación establece los requisitos de este tipo de convenciones de la siguiente manera:

**ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE.** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

La ausencia de uno cualquiera de estos requisitos hace inválido el consentimiento y puede generarle al médico diversas formas de responsabilidad.

### **18. Precisión de las prestaciones que incumben a los involucrados en la relación médico paciente.**

En toda relación contractual es indispensable que los que se ponen de acuerdo precisen y delimiten no solo los derechos que les incumben a cada uno de los contratantes, sino fundamentalmente los deberes y obligaciones.

En este aspecto hay que distinguir si la relación médico-paciente es privada e inter- personas, o es un paciente que recibe los servicios sanitarios de una organización institucional de la salud.

Y es importante hacer la distinción, porque si es una relación particular entre el médico y el paciente, entre las advertencias y recomendaciones estarán las

de precisar qué institución hospitalaria se va a utilizar, en caso de que fuere indispensable, al igual que los servicios de laboratorio, terapias y todos los aspectos que fueren necesarios, así como el equipo médico y sanitario en el caso de que fuere indispensable conformar un equipo sanitario.

Esta situación no se daría cuando se trata de una relación institucional, porque se sobreentiende que serán utilizados todos los recursos locativos, científicos, y humanos que brinde la institución a la cual se encuentre afiliado el paciente, o la que él haya escogido dentro de su autonomía para recibir el respectivo tratamiento.

En cuanto a las obligaciones del paciente, tanto en el aspecto económico, como en el prestacional, debe quedar muy bien estipulado el costo de la atención y la forma de pago, al igual que el cumplimiento exacto de todas las recomendaciones terapéuticas, establecidas por el médico como parte del tratamiento contratado.

### **19. Relación médico-paciente.**

La relación médico paciente surge de la consensualidad de dos personas, que con fundamento en la confianza y el respeto mutuos, establecen una relación contractual para la prestación de servicios sanitarios, de la que surgen alternativamente derechos y deberes para los involucrados en tal acto de consensualidad.

La ley de ética médica determina los requisitos que deben darse en la relación médico-paciente de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 5o.** La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos;

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

La Corte Constitucional hace un interesante análisis de la relación médico-paciente, en la que se destacan algunos de los elementos fundamentales de la misma:

**“RELACION MEDICO PACIENTE. CONFIANZA Y RESPETO**

Dada la delicada misión de quien tiene a su cuidado la salud de los seres humanos y las complejidades propias de la actividad que ella implica, *es necesario garantizar no sólo la confianza psicológica del paciente en su médico, y de éste en aquél, sino la efectiva prestación de los servicios profesionales en un clima de transparencia y lealtad que permita lograr el objetivo común de manera eficaz. La prestación de los servicios médicos y asistenciales exige recíproca confianza y mutuo respeto.*

**RELACION MEDICO PACIENTE. SEGUIMIENTO DE LAS PRESCRIPCIONES POR EL PACIENTE Y DCHO A RECHAZALAS.**

Se parte del supuesto del conocimiento y la experiencia profesionales en lo atinente a la elección de aquello que más convenga a los propósitos buscados, que se concretan en la salud integral del enfermo, bien sea mediante los procedimientos para su recuperación, ya en cuanto a las medidas preventivas indispensables para su sostenimiento. *Esas características mueven a las personas a acudir en su busca, puesto que confían en la virtud de los remedios, drogas y tratamientos que prescribe y de los cuidados y medidas que aconseja con el objeto de producir o propiciar la curación, el alivio o la mejoría para sus dolencias. Esa condición del médico hace necesario que el paciente se sujete de buen grado a sus indicaciones y que no le corresponda entrar en debates y discusiones con el tratante acerca de la bondad o idoneidad de las mismas, aunque, desde luego, goza de libertad para negarse a ponerlas en práctica o a permitir que se le practiquen los procedimientos clínicos prescritos, si bien tales decisiones deben ser asumidas por él bajo su propia responsabilidad.*

**RELACION MEDICO PACIENTE. PERDIDA DE CONFIANZA Y DCHO S BUSCAR NUEVO PROFESIONAL.**

*En caso de que definitivamente se pierda la confianza en el recetante, desaparece el motivo primordial de la relación entablada y, por tanto, a menos que las circunstancias lo hagan imposible en la situación concreta, puede el enfermo actual o potencial darla por terminada y buscar los servicios de quien, según su buen criterio, pueda contrarrestar sus males, evitarlos o disminuirlos.*

**MEDICO. FALTAS FRENTE AL PACIENTE.**

*Constituye falta del médico a su deber frente al paciente toda conducta consistente en formularle medicamentos o tratamientos de manera desordenada o descoordinada, sin llevar el registro de lo recetado u omitiendo dejar, para el paciente y para su historia clínica, la precisa constancia de lo actuado durante el tiempo en que le presta sus servicios. De allí que, como lo establece la Ley, sea obligatoria para todos los profesionales de la salud la exigencia de que, cuando formulen o prescriban la aplicación de drogas, lo hagan por escrito. El médico que no prescribe la droga por escrito, salvo caso de fuerza mayor o de extrema urgencia que haga indispensable recurrir a un medio telefónico o similar para salvar la vida del paciente, ya está incurso en una falta susceptible de ser sancionada de conformidad con la transcrita regla legal.*

**PACIENTE. DERECHO A CONOCER TRATAMIENTO.**

*Como es innegable el interés del paciente en cuanto al tratamiento que se le sigue, goza del derecho a conocer en qué consiste, cuáles son los nombres, ya sea científicos o comerciales,*

*de las sustancias que debe consumir o aplicarse en ejecución de la orden médica. Puede, entonces, interrogar al médico tratante a ese respecto y éste tiene la obligación de responderle. Si ante el requerimiento del paciente, se niega el facultativo a suministrarle la información a la que tiene derecho, pone en grave peligro sus derechos fundamentales y, aparte de las sanciones que se le pudieran imponer por transgredir los principios éticos que lo vinculan, puede ser demandado en acción de tutela, dada la indefensión del enfermo, para que cumpla con la indicada obligación.*

#### **RESERVA DE DIAGNÓSTICO MÉDICO. EXCEPCIÓN TERAPÉUTICA AL DEBER DE INFORMACIÓN.**

*Situación diversa es el de una posible y lícita reserva del diagnóstico sobre las enfermedades que padezca el paciente, en casos extremos, cuando precisamente por razón del estado de salud de aquél, según la apreciación del facultativo, una información completa al respecto, transmitida de manera abrupta o sorpresiva, pudiera precipitar desenlaces fatales. Se trata de eventos extraordinarios que ameritan un trato de suyo excepcional y aislado, y que no se pueden convertir en reglas generales, pues en ellos la actitud del médico se halla estrictamente condicionada por las circunstancias del caso concreto, bajo la única justificación de hacerse indispensable en guarda de la salud y la vida del paciente.*

#### **SECRETO PROFESIONAL.**

*Resulta equivocado atribuir al secreto profesional el carácter de barrera entre el profesional y la persona para quien desarrolla su actividad, pues, por el contrario, tiene el sentido de facilitar la mayor confianza y la libre circulación de informaciones entre ellas mediante la garantía de que todo cuanto en el curso de esa relación conozca el diplomado está cobijado por la reserva ante personas ajenas. La Corte no entiende que haya sido razón válida la expuesta por el médico a su paciente sobre la existencia de un supuesto secreto profesional para mantener por fuera de su conocimiento los nombres de los medicamentos que le aplicaba”.<sup>91</sup>*

## **20. La voluntad o asentimiento del paciente al inicio de esta relación.**

Lo ideal es que siempre la voluntad del paciente se manifieste por escrito y de manera previa al inicio de cualquier actuación por parte del profesional de la salud.

Es obvio, que sería imposible, pretender llevar estas exigencias a todas y cada una las consultas que atienden los médicos diariamente, y en este tipo de casos, tenemos que pensar en la existencia de un consentimiento presunto, o tácito,<sup>92</sup> que surge del proceder de quien lo emite, y se deduce de

---

<sup>91</sup> Sentencia T 151 de 1996. M. P. José Gregorio Hernández G.

<sup>92</sup> Cabanellas del vocablo “Consentimiento” nos dice: “Del verbo latino consentire, de cum, con, sentire, sentir; compartir el sentimiento o el parecer. Aprobación, aceptación, acatamiento voluntario. Licencia, autorización, permiso que se concede. Tolerancia, libertad, condescendencia. Y el mismo autor del consentimiento presunto nos dice: “. El

su conducta o comportamiento; es claro que si el ciudadano solicita una consulta para ser atendido por una determinada dolencia que lo aqueja, está manifestando su aceptación en el establecimiento de una relación médico paciente y de las naturales consecuencia que se deriven de la misma.

El TNEM, en relación con el consentimiento tácito sostuvo con ponencia del H.M Gabriel Lago B. el 18 de abril de 2017:

“Respecto al consentimiento tácito esta Corporación se ha manifestado anteriormente:

### 1. CONSENTIMIENTO INFORMADO TÁCITO

*Expresa la doctora PAULA GUZMAN BACCA lo siguiente:*

*La palabra consentimiento proviene del latín consensus “cum” “sentiré” que se considera un equivalente de asentir. Al consentir con alguien o con algo estamos ejecutando una expresión de auto-determinación ejercida por nuestra voluntad; ésto, por su puesto, suponiendo una decisión lícita, libre de vicios (error, fuerza y dolo) tomada conscientemente y con plena capacidad para hacerlo.*

*Podemos definirlo como la manifestación de una o más voluntades dirigidas a crear, extinguir o modificar una relación jurídica entre ellas. Los elementos indispensables para que nazca a la luz del derecho son: voluntad, capacidad, objeto, causa y por su puesto la validez.*

*Podemos afirmar que la relación Médico – Paciente es un negocio jurídico bilateral y oneroso en la mayoría de los casos, con una relación contractual de prestación de servicios. La naturaleza del contrato se ha confirmado en Sentencia del 5 de diciembre de 2002 del Honorable Consejo de Estado, consejero ponente Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, que ha dispuesto que: “Se trata de una relación médico-paciente en la cual los dos tienen que consentir en forma general para la celebración del contrato, y consentir en particular para la praxis especialmente riesgosa”. También se hace referencia en la misma sentencia a la responsabilidad que genera al afirmar que: “El consentimiento produce efectos tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual donde hay ausencia de vínculo o en la responsabilidad derivada del efecto en la ejecución de las relaciones regladas”.*

*En el ámbito médico existe el consentimiento informado. Se trata de un elemento estructural de la relación médico-paciente en donde el galeno se encuentra sometido al deber de información*

---

que se da por supuesto, por deducción del planteamiento de un negocio jurídico o de la actitud de una de las partes. Basándose en él, se articula por los legisladores la regulación de los cuasicontratos. Difiere del consentimiento tácito en el que éste existe, efectivo consentimiento, pero no manifestado de palabra o por escrito, sino por los hechos. El mismo autor de este último consentimiento nos enseña: “El Consentimiento tácito resultará de los hechos o de actos que presuponen, o autoricen a presumirlo; excepto en los casos en que la ley exija una manifestación expresa de esa voluntad, o cuando las partes hayan estipulado que sus convenciones no sean obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas, Tomo II, pág. 308, 309, E. Heliasta, Buenos Aires. 1996.

*y el paciente a tomar una decisión consciente y libre de aceptar o no someterse al acto médico propuesto, basado en la comunicación que se le haya suministrado. Esta debe ser previa, clara, completa, suficiente, adecuada y real para no vulnerar su libertad. El consentimiento se presenta como uno de los elementos indispensables del contrato de prestación de servicios y como medio idóneo para la manifestación de la voluntad del paciente que ha de estar exenta de vicios y que debe contar con plena validez para evitar su nulidad. Es por esa razón que se deben tener en cuenta condiciones mínimas como: la mayoría de edad, capacidad mental, concordancia entre lo querido y lo aceptado.”...*

*La Corte Constitucional contempla el consentimiento tácito para ciertas prácticas y en determinados casos. Este punto se evalúa en la Sentencia SU 337-99 “En tal contexto, y de acuerdo a la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso pueda ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, “el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento”. Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, entre más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada.” (Subrayado no lo es en el texto).*

*Siendo esta una actividad diferente a la comercial y teniendo en cuenta las implicaciones que tiene el tratar con la vida y dignidad de un ser humano, el médico está obligado a informar clara, completa, suficiente y adecuadamente el acto al cual el paciente bajo su cuidado estará sometido y este, así mismo, tiene el derecho a expresar su voluntad al aceptar o rechazar el tratamiento. Es por esto que es errado pensar que existe consentimiento tácito al sugerir que, si la comunicación recibida por el paciente y que lo llevará a tomar la decisión sobre su tratamiento viene por parte un tercero o algún medio diferente al médico tratante, puede tomarse como cumplida la obligación del profesional de la salud. Es igualmente incorrecto pensar que el silencio o una conducta positiva frente a la propuesta del médico son suficientes para considerarlas como la exteriorización de la decisión de un paciente, puesto que la verdadera expresión de la voluntad requiere que se haga de manera inequívoca y sin espacio a interpretaciones.*

*A pesar de que está permitido por la legislación que el consentimiento informado pueda recibirse de forma verbal lo ideal, en cualquier caso, sería que la voluntad estuviera contenida en un documento escrito, mientras las circunstancias lo permitan, sin importar el carácter o la naturaleza del procedimiento para tener un sustento documental de llegar a presentarse futuras controversias.” (Providencia 77-2013. M. P. Fernando Guzmán Mora)*

Es importante traer a colación el pensamiento del profesor González Morán en su obra “De la bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte”, que piensa que el consentimiento informado es como una especie de procedimiento de tracto sucesivo que se va repitiendo y reiniciando a lo largo de la relación médico-paciente:

“En estrictos términos conceptuales, el consentimiento informado tampoco es un proceso: en un sentido amplio puede decirse que el consentimiento se va formando, construyendo a través de un proceso de información, asesoramiento, preguntas al médico y respuestas de éste, planteamiento y resolución de dudas e inquietudes. Por lo cual sería más exacto decir que este proceso va ofreciendo los materiales de conocimiento para la toma de una decisión libre y responsable”.<sup>93</sup>

## 21. El error.

Es un conocimiento viciado, equivocado, que riñe con la realidad de los hechos. El Diccionario de la lengua en relación con este vocablo nos dice que es un juicio falso sobre algo, y de manera concreta en relación con el consentimiento nos dice: “Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él, o de su objeto”.

Si el error es invencible,<sup>94</sup> constituye causal de exclusión de responsabilidad penal.

En esta temática es claro que se produce fundamentalmente el error en que puede incurrir el paciente, por una indebida, inadecuada o falta de claridad en la información que le brinda el médico para explicarle la razón del tratamiento o intervención, los objetivos buscados, los riesgos en que se incurre y las posibles secuelas negativas.

<sup>93</sup> De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Luis González Morán, Pág. 267, E. Dykinson. Madrid, 2006

<sup>94</sup> “ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.

.....

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

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

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

Algunos miembros del cuerpo médico, por la habitualidad en el ejercicio profesional, olvidan que el inmenso porcentaje de los pacientes no son médicos y la mayoría con una precaria cultura, que les impone, si en realidad quieren cumplir con la exigencia de la información para la obtención de un consentimiento válido, la obligación de utilizar un lenguaje coloquial que le permita al paciente comprender cuál es la dolencia que lo afecta, su gravedad, necesidad del tratamiento, posibilidades de curación, tratamientos alternativos, cuando ello es posible médicamente, riesgos y secuelas. El médico debe saber que su deber es informar, pero debe esforzarse porque su interlocutor *comprenda* dentro de su capacidad cultural, sobre lo que se le está informado.

Lo anterior no quiere decir, que el médico igualmente puede actuar bajo error, puesto que un buen simulador, puede presentar ante el médico, síntomas de una enfermedad inexistente, porque no debe olvidarse que la primera información que recibe el médico sobre su nuevo paciente, es la que este le brinda y es claro que con síntomas inventados o simulados puede engañar al médico, para que por ejemplo le dé una incapacidad laboral. Es claro que en este tipo de casos no existe ninguna responsabilidad para el médico.

Pero en este caso específico, la existencia de un posible error se dirige fundamentalmente a un consentimiento otorgado por el paciente con base en un error de comprensión, de allí, la exigente obligación del galeno de dar la información, lo más completa posible, sin la utilización del lenguaje técnico, y colocándose a la altura cultural del paciente, para que este comprenda claramente el tratamiento que se le va a dispensar, los riesgos a que se somete al aceptarlos y las posibles consecuencias secundarias que el mismo le puede ocasionar.

## **22. La fuerza.**

La utilización de cualquier forma de violencia, física o psicológica invalida el consentimiento y creemos que una de las formas excepcionales de obtener el consentimiento por la utilización de la violencia psicológica, sería la de exagerar las consecuencias negativas de la dolencia que se sufre; o acelerar injustificadamente los resultados nefastos de no hacer el tratamiento de manera inmediata; o de cualquier manera pintar un cuadro dramáticamente grave, para inducir al paciente a tomar una decisión de inmediato en relación con el necesario consentimiento.

### **23. El dolo.**

Es muy difícil pensar en la relación médico paciente, en una actividad dolosa por parte del profesional de la salud, pero creo que con esta feroz competencia desatada en el mercado sanitario, -y por sobre todo en ciertas especialidades-, y la situación de desigualdad en el mercado profesional en que se encuentran los médicos generales en relación con los especializados y sub-especializados, hay un comportamiento doloso, de quien careciendo la idoneidad académica en una determinada especialidad, se presenta ante el paciente como un experto en esa rama de la medicina, precisamente en la especialidad requerida por el paciente.

El consentimiento obtenido en tales circunstancias no solamente es inválido, sino que se podrían sobrevenir diversas formas de responsabilidad en el ámbito disciplinario, en el penal y en la responsabilidad civil.

### **24. La culpa.**

En sus diversas manifestaciones, de impericia, negligencia e imprudencia, es evidente que la culpa genera diversas formas de responsabilidad, porque acudiendo a conceptos elementales, quien actúa sin tener la formación adecuada para realizar cierto tipo de procedimientos, es imperito en esa materia y por tal razón, de manera irresponsable está poniendo a sus pacientes y a la comunidad en general, a riesgos sumamente graves, lo que genera una clara responsabilidad que se hace indispensable destacarla y publicitarla para ejercer la defensa de la comunidad y de sus miembros.

La impericia se identifica con la torpeza, la inhabilidad, la inexperiencia, la incompetencia, la ineptitud, la ignorancia y la incapacidad para realizar ciertas conductas que exigen determinada formación académica o una determinada experiencia, en tratándose de oficios.

La negligencia es el actuar descuidado, desatento, desidioso, indolente, desaplicado, apático y peligroso, que obviamente puede, y de hecho las produce, consecuencias negativas trascendentes para los pacientes y para la comunidad en general, que indispensablemente genera la necesidad de combatir estas formas irresponsables de ejercer la profesión médica, en defensa de los intereses de las personas y de la comunidad de que hacen parte.

Finalmente la imprudencia, que corresponde al comportamiento precipitado, atrevido, arriesgado, o mejo alocado, necio, insensato e igualmente peligroso, es la conducta de quien realiza intervenciones sin el concurso del equipo sanitario con el que debe actuar, o procede sin la tenencia de los medicamentos, provisión de sangre, u otras sustancias o equipos, porque considera que con su pericia no los necesita, o el de quien, no se ciñe estrictamente a los protocolos, porque los considera innecesarios y que puede actuar sin sujeción a los mismos.

Es claro que en la información que se debe dar al paciente para obtener de él, el consentimiento informado, el médico no puede incurrir en ninguna de las tres formas conocidas de la culpa.

Si bien es cierto que la demanda de servicios sanitarios llega casi que al infinito, y la demanda de los mismos genera un exceso de pacientes que de manera general deben atender a diario los médicos, la exigencia de la elaboración del consentimiento informado no puede ser considerado como parte de simples trámites administrativos, y en muchas ocasiones como “papeleos” inventados por burócratas desocupados, pero pese a la realidad anterior consideramos inconveniente el consentimiento informado previamente impreso y que el paciente debe simplemente limitarse a firmar, porque así se lo solicita un funcionario administrativo.

El exceso de trabajo no es excusa válida para no elaborar el consentimiento informado, ni adelantar la historia clínica, con toda la información y precisión que es exigida en cada uno de estos documentos.

Los ya citados Criado del Rio y Seoane Prado, frente a la incomprensión y al desconocimiento de las finalidades y objetivos del consentimiento informado por parte de ciertos médicos, que desconocen la evolución de la medicina de su fase paternalista a la de la libertad y la autonomía nos enseñan:

*“A pesar de esta evolución el médico no siempre adopta la postura correcta ante el deber del consentimiento informado (Coucero,A., 1991; Broggi, M., 1997); unas veces sigue adoptando una postura paternalista en la que considera que el ejercicio de estos derechos es un privilegio que el médico puede conceder o no al paciente en función de su criterio (que puede ser el adecuado o no) y de lo que el considera más adecuado. Otras veces el médico, desde una perspectiva legalista, afirma que es necesario informar, pero por imperativo legal, porque la ley otorga a los pacientes un derecho que se traduce en la aparición de un documento jurídico: el consentimiento informado, actitud que es expresión de una medicina defensiva, que no traduce el verdadero sentido del consentimiento informado. Y por último están aquéllos*

*que adoptan una actitud moral y normativa y consideran que ejercer estos deberes es una obligación moral del médico, que lleva a considerar al paciente como persona y entender que tiene la capacidad para elegir en relación a sus conductas o las que se van a aplicar sobre él en función de su propio sistema de valores.* Postura que es la que hay que defender, de la que se deriva el rol del médico “novedoso”, que no es ni paternalista, ni “ejecutor” de un derecho de los enfermos, sino corresponsable con los pacientes, en el marco de una relación dinámica en la que la información y el consentimiento son factores de la mayor importancia”.<sup>95</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

La complejidad del ser humano en su conformación somática y psíquica es de tal naturaleza, que podríamos afirmar que cada ser humano es como su huella digital, única e irrepetible; y en tales circunstancias se puede afirmar que no existe una misma enfermedad que se produzca y desarrolle de manera perfectamente similar en dos pacientes.

Lo intrincado de cada ser humano, desde la perspectiva psico-somática hace que cualquier enfermedad siga variantes diversas, de conformidad con las circunstancias particulares, únicas e irrepetibles de cada paciente y de su entorno físico, social y psíquico.

La realidad anterior hace que los consentimientos informados previamente impresos, sean insuficientes en sus espacios en blanco, áreas que no siempre cubren las necesidades de pacientes especiales, y de manera general, los espacios para ser llenados son de tamaño minúsculo, de tal manera que son igualmente insuficientes para satisfacer las necesidades que requieren determinados pacientes.

La historia clínica y el consentimiento informado son los mayores y más trascendentes escudos protectores que tiene el médico en el ejercicio de su actividad profesional, y si ello es así, vale la pena sacrificar unos minutos más de la labor diaria, en diligenciar estos documentos de manera clara, pormenorizada, detallada, resaltando particularmente los aspectos de salud negativos que pudiera tener el paciente, para anotar las advertencias sobre riesgos producidos como consecuencia de esas preexistencias y las medidas preventivas razonables, que correspondan a los estándares generalmente aprobados, para evitar un resultado desafortunado, y en el eventual caso que se produjera, demostrar que se actuó con toda la prudencia exigida para ese tipo de casos y que previamente se tomaron las medidas que debían de tomarse para evitar el resultado desafortunado.

---

<sup>95</sup> Aspectos Médico- legales de la Historia Clínica, María Teresa Criado del Rio, Javier Seoane Prado, Pág. 102. Editorial Colex, Madrid, 1999

## **25. Ignorancia del paciente.**

Es una problemática bastante generalizada, porque no estamos haciendo referencia a los que no tuvieron la opción de superar los primeros tropiezos con el ABC de la cultura, sino que de manera general, el paciente por desconocer la ciencia médica, se enfrenta a un profesional, que está en la obligación de superar las barreras impuestas por el lenguaje técnico, por la ignorancia que lo separan de su paciente y obtener una comunicación clara, precisa, entendible, en la que se le demuestre al paciente el porqué de la necesidad del tratamiento, o de la intervención, de los riesgos a que se somete al aceptar el diagnóstico médico, las posibles consecuencias previsibles y las secuelas que se podrían sobrevenir.

Diríamos que se trata de una labor que requiere de una inmensa paciencia y de una gran capacidad de comprensión, que debe tener todo médico, desde el mismo momento en que como una expresión de su solidaridad, decidió escoger como destino laboral de su vida, esta sacrificada y difícil actividad profesional.

## **26. Aspectos culturales y religiosos.**

Nunca podré olvidar la profunda experiencia que me produjo, siendo muy joven la lectura de la autobiografía de Mahatma Gandhi, cuando ejerciendo como abogado en Suráfrica, enfermó gravemente uno de sus hijos y la recomendación del médico tratante frente a un grave estado de debilidad, es que debía proporcionársele caldos con proteína para que pudiera enfrentar los embates de la enfermedad, y que si no se procedía de tal manera la vida del niño estaba en grave riesgo.

Luego de una terrible y conflictiva reflexión entre la vida de su hijo y el respeto de sus creencias, se determinó por el respeto de sus creencias religiosas ancestrales. Afortunadamente el hijo no falleció, pero me parece que este pasaje de la vida de uno de los hombres más importantes del siglo pasado y en mi criterio personal, de los más influyentes en la historia de la civilización humana, nos revela de cuerpo entero la trascendencia que tiene en el ser humano los aspectos religiosos y culturales que se han adoptado como un modelo de vida.

Se cita a continuación la decisión de una paciente, en un caso fallado por la Corte Constitucional,<sup>96</sup> que decide no acudir a los servicios médicos, arguyendo entre otras razones las siguientes: Servicios médicos muy onerosos, no querer dejar sola a su hija al tener que viajar a la ciudad de Medellín, y por su especial convicción religiosa de que “Cristo la va a aliviar”:

“La decisión de María Libia Pérez Duque de no acudir a los servicios médicos en la ciudad de Medellín, entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, *su especial convicción de que “Cristo la va a aliviar”, y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.*” Sentencia T-93. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Y a continuación otra sentencia de la misma Corporación,<sup>97</sup> donde se analiza el derecho a la libertad religiosa, y los derechos que ella conlleva para que algunas personas con fundamento en sus respectivos credos, rechacen ciertos servicios sanitarios, y al mismo tiempo el derecho de los médicos de no operarlas por no cumplir con las prescripciones ordenadas.

Se trata de un caso bien interesantes porque los médicos se abstuvieron de intervenirla: “...para corregir la presencia de un cuadro médico de pancreatitis y cálculos en vesícula, dada la negativa de la accionante de recibir transfusiones sanguíneas, como postura de su vocación religiosa (Testigos de Jehová).” Y además los médicos: “... estiman que dada la naturaleza altamente riesgosa de este tipo de operaciones (cirugía electiva con elevado índice de sangrado), es necesario prever el suministro de sangre para cubrir cualquier contingencia.”

Pese a que: “... la accionante expresa que, en comunicación dirigida a la institución médica, se hizo responsable de las posibles consecuencias que pudieran presentarse por su negativa de recibir transfusiones sanguíneas. No obstante, la entidad demandada mantiene su negativa en consideración a que cualquier operación debe someterse a los parámetros determinados por ella. “.

Tantos en las instancias, como en la sentencia de revisión de tutela por parte de la Corte Constitucional, los fallos ampararon a los médicos en su decisión de rehusar hacer la cirugía, por la posición de la paciente de rechazar la posibilidad de transfusiones sanguíneas si fuera menester:

---

<sup>96</sup> Sentencia T-93. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>97</sup> Sentencia T 823 02. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

### “DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA.

*Este derecho ha sido concebido jurisprudencial y doctrinalmente, como aquél que le permite a cada persona de forma independiente y autónoma creer, descreer o no creer en una determinada religión como medio de separación entre lo sagrado y lo profano, reconociendo a cada hombre su derecho a mantener la integridad de sus creencias, de alterar sus convicciones religiosas o de asumir posturas ateas o agnósticas, tal y como, lo disponen, entre otros, los artículos 12 y 18 de los citados instrumentos internacionales de derechos humanos. Es posible concluir que la libertad religiosa no puede asimilarse al ejercicio de los cánones morales exclusivos de una religión, sino que ampara a todas aquellas manifestaciones, creencias y fenómenos individuales o colectivos que relacionan al hombre con la concepción de una existencia suprema o preeminente (ya sea en dogmas monoteístas o politeístas), a partir de los cuales sus seguidores pueden asumir pilares de comportamiento destinados a enaltecer su espíritu y a fijar parámetros éticos que delimiten su conducta. La Sala encuentra que si bien la accionante es titular del derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en los artículos 18 y 19 de la Constitución, que le permiten profesar y divulgar libremente su religión, no es menos cierto que su padecimiento le afecta su derecho a la salud en conexidad con la vida digna. Por otra parte, no puede endilgarse responsabilidad en los profesionales tratantes por el hecho de rehusarse a operar en acatamiento de los mandatos de su profesión dado el incumplimiento de la accionante a obedecer las instrucciones clínicas necesarias para garantizar sus derechos a la vida y a la salud (lex artis).*

### CONVIVENCIA DE DERECHOS

*Uno de los límites impuestos al ejercicio de la libertad religiosa, lo constituye el deber específico de no abusar de los derechos propios cercenando el alcance de otros derechos fundamentales o sacrificando principios constitucionalmente más importantes. Así, el uso de un derecho debe ser razonado, proporcional y adecuado a los fines que persigue, sin comprometer la integridad de una garantía o de un principio fundamental de mayor entidad. Ante la dificultad que surge de armonizar el ejercicio de algún derecho fundamental con los distintos principios, valores y derechos previstos en la Carta, esta Corporación haya previsto la denominada tesis o doctrina de la convivencia, según la cual, éstos pueden hacerse compatibles sobre la base que siendo generalmente relativos, su ejercicio es lícito mientras no se lesione ni amenace otros derechos fundamentales, ni se atente contra el bienestar general.*

### DERECHO A LA VIDA. NEGATIVA A INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE PERSONA TESTIGO DE JEHOVÁ.

*Teniendo el derecho a la vida un carácter prioritario y el derecho a la salud una connotación irrenunciable, no es admisible que, so pretexto de aplicar una determinada doctrina, ciertos grupos religiosos pretendan limitar el acceso de sus fieles a la ciencia médica, a las intervenciones quirúrgicas o a los tratamientos terapéuticos indispensables para proteger sus derechos fundamentales. Ello, en contraste con la posición asumida por dichos credos de dar prevalencia a determinados procedimientos que mejor se ajustan a sus creencias espirituales, pero que resultan carentes de respaldo científico y que pueden llegar a ser potencialmente inseguros para salvaguardar la salud y la vida de las personas. En efecto, la Corte ha sostenido que el derecho a la vida constituye un valor superior e inviolable que se funda en un presupuesto ontológico para el goce y la ejecución de los demás derechos de carácter fundamental, y así lo han reconocido varios instrumentos internacionales de derechos fundamentales. De acuerdo con los presupuestos anteriormente fijados, la Sala concluye que en caso de existir contradicción entre las decisiones que una persona adopta en virtud de su culto o religión*

*y el derecho fundamental a la vida con todo lo que él comporta, debe prevalecer este último como derecho prioritario e inviolable.*

#### CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE. EXIGENCIA PARA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA.

*A partir del reconocimiento de la libertad y autonomía de hombre y en aplicación de sus atributos de autodeterminación y disponibilidad, surge el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: 'nadie puede disponer sobre otro'. Dicho precepto normativo exige el consentimiento informado del paciente como requisito sine quo non para adelantar cualquier tipo de tratamiento clínico que exija el mejoramiento de un estado patológico. Al respecto, la Ley 23 de 1981 (Código de ética médica) determina que: "...el médico debe considerar y estudiar al paciente como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes...". De modo que: "...Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente..." . Es posible concluir que cualquier tipo de tratamiento, sea de carácter ordinario o invasivo, exige el consentimiento idóneo del paciente (bien sea manifestado de manera expresa o de forma tácita), so pena de incurrir en una actuación ilegal o ilícita susceptible de comprometer la responsabilidad médica. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que legitiman a dichos profesionales para actuar sin consentimiento alguno, en acatamiento básicamente del principio de beneficencia. A saber: (i) En casos de urgencia, (ii) cuando el estado del paciente no es normal o se encuentre en condición de inconsciencia y carezca de parientes o allegados que lo suplan y; (iii) cuando el paciente es menor de edad.*

#### DERECHO A LA SALUD. PRESTACIÓN DE SERVICIO MÉDICO A PERSONA TESTIGO DE JEHOVÁ

*La Corte estima que surgen dos alternativas para la señora Carmona Vélez destinadas a salvaguardar su derecho a la salud: (i) acudir a las entidades prestadoras del servicio que estén dispuestas a intervenirla quirúrgicamente bajo sus precisas condiciones, o, (ii) solicitar la convocatoria de una junta médica que evalúe la lex artis del médico tratante y determine su pertinencia. En todo caso, salvo la presencia de circunstancias de urgencia que legitimen una actuación por fuera del consentimiento del paciente, no puede ni soslayarse la voluntad del enfermo ni atentarse contra la conciencia sanitaria del profesional médico".<sup>98</sup>*

En una nueva decisión de la Corte Constitucional,<sup>99</sup> se reiteró el derecho a la libertad de cultos, y el derecho de los Testigos de Jehová, de manera concreta, de renunciar al tratamiento ofrecido, en este caso transfusión sanguínea, pero al mismo tiempo, el derecho a la continuidad de la prestación del servicio sanitario, con otros tratamientos alternativos:

<sup>98</sup> Sentencia T 823 02. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>99</sup> Sentencia T 052 10 M. P. Mauricio González Cuervo.

**“DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS Y DERECHO A LA SALUD.**

*Con el propósito de garantizar la libertad de cultos, se debe entender que la renuncia al tratamiento por parte del accionante no lo hace perder el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud; sigue en pie el deber de la EPS de otorgar al solicitante tratamientos alternativos. Ahora, en aras de garantizar de manera efectiva el ejercicio de la libertad de cultos del accionante sin que necesariamente se obligue de manera incondicional al sistema de salud a otorgar una alternativa que supla efectivamente el tratamiento inicialmente prescrito, esta Sala como consecuencia de lo expuesto protegerá la salud y la vida digna del accionante bajo dos premisas: (i) el accionante tiene derecho a seguir siendo tratado médicamente, por tal razón (ii) el Comité Técnico Científico está en la obligación de darle una segunda opción (sobre la base que se le ofreció una opción que no aceptó) consistente en un medicamento o procedimiento que se encuentre avalado por el INVIMA”<sup>100</sup>*

**27. Incapacidad del paciente.**

Es elemental, que quien emite su consentimiento desde la perspectiva contractual debe ser una persona que tenga plena normalidad en su capacidad intelectual y volitiva, porque de no ser así, es claro que el consentimiento otorgado será inválido.

La incapacidad de la persona puede ser permanente o transitoria, y en el segundo caso, la capacidad de determinarse autónomamente debe existir en el momento de otorgar su consentimiento.

La incapacidad puede surgir de la minoridad, porque el legislador considera acertadamente que antes de cumplir los 18 años entre nosotros, la persona no ha adquirido la madurez necesaria para autodeterminarse a plenitud y tener plena conciencia de la trascendencia futura que pueden originar las decisiones y las obligaciones que puede asumir.

La problemática del menor es tan compleja, que en el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010 se prohibió expresamente la anticoncepción quirúrgica a menores de edad, y nos parece que siendo la paternidad un aspecto tan trascendente en la vida del hombre, se deja que sea esa persona, la que decida en ese aspecto, una vez haya cumplido la mayoría de edad.

La norma anterior fue demandada por ser contraria a los preceptos de la Carta, pero la Corte Constitucional por medio de sentencia C 131 del 2014, la declaró exequible. Entre los argumentos de los demandantes se postuló la violación del principio del libre desarrollo de la personalidad, y se estimó que

<sup>100</sup> Sentencia T 052 10 M. P. Mauricio González Cuervo.

era necesario para evitar los frecuentes embarazos de niñas discapacitadas. La Corte por su parte, insistió en su postura jurisprudencial, según la cual, las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos, y por tanto tienen derecho a gozar de los derechos sexuales y reproductivos, al igual que el derecho a conformar una familia; el Estado le debe garantizar el ejercicio de estos derechos, y los representantes legales de los discapacitados no tienen una competencia ilimitada, y su ejercicio se debe compatibilizar con la autonomía de los representados.

Al considerar que la esterilización quirúrgica es un procedimiento irreversible, recomendó la utilización de otros medios anticonceptivos, como es el caso del consumo de medicamentos.

Y finalmente reiteró que en el caso de esterilización quirúrgica, que si era una persona discapacitada que puede manifestar su consentimiento futuro, se debe preservar su derecho a decidir por sí misma, y en el evento de que la discapacidad le impida manifestar su voluntad, los padres deben solicitar la autorización judicial para realizar la intervención si se trata de un menor de edad.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Acorde con lo anterior, no es posible afirmar que la prohibición de acceder a la anti-concepción quirúrgica impida adoptar la decisión de procrear o no porque los menores adultos podrán acceder a todos los demás métodos anticonceptivos de carácter no permanente, tales como las pastillas anticonceptivas, los preservativos, entre muchos otros, que son igualmente efectivos pero que no tienen naturaleza definitiva. En otras palabras, no hay afectación a los derechos sexuales y reproductivos porque no se impide que los jóvenes en edad de procrear planifiquen el número de hijos que quieren tener a través de todos los demás medios existentes.

5.4.4. Además, la Corte considera que la prohibición de la anti-concepción quirúrgica busca un propósito no solo legítimo sino incluso importante desde la perspectiva constitucional, puesto que, al tratarse de un procedimiento irreversible y definitivo, intenta salvaguardar la posibilidad de que en el futuro los menores tomen esta decisión, una vez adquirida la madurez necesaria y puedan asumir las consecuencias que ella implica luego de expresar su consentimiento pleno e informado. Al someterse a tan temprana edad a esta intervención, puede pasar que, al adquirir la persona mayor madurez, se arrepienta posteriormente de la decisión tomada en la adolescencia.

.....

Algunos de las decisiones más significativas en este tema se enuncian brevemente a continuación. En la sentencia T-850 de 2002, la Corte examinó la tutela presentada por la madre de una mujer de 19 años quien sufría de retraso mental y epilepsia refractaria, la cual consideraba que la negativa de la EPS adscrita al Seguro Social de realizarle la esterilización quirúrgica desconocía los derechos de la joven por cuanto se encontraba en riesgo de quedar embarazada. Dado que la mujer discapacitada había manifestado que en

Igualmente, en la Ley 1799 de 2016, se prohibió la realización de intervenciones estéticas a los menores de edad, para evitar que algunos padres pudieran buscar con este tipo de procedimientos, crear una determinada imagen de los menores para explotarlos económicamente.

el futuro deseaba ser madre, la Corte consideró que existían otras medidas menos lesivas de la autonomía personal de la joven, que la anticoncepción quirúrgica, por consiguiente se ordenó que en ese caso se optara por otro mecanismo no definitivo de anticoncepción que no restringiera irreversiblemente el ejercicio de la autonomía de la mujer y ordenó a las autoridades que promovieran las condiciones para asegurar la igualdad real de a joven a través de cursos de educación especial en los que se incluyera el tema de la educación sexual y reproductiva.

.....  
También la sentencia T-1019 de 2006 se ocupó del sometimiento de una menor discapacitada a la anticoncepción quirúrgica como medida para asegurarle mejores condiciones de vida, planteando los dilemas que supone el hecho de que la persona no pueda dar su consentimiento. En vista de que existía duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro por parte de la menor, se decidió proteger esa posibilidad a menos de que se comprobara la necesidad del consentimiento sustituto. Se puso de presente la importancia de que en estos casos se pueda mitigar los efectos negativos que las limitaciones imponen a estas personas y que impiden su libre autodeterminación con el fin de garantizar su dignidad. Se destacó que, en general el consentimiento informado y la autonomía de la voluntad *"son criterios prioritarios, más no absolutos, sin los cuales no se pueda proceder médicamente en todos los casos"*. Claramente se exceptúan los casos de peligro inminente para la vida. De todos modos, la persona que autorice que se intervenga sobre su propio cuerpo, debe contar con la capacidad para *"reconocer la importancia y seriedad de su decisión, así como también tenga claridad sobre el racionamiento que debió hacer para dar su aceptación"*. Solo cuando las facultades mentales, físicas o síquicas de una persona no le permitan otorgar un consentimiento razonado, libre y espontáneo, surge la posibilidad que otro de su consentimiento sustituto también precedido de una amplia y detallada información por parte de los médicos y demás profesionales competentes. La autorización judicial será necesaria cuando la intervención implique decidir de manera definitiva sobre alguna función orgánica de una persona.

Igualmente, en la sentencia T-560 A de 2007 se reiteró la importancia de contar con la autorización judicial para realizar la anticoncepción quirúrgica de menores de edad en condición de discapacidad frente a quienes se hubiese comprobado la imposibilidad de otorgar su consentimiento futuro sobre este tema. De modo tal que solo *"cuando se deduzca que no es posible que la menor llegue a comprender el alcance de la maternidad, y por ende, las consecuencias de la esterilización, es viable que el juez ordinario autorice su realización, siempre que dicha decisión cuente con el consentimiento de ambos padres"*. En otras sentencias[63], en las que también se examinaba la posibilidad de someter a la anticoncepción quirúrgica a personas en condición de discapacidad, la Corte siguió el precedente fijado por la jurisprudencia buscando proteger la autonomía individual a menos de que existieran circunstancias excepcionales en las que fuera imposible que el afectado pudiera otorgar el consentimiento para la intervención de manera lúcida y consciente de sus implicaciones y consecuencias.

La incapacidad surge de causas múltiples y es así, que, por inmadurez cronológica, el menor no se encuentra en capacidad de emitir un consentimiento válido; de la misma manera, la incapacidad puede originarse en enfermedades mentales o por intoxicación alcohólica, por la ingesta de sustancias sicotrópicas o por traumas.

---

Recientemente, la sentencia T-063 de 2012 recogió las reglas jurisprudenciales sobre representación en materia de anticoncepción quirúrgica de discapacitados y concluyó que: "*(i) la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que "debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones"; (ii) si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es decir, el discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, "salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia o abandono-*"[64].

6.2.4. A partir de estas consideraciones, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1) Las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos.
- 2) En este orden de ideas, gozan de derechos sexuales y reproductivos y del derecho a fundar una familia y de asumir la progenitura responsable, siempre que así lo quieran de manera libre e informada.
- 3) El Estado no solo está en la obligación de proteger a estas personas, sino que debe también disponer de todos los medios para que estas puedan gozar de sus derechos, comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la sexualidad y a la familia y promover la eliminación de barreras para favorecer su inclusión plena en la sociedad.
- 4) La representación de las personas en condición de discapacidad no tiene un alcance ilimitado y debe siempre ser compatible con la autonomía de los representados la cual no equivale a la capacidad civil de los mismos.
- 5) En el caso de la esterilización quirúrgica de los menores en condición de discapacidad, la jurisprudencia ha reiterado que en caso de que exista la posibilidad de que el sujeto pueda otorgar su consentimiento futuro para dicha intervención, podrá resguardarse su derecho a decidir. En caso de que se compruebe lo contrario, ambos padres, titulares de la patria potestad sobre los hijos, deberán solicitar autorización judicial para realizar la operación cuando se trate de menores de edad -salvo que resulte imposible la solicitud de alguno de los padres por ausencia o abandono.

.....

La jurisprudencia ha establecido que, cuando se trata de menores en condición de discapacidad, respecto de los cuales se haya comprobado la imposibilidad de que en el futuro otorguen su consentimiento para someterse a la esterilización, ambos padres podrán solicitar autorización al juez para practicar la anticoncepción quirúrgica. Por consiguiente, en dicho proceso judicial, deberá demostrarse que el menor sufre de problemas mentales que efectivamente le impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones.

- .....
- (i) De un lado, la capacidad futura de otorgar el consentimiento para la anticoncepción

Cualquiera que sea la causa de la incapacidad, es evidente que el consentimiento emitido en cualquiera de esas circunstancias será inválido.

quirúrgica, lo cual presupone la posibilidad de comprender, no solo las implicaciones de la intervención como tal, sino de los efectos a nivel de su capacidad futura de procrear. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que una persona que puede decidir con plena conocimiento someterse a la esterilización es alguien que también puede comprender la responsabilidad de tener hijos y que por ende puede ejercer plenamente sus derechos sexuales y reproductivos. Por el contrario, alguien que no está en posibilidad de comprender en qué consiste y cuáles son las consecuencias de la operación de esterilización, como en el caso de discapacidades mentales severas y profundas[66], difícilmente estará en capacidad de asumir la responsabilidad de la maternidad o de la paternidad porque no comprende las implicaciones de poder o no procrear. No se trata en este caso de una restricción de derechos en razón del tipo de discapacidad, sino de la protección de personas que se encuentren en un estado de discapacidad tal que les impida ejercer dichos derechos.

.....

6.4.3. De este modo, la Corte estima, tal y como se señaló al resolver el cargo 1º que, siempre que exista un riesgo inminente para la vida del paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida y la integridad del menor en condición de discapacidad siempre que éste, de manera reflexiva y consciente, no decida lo contrario.

En estos eventos se requerirá que la decisión sea consentida por el propio menor y que un grupo interdisciplinario certifiquen que el menor conoce y comprende las consecuencias de la cirugía. Asimismo, deberá existir un concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger la vida del menor en condición de discapacidad y que no existen otras alternativas para evitarlo. De todos modos, se requerirá que el juez valore cada caso para determinar si el menor tiene capacidad reflexiva para negarse o consentir el procedimiento.

6.4.4. La otra excepción a la prohibición de someter al menor discapacitado a la anti-concepción quirúrgica es la imposibilidad futura de consentir. Si no hay capacidad de consentir, ni existe la posibilidad de que se desarrolle en el futuro, tampoco se atenta contra el derecho a una autonomía que no puede ejercer el menor. Solo así se logra proteger la vida y la integridad del niño, y se logra evitar su instrumentalización cuando no existen otros mecanismos eficaces para evitar la procreación.

En otras palabras, la Corte considera que, en estas circunstancias, debe tenerse en cuenta el hecho de que, si el menor no comprende ni existe la posibilidad de que en el futuro entienda las implicaciones de la operación y el significado de la maternidad o de la paternidad, ello significa que se encuentra un nivel severo o profundo de discapacidad que le impide tomar decisiones al respecto y que, por ende no podrá ejercer libremente sus derechos sexuales y reproductivos.

Por consiguiente, en este caso, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, y deberá contar con el certificado médico interdisciplinario en el que se constata el grado profundo y severo de discapacidad que impide el consentimiento futuro del menor. Lo anterior será evaluado por el juez en cada caso particular y será él quien tome la decisión que mejor optimice los derechos del menor.

6.4.5. Cabe precisar que la posibilidad de realizar la esterilización, bajo las condiciones

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con los servicios sanitarios de personas discapacitadas y ha analizado la problemática del consentimiento informado. En tal sentido ha sostenido:

*“La jurisprudencia constitucional ha determinado que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y de especial protección constitucional y ha reiterado que la discapacidad debe ser afrontada desde una perspectiva holística en donde se le deben brindar a estas personas las herramientas y apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar dicha condición. Lo anterior, implica abandonar la visión de la discapacidad como una enfermedad”.*<sup>102</sup>

Pero esta posición jurisprudencial es reciente, porque surge de nuevas realidades legislativas, primero por la aprobación, de la Convención de la ONU, sobre los derechos de las personas con discapacidad, -Ley 1346 de 2009-, complementada posteriormente por la ley 1996 de 2019 mediante la cual se regula la capacidad legal de las personas discapacitadas. En relación con esta nueva concepción la Corte consideró:

*“La Convención impone a los Estados, de una parte, la obligación de abstenerse de cualquier medida que prive a las personas con discapacidad del reconocimiento de su capacidad jurídica, y, de otra parte, el deber de garantizar que los particulares no interfieran con el ejercicio de la capacidad jurídica de estos sujetos. EN CONSECUENCIA, LOS ESTADOS TIENEN UN MANDATO PARA REEMPLAZAR LOS REGÍMENES BASADOS EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES SUSTITUTIVAS POR SISTEMAS DE APOYO A LA ADOPCIÓN DE DECISIONES. ESTOS ÚLTIMOS SE CARACTERIZAN POR LA PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD*

---

anteriormente mencionadas, no incluye a los discapacitados mentales menores de 14 años dado que, antes de esa edad, se presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a dicha intervención.

#### **6.5. Conclusión del cargo 2º.**

6.5.1. La Corte considera que la prohibición de someter a los menores con discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica es acorde con la Constitución porque (i) el Legislador está habilitado para regular todo lo concerniente a la progeneración responsable, (ii) existe un deber constitucional de protección del menor de edad en condición de discapacidad y (iii) la edad no se constituye en criterio semi- sospechoso de discriminación.

6.5.2. No se desconoce el derecho a la autodeterminación de los menores en condición de discapacidad porque estos pueden acceder a otros mecanismos no irreversibles ni definitivos para controlar la reproducción hasta tanto cumplan la mayoría de edad.

6.5.3. Se excepciona a la prohibición de someter a estos menores en condición de discapacidad en dos casos: (i) cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz del embarazo certificada por los médicos y autorizada por el menor, previa autorización judicial; (ii) cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial. Sentencia C 131 de 2014. M.P. Gloria Stella Delgado O

<sup>102</sup> Sentencia C 182 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, DE SU AUTONOMÍA Y SUS PREFERENCIAS. De este modo, el Comité es enfático en afirmar que "[l]os Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos".<sup>103</sup>*

Esta nueva realidad normativa y jurisprudencial, en principio lleva, a la desaparición del consentimiento sustituto que daban los representantes legales de los menores y de los discapacitados cognitivos, pero como se va a analizar más adelante esta nueva normatividad tiene graves problemas, al crear una presunción legal de autonomía de todas las personas discapacitadas, haciendo una distinción diría que bastante rudimentaria entre los que de alguna manera pueden manifestar su voluntad y aquellos que no lo pueden hacer de ninguna manera.

Y damos este calificativo, porque entre los unos y los otros, hay todo un universo de discapacitados, entre los que estarían algunos que pueden manifestar su consentimiento en relación con problemas sencillos y cotidianos, pero no tienen la capacidad para manifestar de manera responsable su consentimiento a problemas tan complejos como la vida sexual y reproductiva.

Ahora no debe olvidarse que el constituyente al consagrar la familia como célula fundamental de la Nación, estableció una serie de deberes que tienen los que conforman esta unidad familiar, entre ellos el de la paternidad responsable (art 42 C.P.) y no podemos menos que preguntarnos, ¿aquellos discapacitados que si pueden manifestar su consentimiento en relación con la idea de conformar una familia, tienen la capacidad suficiente para entender los deberes y obligaciones que le llegan con este compromiso?. ¿Tienen la capacidad laboral suficiente para enfrentar las responsabilidades económicas surgidas del mantenimiento de una familia?.

Finalmente en dos de sus artículos, 54 y 56, se reconoce la existencia de discapacitados que de ninguna manera podrían manifestar su voluntad, para los que se concibe el proceso de adjudicación judicial de apoyos.: “...siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.”<sup>104</sup>

<sup>103</sup> Sentencia C 182 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>104</sup> Ley 1996 de 2019. Art. 54.

## 28. Minoridad de edad.

Por medio de la Ley 27 de 1977, nuestro legislador bajó la edad de la mayoría ciudadana de 21 a 18 años.<sup>105</sup> Nos parece que fue una decisión acertada de nuestro legislador, porque es una realidad que por múltiples cambios sociales y culturales, derivados fundamentalmente de los grandes adelantos tecnológicos, especialmente en los medios de comunicación, los jóvenes de hoy maduran más rápidamente a como fue la evolución cronológica de nuestros abuelos, padres y de nosotros mismos, en la formación de la personalidad y el carácter.

El propio legislador ha mostrado su preocupación por el consentimiento emitido por un menor y es así como en el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010, se prohibió de manera expresa la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.<sup>106</sup>

Igualmente, la Ley 1799 de 2016, prohibió la realización de procedimientos estéticos a los menores de edad. En tal sentido se dispuso:

“ARTÍCULO 1o. **OBJETO.** La presente ley tiene por objeto prohibir los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para pacientes menores de edad y establecer el régimen sancionatorio a quienes violen esta prohibición.”<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> ARTICULO 1o. Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años.

ARTICULO 2o. En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años.

<sup>106</sup> Artículo 7°. **Prohibición.** En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

<sup>107</sup> ARTÍCULO 2o. **DEFINICIÓN.** Para todos los efectos de la presente ley se entenderá por procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos todo procedimiento médico o quirúrgico de corrección de alteraciones de la norma estética con la finalidad de obtener una mayor armonía facial y corporal, así como también de tratamientos médicos de embellecimiento y de rejuvenecimiento.

ARTÍCULO 3o. **PROHIBICIÓN.** Se prohíbe la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en pacientes menores de 18 años. El consentimiento de los padres no constituye excepción válida a la presente prohibición.

El artículo anterior fue declarado condicionalmente exequible por sentencia C-246 17, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz D., en el sentido de que la prohibición allí establecida no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan capacidad evolutiva para discutir con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de intervenciones.

La anterior se trata de una importante normatividad, por medio de la cual se prohíbe la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos a menores de edad, y consideramos que se trata de una norma trascendente, porque es una realidad que algunos padres podrían con propósitos de explotación comercial sobre sus hijos, pretender la realización de ciertos procedimientos estéticos, que posteriormente podrían no haber tenido aprobación por parte de los afectados.

Sobre la anterior legislación hubo pronunciamiento de la Corte Constitucional, Sentencia C-246 de 2017, en la que se precisa que tal prohibición no aplica para adolescentes mayores de 14 años, “..... con capacidad evolutiva, para participar con quienes tiene la patria potestad en decisión acerca de riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado “. La Corte consideró que los menores entre 14 y 18 años, que de conformidad con el código civil, tienen capacidad para contraer matrimonio, debían de tener la capacidad para emitir su criterio sobre la viabilidad de este tipo de operaciones estéticas. Ilógico sería que tuvieran capacidad para casarse y no para tomar parte en la decisión de una intervención estética.

Los razonamientos para llegar a tal conclusión fueron los siguientes:

---

**ARTÍCULO 4o. EXCEPCIONES.** La anterior prohibición no aplica a cirugías de nariz y de orejas, cirugías reconstructivas y/o iatrogénicas de otras cirugías, peelings químicos y mecánicos superficiales, y depilación láser. Tampoco aplica a cirugías motivadas por patologías físicas o psicológicas debidamente acreditadas por los respectivos profesionales de salud.

En los casos de cirugías motivadas por patologías físicas o psicológicas, el cirujano deberá solicitar un permiso especial a la entidad territorial de salud para la realización del procedimiento.

**PARÁGRAFO.** El Ministerio de Salud deberá establecer los trámites y documentos requeridos para la expedición del permiso de que trata el inciso anterior, en un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley.

**ARTÍCULO 5o. RESTRICCIONES PUBLICITARIAS.** Prohíbese la promoción publicitaria dirigida a menores de edad de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos.

Prohíbese el uso de modelos menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética, y procedimientos estéticos de cualquier tipo. Prohíbese la difusión de aquellas campañas a las que se refiere el inciso anterior, que previa la entrada en vigencia de la presente ley utilizan la imagen de modelos menores de edad.

Los incisos antes destacados fueron declarados exequibles por Sentencia C- 246 de 2017, con ponencia de la H. M. Dra. Gloria Stella Ortiz D.

*“La edad de 14 años es el momento que, en general, se ha establecido que los menores de edad pueden tener la madurez para comenzar a asumir obligaciones y responsabilidades en la sociedad, como, por ejemplo, el matrimonio. Así, supone un mínimo razonable que cumple con la obligación del Estado de proteger a los niños y niñas de los posibles daños para la salud y de determinaciones que podrían comprometer su autonomía futura, sin desconocer que a partir de dicha edad hay otros derechos que también deben ser garantizados. A su vez, la prohibición entre las edades mencionadas desconoce el derecho de los padres de ejercer el consentimiento sustituto en el marco de la responsabilidad parental, lo cual está en contravía del derecho a la intimidad en el ámbito de la familia. Así pues, aun cuando la medida persigue fines constitucionalmente imperiosos como la protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes, la intervención del Estado en las decisiones sobre el cuerpo de menores de edad, especialmente de las mujeres entre los 14 y 18 años, que además impide a los padres ejercer su responsabilidad parental, es una medida paternalista de género desproporcionada en relación con el sacrificio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. Por ende, la norma acusada tiene problemas de inconstitucionalidad al establecer una prohibición que no respeta las capacidades evolutivas de los adolescentes a partir de los 14 años en la adopción de decisiones acerca de su cuerpo que involucran intervenciones en la salud y en su identidad personal. No obstante, el efecto de una inexactitud sería permitir la preeminencia del consentimiento sustituto de los padres en relación con un asunto de identidad, lo cual también desconocería el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad en cuestiones determinantes para su autodefinición y omitiría la protección de su autonomía futura. Luego, la posibilidad de realizar este tipo de procedimientos sólo puede proceder a partir de los 14 años y cuando las capacidades evolutivas de los adolescentes efectivamente les permitan autodefinirse y generar una opinión reflexiva sobre la decisión y sus riesgos. Por las anteriores razones, se hace uso de las facultades de esta Corporación para modular sus fallos y se declarará exequible el artículo 3° de la Ley 1799 de 2016<sup>108</sup> en el entendido de que la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado.*

#### DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

*El derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía personal protege la posibilidad para los individuos de escoger libre y espontáneamente, según sus convicciones y criterios, el modelo de vida que deseen llevar a cabo, sin interferencias indebidas. Lo anterior, significa la posibilidad de construir la identidad*

*personal mediante la autodefinición, lo cual cobija desde la apariencia física y el modo de vida hasta la identidad sexual o de género. Esto es, un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos o tatuajes o su ausencia hasta la identidad de género. En concordancia, la naturaleza de estas determinaciones también está amparada por el derecho a la intimidad y de la garantía de ambas protecciones se fundamenta la prohibición de interferencia del Estado o terceros en el ejercicio de este derecho que encuentra sus límites en los derechos de los demás y el orden jurídico.*

<sup>108</sup> ARTÍCULO 3o. **PROHIBICIÓN.** Artículo CONDICIONALMENTE exequible. Se prohíbe la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en pacientes menores de 18 años. El consentimiento de los padres no constituye excepción válida a la presente prohibición.

### CONSENTIMIENTO INFORMADO.

*La jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado, como un principio autónomo que a su vez protege la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, es un componente esencial de los derechos a la salud y de acceso a la información. Por ello, el consentimiento informado debe cumplir con tres requisitos: debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos; (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento. Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito para los eventos en los que la intervención o el tratamiento son altamente invasivos. En este sentido, este Tribunal ha determinado que la complejidad de la intervención en la salud también es proporcional al grado de competencia del individuo. Además, para todos los casos se requiere que la persona pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo.*

### DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A SER ESCUCHADOS EN LA TOMA DE DECISIONES.

*El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto. Las limitaciones en ambos espectros se encuentran mediadas por las capacidades evolutivas de los menores de edad, así como por el tipo de intervención que se va a realizar con el objetivo de maximizar siempre el ejercicio de la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes con ciertas excepciones. Así, para sopesar el valor de la opinión del menor de edad acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto. Así, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que dependiendo de los factores, otorga un mayor o menor peso a la posición del niño. No obstante, los niños, niñas y adolescentes siempre deben ser escuchados y deben poder participar de las decisiones”.*<sup>109</sup>

Pese a que la Ley 1996 de 2019, determina que es para garantizar los derechos de las personas discapacitadas mayores de edad, en el artículo 7° se regula la situación de los discapacitados menores de edad, respecto de los cuales se deben tener los mismos apoyos consagrados en esta ley “...para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad”.

<sup>109</sup> Sentencia C 246 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortíz D.

Es decir que en relación con los menores no habría la opción del consentimiento sustituto emitido por los representantes legales, sino seguir las previsiones sobre los apoyos y salvaguardias establecidos en la Ley 1996 de 2019.

## 29. Problemas mentales.

Es perfectamente claro que las enfermedades mentales afectan los aspectos cognoscitivos o los volitivos, casos en los cuales, evidenciada cualquiera de las dos afecciones es imposible tener por válido el consentimiento proferido por una persona en tales condiciones, cuando se trata de alteraciones profundas de la conciencia.

En el Código Civil se establecía el principio general de la capacidad jurídica para todas las personas, excepto las que la misma ley declarase como incapaces.<sup>110</sup> Y en el artículo 1504 se declaraban como absolutamente incapaces a los dementes, impúberes y sordomudos que no podían darse a entender por escrito. Esta norma fue modificada por el artículo 57 de la ley 1996 de 2019.<sup>111</sup>

Esta ley dispone en su artículo 1° que su objeto es establecer las medidas necesarias para garantizar “la capacidad legal plena” de las personas con discapacidad mayores de edad:

“ARTÍCULO 1o. **OBJETO.** La presente ley tiene por objeto establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma.”

Luego en el artículo 6° se consagra una presunción legal de capacidad

“ARTÍCULO 6o. **PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD.** *Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones,*

---

<sup>110</sup> Código Civil. Art. 1503. Toda persona es legalmente capaz. Excepto aquellas personas que la ley declara incapaces.

<sup>111</sup> ARTÍCULO 1504. INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

*sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.*

*En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.*

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

PARÁGRAFO. El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.

Es importante destacar que, a pesar de la consagración legal de la presunción de capacidad plena de los discapacitados, en la misma norma, en los artículos 54 y 56 se reconoce la triste realidad, de que hay discapacitados con alteraciones profundas de la conciencia, que ni siquiera con los apoyos y salvaguardias previstos en la ley, podrían manifestar su voluntad para contraer compromisos de naturaleza jurídica:

“ARTÍCULO 54. **PROCESO DE ADJUDICACIÓN JUDICIAL DE APOYOS TRANSITORIO.** Hasta tanto entren en vigencia los artículos contenidos en el Capítulo V de la presente ley, *el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio*, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.”

(.....)

“ARTÍCULO 56. **PROCESO DE REVISIÓN DE INTERDICCIÓN O INHABILITACIÓN.** En un plazo no superior a treinta y seis (36) meses contados a partir de la entrada en vigencia del Capítulo V de la presente ley, los jueces de familia que hayan adelantado procesos de interdicción o inhabilitación deberán citar de oficio a las personas que cuenten con sentencia de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la presente ley, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, a que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos.

(.....)

El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo:

*a) La verificación que permita concluir, cuando sea el caso, que aún después de haber agotado todos los ajustes razonables y apoyos técnicos disponibles, la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio posible.*

*b) Los apoyos que la persona requiere para la comunicación y la toma de decisiones en su vida diaria; o en lo relacionado al manejo financiero, salud y demás aspectos relevantes, en caso de que la persona se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio. (.....).”* (Lo destacado no lo es en el texto).

Establecido el reconocimiento de incapacidad absoluta cognitiva y volitiva de ciertos discapacitados, en el artículo 53,<sup>112</sup> prohíbe la interdicción judicial de los discapacitados y en el 55,<sup>113</sup> se ordena la suspensión inmediata de todos los procesos de interdicción que estuvieran cursando en el momento de entrada en vigencia de esta ley.

En el artículo 54, se establece el proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio por parte del juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico quien: “.puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencia por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.”<sup>114</sup>

A pesar de que en la adjudicación judicial de estos apoyos necesarios se reconoce que es para discapacitados que se encuentren absolutamente imposibilitadas para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, en el inciso final de la norma que se comenta se dispone:

“La persona titular del acto jurídico podrá oponerse a la adjudicación judicial de apoyos en cualquier momento del proceso.”

---

<sup>112</sup> ARTÍCULO 53. **PROHIBICIÓN DE INTERDICCIÓN.** Queda prohibido iniciar procesos de interdicción o inhabilitación, o solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación para dar inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley.

<sup>113</sup> ARTÍCULO 55. **PROCESOS DE INTERDICCIÓN O INHABILITACIÓN EN CURSO.** Aquellos procesos de interdicción o inhabilitación que se hayan iniciado con anterioridad a la promulgación de la presente ley deberán ser suspendidos de forma inmediata. El juez podrá decretar, de manera excepcional, el levantamiento de la suspensión y la aplicación de medidas cautelares, nominadas o innominadas, cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad.

<sup>114</sup> ARTÍCULO 54. **PROCESO DE ADJUDICACIÓN JUDICIAL DE APOYOS TRANSITORIO.** Hasta tanto entre en vigencia los artículos contenidos en el Capítulo V de la presente ley, el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.

El proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio será promovido por una persona con interés legítimo y que acredite una relación de confianza con la persona titular del acto.

Y no podemos menos que preguntarnos, una persona que se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencia por cualquier medio ¿estará capacitada para oponerse a una adjudicación judicial de apoyos en cualquier momento del proceso?.

Pero la norma que se acaba de comentar es transitoria, porque la norma permanente y definitiva, el artículo 38 de la ley que se comenta, solo comenzará a regir el 26 de agosto de 2021, porque así se dispuso en el artículo 52 de la misma ley.

“ARTÍCULO 38. **ADJUDICACIÓN DE APOYOS PARA LA TOMA DE DECISIONES PROMOVIDA POR PERSONA DISTINTA AL TITULAR DEL ACTO JURÍDICO.** El artículo 396 de la Ley 1564 de 2012 quedará así:

“**Artículo 396.** En el proceso de adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovido por persona distinta al titular del acto jurídico se observarán las siguientes reglas:

1. La demanda solo podrá interponerse en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad. Esto se demostrará mediante la prueba de las circunstancias que justifican la interposición de la demanda, es decir que *a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.*

2. En la demanda se podrá anexar la valoración de apoyos realizada al titular del acto jurídico por parte de una entidad pública o privada.

3. En caso de que la persona no anexe una valoración de apoyos o cuando el juez considere que el informe de valoración de apoyos aportado por el demandante es insuficiente para establecer apoyos para la realización del acto o actos jurídicos para los que se inició el proceso, el Juez podrá solicitar una nueva valoración de apoyos u oficiar a los entes públicos encargados de realizarlas, en concordancia con el artículo 11 de la presente ley.

4. El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo:

a) La verificación que permita concluir que la persona titular del acto jurídico se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible.

---

El juez, por medio de un proceso verbal sumario, determinará la persona o personas de apoyo que asistirán a la persona titular del acto jurídico, teniendo en cuenta la relación de confianza, amistad, parentesco o convivencia entre estos y la persona titular. La sentencia de adjudicación de apoyos fijará el alcance de los apoyos teniendo en cuenta las normas establecidas en la presente ley, al igual que el plazo de este, el cual no podrá superar la fecha final del periodo de transición.

**b) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas.**

c) Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones de la persona frente al acto o actos jurídicos concretos que son objeto del proceso.

**d) Un informe general sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico que deberá tener en consideración, entre otros aspectos, el proyecto de vida de la persona, sus actitudes, argumentos, actuaciones anteriores, opiniones, creencias y las formas de comunicación verbales y no verbales de la persona titular del acto jurídico.**

5. Antes de la audiencia inicial, se ordenará notificar a las personas identificadas en la demanda y en el informe de valoración de apoyos como personas de apoyo.

6. Recibido el informe de valoración de apoyos, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes, correrá traslado del mismo, por un término de diez (10) días a las personas involucradas en el proceso y al Ministerio Público.

7. Una vez corrido el traslado, el Juez decretará las pruebas que considere necesarias y convocará a audiencia para practicar las demás pruebas decretadas, en concordancia con el artículo 34 de la presente ley.

8. Vencido el término probatorio, se dictará sentencia en la que deberá constar:

a) El acto o actos jurídicos delimitados que requieren el apoyo solicitado. En ningún caso el Juez podrá pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos jurídicos sobre los que no verse el proceso.

b) La individualización de la o las personas designadas como apoyo.

c) Las salvaguardias destinadas a evitar y asegurar que no existan los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona.

d) La delimitación de las funciones y la naturaleza del rol de apoyo.

e) La duración de los apoyos a prestarse de la o las personas que han sido designadas como tal.

f) Los programas de acompañamiento a las familias cuando sean pertinentes y **las demás medidas que se consideren necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona.**

9. Se reconocerá la función de apoyo de las personas designadas para ello. Si la persona designada como apoyo presenta dentro de los siguientes cinco (5) días excusa, se niega a aceptar sus obligaciones o alega inhabilidad, se tramitará incidente para decidir sobre el mismo". (Lo destacado no lo es en el texto).

La norma precedente tiene aspectos incomprensibles, porque se trata de la adjudicación de apoyos para la toma de decisiones, promovida por persona

distinta al titular del acto jurídico, porque: “a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero”.

Pero concibiéndola en tales niveles de incapacidad, se precisa que en el informe de valoración de apoyos se debe consignar en otros aspectos los siguientes:

*“b) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas.*

*d) Un informe general sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico que deberá tener en consideración, entre otros aspectos, el proyecto de vida de la persona, sus actitudes, argumentos, actuaciones anteriores, opiniones, creencias y las formas de comunicación verbales y no verbales de la persona titular del acto jurídico.*

Es obvio que, en tales niveles de incapacidad cognitiva y volitiva, las previsiones anteriores son materialmente imposibles.

Toda la nueva normatividad consagrada para garantizar la manifestación de la voluntad de las personas discapacitadas para efectos de poder contraer compromisos jurídicos, nos lleva a concluir, que al no existir hoy la posibilidad de la interdicción judicial, si se pretende la esterilización, de una persona con discapacidad mental que bajo ninguna forma pueda manifestar su voluntad al respecto, se deberá acudir por parte de sus representantes legales a una adjudicación transitoria de apoyos hasta agosto del 2021, y a partir de esa fecha a una adjudicación de apoyos definitiva que se debe tramitar igualmente ante el juez de familia del respectivo domicilio de la persona discapacitada.

Nos parece que finalmente la situación para los discapacitados mentales absolutos la toma de decisiones se complicó más, porque estas personas quedarían temporalmente desprotegidas, porque la toma de decisiones en relación con los discapacitados impone acudir ante el juez de familia para pedir la adjudicación de apoyos, por el conocido paquidérmico funcionamiento de nuestra justicia, para que el personal de salud pudiera proceder. Sería por el ejemplo la situación de una niña adolescente,

totalmente discapacitada, que como consecuencia de un abuso sexual quedare en situación de embarazo, para poder emitir la autorización para la interrupción de la gestación.

Es igualmente preocupante que en la selección de las personas que deben dar los apoyos no se establezca que preferencialmente deberá contarse con los padres o familiares encargadas del cuidado de las personas discapacitadas.

### **30. Deficiencias psíquicas por embriaguez o estupefacientes.**

Es igualmente evidente que la embriaguez alcohólica y la producida por personas que se han dedicado a la ingesta de sustancias sicotrópicas que producen adicción y afectan el funcionamiento correcto de las funciones superiores del ser humano, bien sea por afectar el conocimiento o la voluntad, convierte a estas personas en inhábiles para emitir un consentimiento válido.

La adicción o dependencia a los estupefacientes o sustancias alcohólicas, corresponden a un verdadero cuadro clínico psiquiátrico y en nuestro criterio deben ser considerados como discapacitados cognitivos, razón por la cual, para la toma de decisiones con repercusiones jurídicas, deberían ser sometidos al plan de ayudas y salvaguardias establecidos en la citada ley 1996.

### **31. Consentimiento por medio de otro.**

De conformidad con lo que hemos venido comentando en relación con la nueva normatividad que nos rige, es claro que el consentimiento por otro, o consentimiento sustituto está en vía de desaparición, porque cuando la ley que hemos venido comentando entre totalmente en vigencia, la solución para los discapacitados será la de adjudicación de apoyos por vía judicial.

Mientras aquello sucede, el mayor problema que genera, la imposibilidad de que el paciente pueda emitir el consentimiento, es el secreto médico, pues es una realidad, que quien debe emitir el consentimiento por el paciente incapacitado para darlo, recibe información que en principio solo el paciente debe tenerla.

Pero este problema que se vislumbra inicialmente, desaparece si tenemos en cuenta el artículo 38 de la Ley 23 de 1981,<sup>115</sup> que consagra excepciones al secreto médico en cuanto se autoriza informar a los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento, a los responsables del paciente cuando se trata de menores o de incapaces.

En tales circunstancias normativas, es preciso destacar, que para efectos de la obtención del consentimiento informado el médico puede informar los parientes o responsables del menor o del paciente incapacitado para darlo, y de esta manera obtenerlo legalmente.

Se hace referencia al problema de personas capaces mentalmente, pero que como consecuencia de un trauma o de un ataque repentino que lo deja en situación de inconsciencia, al no poder emitir su consentimiento para el trabajo del personal sanitario, lo debe emitir el pariente más cercano que allí se encuentre, y estamos haciendo referencia al consentimiento sustituto.

Frente a la nueva normatividad, pese a que presume capacidad jurídica de todos los discapacitados, como ya lo destacamos es la propia ley la que reconoce la existencia de discapacitados mentales que por ningún medio pueden hacer expresión de su voluntad, y para estos, como ya se dijo se debe acudir en cada caso a la adjudicación judicial de apoyos para la toma de cada una de las decisiones jurídicas que hayan de tomarse, en relación con ellos.

---

<sup>115</sup> **ARTÍCULO 38.** Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

“Declarar **EXEQUIBLE** el primer inciso del artículo 38 de la Ley 23 de 1981.” Decisión del numeral 2 de la parte resolutive de la Sentencia C 264 de 1996, pon ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;

“Declarar **EXEQUIBLE** el literal a) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981”. Decisión del numeral tercero de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;

“Declarar **EXEQUIBLE** el literal b) del artículo 38 la Ley 23 de 1981, “...*salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello.*” Decisión del numeral cuarto de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;

“Declarar **EXEQUIBLE** el literal c) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 “...*sin perjuicio*

### 32. Los bienes jurídicos disponibles o renunciables.

El *ius puniendi* constitucional, es la facultad o poder que tiene el Estado, como una de las manifestaciones más importantes de su soberanía interna de perseguir, investigar, juzgar y castigar a los autores responsables de conductas que han sido reprochadas por la ley penal, normatividad que constituye un extenso listado, en el que se incluye la protección de los derechos estatales, sociales e individuales más importantes para garantizar la subsistencia del Estado, de la comunidad y de la persona, como objeto último de la actividad del Estado, dentro de un marco de convivencia en paz, seguridad y solidaridad.

En ese listado se incluyen derechos tan importantes como la subsistencia del mismo Estado, de su funcionamiento, de la conservación de la paz, la seguridad, la salud pública, el medio ambiente, la actividad económica, la vida, la integridad física y psíquica, el patrimonio, la honra y el buen nombre de los miembros de la nación, para no citar sino una mínima parte del catálogo penal, en cuanto a los bienes o derechos jurídicamente protegidos.

Se trata de bienes materiales e inmateriales de una profunda importancia para el Estado, la comunidad o el individuo.

Las teorías del anarquismo, -Proudhon, Bakunin, Malatesta-, y las utopías sociales, -Platón, Moro, Campanella, Bacon, Marx-, son como

---

*del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad.*" Decisión del numeral quinto de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley; "Declarar **EXEQUIBLE** la primera frase del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, "...salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente." Decisión del numeral sexto de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto- contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia. "Declarar **EXEQUIBLE** el literal e) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, "...bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo." Decisión del numeral octavo de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz

todos sabemos, teorías filosóficas, sociales y políticas, de imposible realización. No puede existir Estado, ni Nación, sin la existencia de una regulación preventiva y represiva, y de un dirigente o grupo de ellos, que encause los esfuerzos sociales, con la mínima limitación de los derechos individuales, sociales y colectivos. No puede existir sociedad viable, sin la existencia de la amenaza de castigo y la efectiva sanción, para quienes vulneren las condiciones mínimas de convivencia social.

Ese encausamiento normativo que debe garantizar la sobrevivencia de las personas, dentro de una comunidad en paz y convivencia, sometidas al imperio de la ley, de tal manera que el ejercicio de los derechos de los unos, no afecte o vulnere los derechos de los demás, impone de manera necesaria que el Estado por medio de las normas seleccione los derechos más trascendentes del Estado, la Nación y la persona, que garanticen su permanencia y el desarrollo natural de sus funciones. Esos derechos fundamentales para el Estado, la comunidad y la persona, son protegidos por el derecho penal, con la amenaza de un castigo para quien los vulnere o desconozca.

La vulneración de esos derechos protegidos constituye un delito y para que surja la responsabilidad penal, es necesario que concurren los elementos del hecho punible, esto es: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Es importante recordar que nuestra legislación permite la renuncia de ciertos derechos y es así como el Código Civil, en su artículo 15 consagra este derecho, con dos exigencias, primero, que el derecho que se renuncia solo afecte a la persona del renunciante, y que no se trate de derechos a los que no se puede renunciar, porque es evidente que la vida es irrenunciable, pero el derecho a la salud es renunciabile y tan cierto es ello, que el paciente puede rechazar los tratamientos ofrecidos, como es el caso de quien por motivos religiosos rechaza las transfusiones, aspecto sobre el que se ha pronunciado en varias ocasiones la Corte Constitucional y donde ha aceptado la legitimidad de éste rechazo. La norma comentada dispone en relación a la renunciabilidad de los derechos:

“ARTICULO 15. RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.

Cuando el tenedor del bien jurídico renuncia al mismo, se excluye la antijuridicidad y por tanto habrá ausencia de responsabilidad. Hay derechos

o bienes jurídicamente tutelados que son renunciables, y por el contrario hay otros, que ni siquiera con el consentimiento del tenedor de los mismos se excluye la responsabilidad penal. Recordemos el contenido del artículo 5° de la Carta Política que determina. "...la primacía de los derechos inalienables de la persona...". Aquí el constituyente nos está anunciando que existen derechos de la persona que son irrenunciables.

La disponibilidad de los valores objeto de protección penal es una problemática a dilucidar, porque la norma no determina cuales son los derechos de los que se puede disponer por el titular de los mismos.

Pierangeli en relación con el establecimiento de la diferencia entre los bienes disponibles y los indisponibles ha sostenido:

*"En la búsqueda incesante de un criterio objetivo que permita establecer la distinción entre bienes disponibles e indisponibles, un sector doctrinario, que llegó a influir en la elaboración de la jurisprudencia italiana y alemana, establece que la distinción se hace teniendo en cuenta la utilidad social del bien. Cuando este no reviste una inmediata utilidad social y el Estado reconoce al particular la exclusividad del uso y goce, es disponible; y contrariamente, cuando la utilidad social se manifiesta de inmediato, el bien es indisponible.* De allí que afirme Antolisei que es "irrefutable que el consentimiento no posee eficacia alguna en los delitos que ofenden directamente los intereses estatales".<sup>116</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Creemos que en la determinación o no de la disponibilidad de ciertos bienes sometidos a protección social debe tenerse en cuenta la cultura de cada medio social y las costumbres mayoritarias en relación al uso y goce de los bienes jurídicamente sometidos a protección legal.

Todo código penal debe ser elaborado teniendo en cuenta los valores aceptados socialmente, particularmente los conceptos morales, surgidos de los principios religiosos dominantes, al igual que las ideologías sociales, económicas y políticas.

Los anteriores criterios axiológicos, unidos al contenido de la normatividad y a la jurisprudencia de los tribunales, han ido decantando con el paso de los tiempos cuáles son los bienes jurídicos que pueden ser disponibles por parte de su tenedor.

---

<sup>116</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 109, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

La normatividad colombiana protege el derecho a la vida, y establece que la misma es inviolable, y es tan categórica esta protección, que hasta se limita al propio Estado de disponer de la misma, en cuanto se prohíbe la imposición de la pena capital.<sup>117</sup>

Pero es evidente que cada quien puede disponer de su propia vida, porque entre nosotros la tentativa de suicidio nunca ha sido reprochada penalmente, aunque si se tipifica como conducta delictiva, la inducción o ayuda al suicidio.<sup>118</sup> En este caso se busca la protección del potencial suicida, que generalmente atraviesa graves desarreglos psicológicos, generalmente pronunciadas depresiones, que pueden ser fácilmente aprovechables por quien esté interesado en su desaparición para inducirlo o ayudarlo a que se suicide.

La disposición de órganos o materiales anatómicos, está limitado por la propia ley, pues es así como solo se permite la donación de órganos dobles, y de todas maneras se prohíbe la donación de cualquier órgano o tejido, que pudiera afectar gravemente la salud o la vida del donante.<sup>119</sup> Hay órganos únicos, como es el caso del hígado, que permite, la extracción de una parte del mismo para ser trasplantado.

---

<sup>117</sup> Art. 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

<sup>118</sup> Art. 107. El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave es incurable, se incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

<sup>119</sup> Ley 9ª de 1979. **ARTICULO 543.** Para efectos de donación o traspaso de órganos, tejidos o líquidos orgánicos por parte de una persona viva, el Ministerio de Salud<1> establecerá qué certificaciones deberán presentarse para acreditar científicamente que el acto no constituye un riesgo distinto del que el procedimiento conlleve, para la salud del donante ni para la del posible receptor.

Decreto 2493 04. **ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES.** Para efectos del presente decreto adóptense las siguientes definiciones:

(.....)

***Consentimiento informado para donación, trasplante o implante: Es la manifestación de voluntad proveniente de aquella persona que tiene la calidad de donante o receptor de un componente anatómico, que ha sido emitida en forma libre y expresa, luego de haber recibido y entendido la información relativa al procedimiento que deba practicarse.***

(....)

***Donante vivo. Es aquella persona que conoce con certeza la totalidad de los riesgos que puedan generarse dentro del procedimiento y que cumpliendo los requisitos establecidos***

En las condiciones normativas existentes es claro que la disponibilidad de órganos, fluidos, tejidos y componentes anatómicos está muy limitada y con toda razón, puesto que no se justificaría jamás un trasplante que prolongara la vida del trasplantado, pero le ocasionara la muerte al donante, o graves deficiencias para poder seguir sobreviviendo de una manera digna.

En las circunstancias anotadas para los efectos que nos interesan en relación con esta reflexión en torno al consentimiento informado debe concluir que la vida es un bien indisponible y se puede, para efectos de los trasplantes, disponer de uno de los órganos dobles, de los líquidos y tejidos anatómicos cuya donación no pudiera ocasionar la muerte o establecer condiciones de vida por fuera de la normalidad.

---

*en el presente decreto efectúa la donación en vida de aquellos órganos o parte de ellos, cuya función es compensada por su organismo de forma adecuada y segura.(...)*(Lo destacado no lo es en el texto).

Decreto 2493 de 2004. ARTÍCULO 16. **UTILIZACIÓN DE LOS COMPONENTES ANATÓMICOS.** La utilización de componentes anatómicos para fines de trasplantes o implante podrá realizarse:

1. Cuando se trate de donante vivo y:

- a) Que el donante sea mayor de edad, no se encuentre en estado de embarazo, sea civilmente capaz, goce de plenas facultades mentales y de un buen estado de salud, el cual deberá estar certificado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante;
  - b) Que exista consentimiento informado expreso, con un término mínimo entre la firma del documento y la extracción del órgano de 24 horas del proceso de extracción del donante, mediante declaración juramentada ante notario público;
  - c) Que haya concepto favorable del comité institucional de bioética o ética hospitalaria;
  - d) Que exista donación de solo uno o parte de los órganos simétricos pares o solo de parte de un órgano asimétrico o de médula ósea, para su trasplante o implantación inmediata;**
  - e) Se le haya advertido previamente al donante sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que pueden generarse dentro del procedimiento, por la ocurrencia de situaciones imprevisibles;
  - f) Que haya sido previamente informado sobre las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor;
  - g) Que en el momento de la extracción del componente anatómico no padezca enfermedad susceptible de ser agravada por la misma;
  - h) Que se garantice al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento.**
- (.....) (Lo destacado no lo es en el texto).

### 33. La intervención médica, sin el consentimiento informado.

Bien se sabe que el principio general de los tratamientos médicos es el de la autonomía del paciente, tanto, que existe la libertad para rechazar cualquier tipo de tratamiento que, por cualquier razón ideológica, religiosa o de carácter personal no se quiera recibir.

En las circunstancias anteriores la norma general es que cualquier actividad médica en relación con los pacientes, debe estar precedida por el consentimiento informado de los mismos. Solo de manera excepcional se dan algunos casos en los que el personal sanitario puede actuar, sin contar previamente con el consentimiento de la persona sobre la que se realiza el procedimiento.

A continuación, mencionaremos algunas de las actividades sanitarias, que de manera general no necesitan consentimiento de la persona interesada, porque se trata de actuaciones que se realizan por imperativos impuestos normativamente por motivos de la salubridad pública, en casos de urgencia o, dentro de un proceso penal, y en ellos predomina el interés público y social.

En los casos de urgencia o emergencia, el médico, en el cumplimiento de sus sagrados deberes puede y debe intervenir, para evitar la muerte o la agravación del estado de salud de la persona que se encuentra en tan graves circunstancias, y es aquí cuando se habla y se justifica lo que se ha denominado como consentimiento tácito.

Se presentan ciertos casos en los que el Estado impone imperativamente la vacunación obligatoria,<sup>120</sup> la toma de muestras de fluidos corporales,

---

<sup>120</sup> Decreto 780 de 2016. ARTÍCULO 2.8.3.2. **VACUNAS DE MENORES DE 5 AÑOS.** Las autoridades de las instituciones educativas y los responsables y cuidadores de los establecimientos de bienestar, de carácter público o privado, deberán velar porque todos los menores de cinco (5) años que asistan a sus establecimientos, hayan completado las vacunas que corresponden a su edad, de conformidad con el esquema de vacunación establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social en el Programa Ampliado de Inmunizaciones.

Para tal efecto deberán exigir la presentación del Carné de Salud Infantil, adoptado mediante la Resolución 1535 de 2002 del hoy Ministerio de Salud y Protección Social, en el momento de la matrícula en la institución educativa o de su ingreso al establecimiento de bienestar, o a más tardar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes y posteriormente cada año hasta cumplir los cinco (5) años.

PARÁGRAFO 1o. *La vacunación según el esquema establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social en el Programa Ampliado de Inmunizaciones, es gratuita y tiene carácter*

exámenes, cuarentenas, aislamiento social y tratamientos impuestos por la normatividad y ejecutados coactivamente por las autoridades, como ha sucedido con las medidas sanitarias y de aislamiento social, para evitar la propagación de la Covid 19.<sup>121</sup>

De manera general, lo anterior sucede por aplicación del principio constitucional de la primacía del interés general, porque para evitar la propagación de una epidemia se hace imperiosa la vacunación general de la población, o en los casos en que se hace menester la toma de muestras, exámenes en la investigación de los procesos penales, o como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento.

El proceso penal se adelanta contra dos tipos de personas, los imputables y los inimputables, estos últimos son los que en el “momento de ejecutar

---

**obligatorio.** Corresponde a las EPS, Entidades Adaptadas, transformadas y de regímenes de excepción y Entidades Territoriales de Salud, garantizar a la población bajo su responsabilidad, de conformidad con las competencias establecidas en las disposiciones legales vigentes según sea el caso, la prestación de este servicio con la calidad y la oportunidad requerida. Igualmente, será responsabilidad de las Entidades Territoriales de Salud, a través de las IPS públicas, la vacunación de la población menor no asegurada.

PARÁGRAFO 2o. Los establecimientos educativos y de bienestar, deberán notificar a los padres o tutores cuando el niño o la niña no tengan el Carné de Salud Infantil o cuando su esquema de vacunación para su edad esté incompleto, con objeto de que procedan a su vacunación. ***Si vencido el término previsto no se ha cumplido con esta obligación, las autoridades o responsables del establecimiento deberán notificar formalmente a la Dirección Local de Salud, o en su defecto a la Alcaldía Municipal o Distrital, para que en un tiempo no menor a quince (15) días hábiles se garantice el cumplimiento de este derecho.***

<sup>121</sup> Decreto 780 de 2016. ARTÍCULO 2.8.1.1.2. **DEFINICIONES TÉCNICAS.** Para los efectos del presente Título adóptense las siguientes definiciones:

**Aislamiento:** Medida de contención preventiva de bioseguridad mediante la cual una persona enferma es sometida, por parte del equipo de salud competente, a controles especiales destinados a evitar el agravamiento de su estado o a que pueda llegar a afectar la salud de los demás.

(...)

**Medidas universales de bioseguridad:** Conjunto de normas, recomendaciones y precauciones, emitidas por entidades nacionales o internacionales de salud, adoptadas y/o expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social tendientes a evitar en las personas el riesgo de daño o infección causado por agentes biológicos contaminantes.

(...)

**Prevención en el sistema integral de seguridad social:** Entiéndase por prevención de la enfermedad o el accidente, el conjunto de acciones que tienen por fin la identificación, control o reducción de los factores de riesgo biológicos, del ambiente y del comportamiento, para evitar que la enfermedad aparezca o se prolongue, ocasione daños mayores o genere secuelas inevitables.

(...).

la conducta típica y antijurídica no tuvieren la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por madurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”<sup>122</sup>. A las personas normales como consecuencia de la deducción de la responsabilidad penal se los sanciona con penas, mientras que a los inimputables se les imponen medidas de seguridad, entre las que se encuentran la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada y la internación en casa de estudio o trabajo.<sup>123</sup>

En realidad de verdad los inimputables son verdaderos pacientes que tienen afectadas las facultades superiores de conocimiento y voluntad, y en criterio de muchos, entre los que nos encontramos nosotros, no deberían ser ubicados dentro del derecho penal, sino buscar procedimientos administrativos, mediante los cuales se les impongan medidas curativas, entre las que se incluyan el internamiento psiquiátrico obligatorio, porque lo cierto es que algunas de estas personas, como consecuencias de sus desarreglos cognitivos y volitivos, se convierten en sujetos peligrosos para el medio social y sus miembros.

En relación con los derechos y su ejercicio, es preciso destacar, que solo la ley puede establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de un derecho constitucionalmente consagrado. De tal manera que las restricciones al derecho de locomoción, en el caso de una pandemia, deben estar legalmente previstas.

Los profesores Méjica y Díez, consideran, que cuando la ley española establezca la actuación coactiva por parte del personal sanitario, se debe proceder, pero dentro de las 24 horas siguientes se debe comunicar a la autoridad judicial, cuando se disponga el internamiento obligatorio de personas que pongan en riesgo la salud pública, y todo ello como una medida de protección de la comunidad.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Artículo 33 de la Ley 599 de 2000. Código Penal.

<sup>123</sup> **ARTICULO 69. MEDIDAS DE SEGURIDAD.** Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. La reintegración al medio cultural propio.

El numeral 4º fue declarado inexecutable por sentencia de la Corte Constitucional C 370 de 2002 con ponencia del H.M. Eduardo Montealegre L.

<sup>124</sup> El Estatuto del Paciente Juan Méjica y José Ramón Díez, pág. 77, Ed. Thomson-Civitas. Navarra. 2006

Comentando también la legislación española, Josefa Cantero Martínez, dice que en todos los supuestos en los que la falta de intervención médica pueda suponer un riesgo para la salubridad pública, se conceden importantes facultades a las autoridades sanitarias, y es así como sostiene:

*“En estos casos podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control siempre que se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas. La necesidad de respetar el derecho a la vida y a la integridad física de las demás personas es el fundamento principal de esta excepción. Para que la misma pueda darse se exige la existencia de un supuesto habilitante claro: que una o varias personas sean capaces de transmitir una enfermedad, bien por ellos mismos estén enfermos, bien porque sin estarlo estrictamente, sean portadores de elementos capaces de transmitirlos a terceros con posibilidad de que estos la desarrollen y padezcan”*.<sup>125</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Es claro que en dichos casos no es menester obtener el consentimiento informado de la persona, porque por encima de sus intereses personales, se encuentra la primacía de los intereses sociales y públicos.

Narvárez Rodríguez, citado por Cadenas Osuna acude a la necesidad de preservar la salud colectiva, para sostener la urgencia de imponer la limitación o incluso la privación de ciertos derechos. En tal sentido se afirma:

*“La preservación de la salud colectiva a la que debe tender la actuación de las autoridades sanitarias constituye un bien jurídico de interés general que en los casos de pandemia con elevado riesgo de contagio humano puede conllevar la limitación cuando no la privación de derechos y libertades fundamentales que, no sólo se extiende a un variado catálogo de ellos, sino que también afecta a los que más relevancia tienen para el ser humano. La regla de la proporcionalidad de los sacrificios es la que debe ponderar su restricción tanto en su intensidad como en el tiempo de aplicación”*.<sup>126</sup>

En los procesos penales, en la etapa de investigación, cuando la presunta infracción al derecho penal se ha producido por un sujeto activo en estado de embriaguez o intoxicado por el consumo de sustancias estupefacientes, se impone de manera imperativa por la ley, la obtención de fluidos corporales, para determinar por medio de pruebas de laboratorio tal ingesta y el grado de alcoholemia o de intoxicación en que se encuentre el

---

<sup>125</sup> La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital, Josefa Cantero Martínez, Pág. 38, E. Bomarzo S.L., Albacete. 2005.

<sup>126</sup> El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Davinia Cadenas Osuna, pág. 293. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2018.

inicialmente imputado;<sup>127</sup> de la misma manera se impone la necropsia,<sup>128</sup> o la exhumación del cadáver,<sup>129</sup> en casos de muerte violenta, o en casos dudosos donde no se sabe si se trata de una muerte natural o provocada; también en los delitos sexuales,<sup>130</sup> y cuando sea necesaria la identificación

---

<sup>127</sup> **ARTÍCULO 249. OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafo técnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

(...)

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

**PARÁGRAFO.** De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

<sup>128</sup> **ARTÍCULO 205. ACTIVIDAD DE POLICÍA JUDICIAL EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN.** Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.

Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.

<sup>129</sup> **ARTÍCULO 217. EXHUMACIÓN.** Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el fiscal así lo dispondrá. La policía judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.

<sup>130</sup> **ARTÍCULO 250. PROCEDIMIENTO EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible.

genética, las muestras necesarias para la realización de los exámenes de ADN;<sup>131</sup> también en todos los casos en que lleguen heridos a un puesto de salud, hospital o establecimiento similar, la obligación del personal

---

Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías ~~para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.~~

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.

Aparte tachado fue declarado inexecutable por medio de Sentencia C 822 de 2005. M.P. Manuel J. Cepeda E.

<sup>131</sup>**ARTÍCULO 245. EXÁMENES DE ADN QUE INVOLUCREN AL INDICIADO O AL IMPUTADO.** Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

<Inciso CONDICIONALMENTE executable, aparte tachado INEXEQUIBLE> Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, ~~dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo,~~ con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Inciso declarado executable condicionalmente, en el entendido que el control de legalidad le corresponde al juez de garantía y de hacerse previamente. El aparte tachado fue declarado inexecutable por Sentencia C 334 de 2020. M.P. Juan Carlos Henao P.

**ARTÍCULO 251. MÉTODOS.** Para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 420 de este código respecto de la prueba pericial.

Igualmente coadyuvarán en esta finalidad otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincinencial registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada.

sanitario, de dar la respectiva información a la autoridad de policía más cercana.<sup>132</sup>

Igualmente estuvo prevista la internación obligatoria para casos de drogadicción debidamente certificada por una autoridad médica, de conformidad con las previsiones del artículo 51 de la Ley 30 de 1986, al haber establecido:

**"Artículo 51.** El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) *El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.*

*La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.*

*El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente."*

Esta norma fue declarada inexecutable por medio de la Sentencia C 221 de 1994, con ponencia del H.M. Carlos Gaviria Díaz.

Posteriormente por medio del artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2009, nuevamente se prohibió el porte y consumo de estupefacientes, y

---

<sup>132</sup> **ARTÍCULO 218. AVISO DE INGRESO DE PRESUNTAS VÍCTIMAS.** Quien, en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular, reciba o dé entrada a persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, dará aviso inmediatamente a la dependencia de policía judicial que le sea más próxima o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar.

se establecieron tratamientos terapéuticos para los adictos, pero previo consentimiento del paciente, al establecerse:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

"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 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 de su comunidad.

**El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.**

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos."<sup>133</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

También es importante destacar la excepción en relación con las víctimas de delitos sexuales, porque inicialmente en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, se establecía que se debía de obtener el consentimiento escrito de la víctima o de su representante en caso de ser menor o incapaz, y que si se negaban en darla, se les debía explicar la importancia del examen médico legal y que en caso de que se perseverase en la negativa se debía de acudir al juez de

---

<sup>133</sup> El apartado subrayado fue demandado ante la Corte Constitucional, que se declaró inhibida por inepta demanda por medio de la Sentencia C 574 11, con ponencia del H.M. Juan Carlos Henao P.

garantías para que estableciera las condiciones dentro de las cuales debía de efectuarse la inspección; es decir, que al acudir al juez de garantías no era siquiera para que se autorizase o no, sino que tal hecho se daba por cierto, y el juez simplemente debía imponer los condicionamientos dentro de los cuales debía de realizarse el examen médico-legal.

Pero esta última parte, destacada en negrilla en la siguiente transcripción del apartado pertinente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 822 05.

**“ARTÍCULO 250. PROCEDIMIENTO EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES.** Artículo CONDICIONALMENTE executable. Aparte tachado INEXEQUIBLE. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías **para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.**

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.

Entre otras, las razones de la inexecutable fueron las siguientes:

**“Encuentra la Corte que esta restricción a la autonomía de la víctima es inconstitucional, porque desvaloriza el consentimiento de la víctima y la expone a una doble victimización.** Esta restricción, tal como ha sido establecida en la norma bajo estudio, parece excluir la posibilidad de que el juez niegue la práctica de la medida y conduce a que, frente a la oposición de la víctima, al juez de control de garantías no le quede otra alternativa que fijar las condiciones para su práctica. Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección”, contenida en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004.” (Lo destacado no lo es en el texto)

Descontando las dos excepciones anteriores, se trata de procedimientos imperativos, donde no es menester el consentimiento del interesado, porque están de por medio los intereses sociales y públicos de llegar al descubrimiento de la verdad y la necesaria sanción de los responsables en caso de que los hubiera.

### 34. Imposición de medidas sanitarias para evitar la propagación de una pandemia.

La vacunación obligatoria es una medida de salubridad pública, para evitar, sobre todo en el caso de los niños, la infección con ciertas enfermedades virales como la viruela, tuberculosis, sarampión, poliomielitis, y otras, que cuando aparecen causan terribles daños en la salud y la vida de los miembros de la comunidad.<sup>134</sup>

La seguridad social integral y la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, - artículos 48 y 49 C. P., y en tales condiciones en cumplimiento de sus deberes constitucionales, puede tomar las medidas preventivas, y curativas que sean necesarias para evitar la propagación de una epidemia.

Estamos viviendo un fenómeno de pandemia mundial con el nuevo coronavirus, (SARS-COV2) que no se veía en esas dimensiones posiblemente desde la aparición de la denominada “gripa española”, al finalizar la segunda década del siglo pasado. Nos ha tocado evidenciar todas las medidas, preventivas y represivas tomadas por el Estado, para mitigar en la medida de lo posible la agravación en la propagación de la pandemia, para garantizar la salud y la vida, de los miembros de la Nación.

Es obvio, que en circunstancias tan dramáticas, no puede pensarse en obtener el consentimiento de cada paciente, sino que son medidas de carácter imperativo, que se deben acatar, para evitar la propagación de la epidemia.

La Dra. María Patricia Castaño de Restrepo en relación con este tema ha indicado:

*“Pero la órbita de la autonomía personal no solo se encuentra limitada por la eventualidad de producir o propagar una epidemia. Existen numerosas medidas sanitarias o actos médicos y similares, que deben acogerse para evitar contaminar a otros y, por lo tanto, poner en grave riesgo algunos de los derechos más preciados de los demás. Dentro de las medidas sanitarias más comunes, encontramos el internamiento con aislamiento del paciente infectado (v.gr.: meningitis viral- meningococo); la aplicación de vacunas tendientes a evitar el contagio; y la aplicación de ciertos medicamentos tendientes a controlar la enfermedad; colocación de máscaras o ciertos implementos que impidan la propagación de los gérmenes, bacterias o virus, etc.”<sup>135</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).*

<sup>134</sup> Ver cita 105.

<sup>135</sup> El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. María Patricia Castaño de Restrepo, Pág. 326. E. Temis, Bogotá, 1997.

### 35. Urgencia inmediata.

Se consideran de urgencia aquellos casos, en los que el paciente, como consecuencia de un evento traumático, o patológico, sufre lesiones que afectan gravemente su salud y ponen en peligro incluso la propia subsistencia; o también, como consecuencia de un ataque que afecte gravemente el funcionamiento de sus órganos vitales, o una deficiencia que afecte el organismo en ciertas funciones orgánicas, que igualmente afecten gravemente la salud de la persona o, pongan en peligro su propia sobrevivencia.

Son casos en los que, por la gravedad del trauma, o de la deficiencia orgánica súbita, se puede afectar la capacidad de conocimiento y de voluntad del paciente para poder emitir un consentimiento informado, plenamente consciente y válido, que permita a los médicos proceder a realizar los procedimientos médicos o quirúrgicos necesarios para recuperar la salud y evitar la pérdida de la vida.

En la Ley 23 de 1981,<sup>136</sup> se prohíbe al médico intervenir quirúrgicamente a los menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o discapacitados mentales, sin la previa autorización de los familiares o terceros responsables, estableciéndose como excepción a ese principio general, aquellos casos en que la urgencia del caso, exija una intervención inmediata, es decir, en aquellos eventos, en los que la más mínima demora para iniciar los procedimientos médicos o quirúrgicos necesarios para tratar ese caso de urgencia, pudiera poner en peligro la vida del paciente.

### 36. La trascendencia constitucional del médico y de la medicina.

En el artículo 11 de la Carta Política se establece que el derecho a la vida es inviolable,<sup>137</sup> y el sentido de la expresión es la incolumidad de la vida frente al propio Estado, frente a las agresiones de los otros miembros de la comunidad, y a la preservación de la vida frente a las eventuales tragedias naturales, a las amenazas a la subsistencia por equivocadas políticas en la salud pública, o frente a los peligros siempre presentes de

---

<sup>136</sup> **ARTÍCULO 14.** El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

<sup>137</sup> **ARTÍCULO 11.** El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

la enfermedad por factores externos, medioambientales, o inmanentes en la precaria constitución humana.

Frente a este deber supremo del Estado debe garantizar la vida y la salud de los miembros de la Nación, es precisamente uno de los aspectos mayormente regulados en la Carta Política relacionados con la conservación de la vida, de la salubridad pública, la adecuada alimentación, la seguridad social, el medio ambiente, el deporte y la protección de la mujer, especialmente la que se encuentra en estado de embarazo o de maternidad, de los niños y de los ancianos.

Además de la norma ya citada sobre la inviolabilidad de la vida, son innumerables las normas que el Constituyente dedica a la preservación de la vida, la salud, y todos los temas relacionados con la conservación de tales derechos. Pero sin mencionar la medicina, ni ninguna de las ciencias de la salud, es claro que a lo largo de múltiples normas se está haciendo referencia a la medicina y a sus necesarios gestores, los médicos.

Obsérvese que de tiempo atrás en una norma preconstitucional del año 35 se establece que la medicina es *“función social”*, en una decisión normativa trascendental, porque ni siquiera se establece que la medicina tiene función social, sino que la medicina es función social.<sup>138</sup>

Es tan trascendente la misión social de los médicos reconocida en esta vieja ley, que debemos recordar que solo por medio de la Ley 200 de 1936, se estableció que la propiedad tenía una función social y solo con la Constitución vigente de 1991, se le vino a reconocer a la propiedad que era una función social, característica de la propiedad, que ya había sido reconocida para la medicina un poco antes, en 1935.

De la anterior concepción, sin que se mencione la medicina, a los médicos, ni a ninguno de los profesionales que integran el grupo de las ciencias de la salud, se han promulgado una serie plural de normas, que solo pueden subsistir razonablemente y cumplir con los objetivos propuestos,

---

<sup>138</sup>Ley 67 de 1935. Artículo IQ *El ejercicio de la profesión de médico*, abogado, ingeniero y sus semejantes, *constituye una función social*. Los profesionales serán responsables civil y penalmente, no sólo por sus actos sino también por sus omisiones en el ejercicio profesional. (Lo destacado no lo es en el texto).

con fundamento en la medicina, los médicos y todos los profesionales que integran ese esencial grupo de las ciencias de la salud.

Nada mejor que escuchar el criterio de nuestro máximo tribunal de constitucionalidad al hacer referencia al deber de conservar la inviolabilidad de la vida frente a las agresiones de que puede ser objeto el ser humano:

*“La protección de los derechos a la vida y la integridad personal, responsabilidad esencial del Estado. Es obligación esencial del Estado. Es obligación primaria de las autoridades la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas y en sus demás derechos, entre ellos el de la integridad personal, atal como lo proclama el artículo 2° de la Constitución. Allí radica en gran parte la justificación de la existencia y actividad del Estado por cuanto sería nulo todo esfuerzo por sostener la vigencia de un conjunto de instituciones sin el presupuesto indispensable de que los organismos existentes gozan de la capacidad necesaria para poner a salvo lo más elementales derechos de toda persona. Así, en lo que concierne específicamente al derecho a la vida, de nada sirve todo un complejo normativo y orgánico de altísimo costo si no existen cuando menos motivos razonables y dignos de crédito para pensar que el engranaje institucional operará de modo oportuno y eficiente para brindar a los asociados un mínimo de protección.*

*El derecho a la vida, como supremo derecho fundamental (artículo 11 de la Constitución), es el soporte sobre el cual se desarrollan los demás derechos y su efectiva protección corresponde a la plena vigencia de los fines del Estado Social de Derecho.”* (Lo destacado no lo es en el texto).

La misma Corporación, en relación a los derechos a la salud y la vida ha sostenido:

*“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela”.*<sup>139</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

En relación con los derechos fundamentales de la persona, entre ellos la salud, presupuesto de la vida, ha considerado:

---

<sup>139</sup> ". Sentencia No. T-484 del 13 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

“Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. ***La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.***

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. ***Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.***

En cuanto al derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional, (dentro del Capítulo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales), la Corte Constitucional ha sostenido que:

***"El derecho a la salud (C.P. artículo 49), cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela".*** (Sentencia Corte Constitucional T-499 agosto 21 de 1992).

***La salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia de todo ser humano se encuentra protegido en nuestro ordenamiento, especialmente en aras de una igualdad real y efectiva, en las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13 inciso 3o.). Este derecho busca, además, y en forma primordial, el aseguramiento del derecho fundamental por naturaleza: la vida (C.P. artículo 11), por lo que su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del gobierno y del legislador, en aras a su efectiva protección.***

El derecho a la salud ha sido reconocido como un derecho fundamental en Pactos y Convenciones Internacionales, tales como:

**a.** La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamada el 10 de diciembre de 1948, señala en el artículo 25 que:

**"Artículo 25- 1.** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial....la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...."

**b.** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 aprobado por Colombia por ley 74 de 1968, cuyo artículo 12 dispone:

**"1.** Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Bajo la orientación de considerar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, ya se había ocupado la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita

en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al igual que el Protocolo de San Salvador, "por cuanto las diferentes categorías de tales derechos, constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige promoción y protección permanentes con el propósito de obtener su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

(.....)

En la Constitución de 1991 la salud superó el concepto tangencial que de asistencia pública hacía referencia la Carta de 1886. Esto se manifestó a través de diferentes artículos de la Constitución, entre los cuales sobresalen los siguientes: artículo 13 (protección especial a los débiles); artículo 44 (derecho fundamental a la salud de los niños); artículo 49 (atención a la salud y al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado); artículo 64 (acceso progresivo de los trabajadores agrarios a los servicios de salud) y el artículo 78 (protección de la salud de los consumidores).

En el artículo 49 de la Carta Fundamental se señala que la salud es un servicio público a cargo del Estado, garantizándose en él a todas las personas el acceso al mismo, para la promoción, protección y recuperación de este derecho. Se agrega que corresponde al poder público organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicio de salud a los habitantes, establecer políticas para que los particulares presten este servicio, y definir las competencias a cargo de los distintos órdenes. La norma define a la ley la definición de las circunstancias en que la salud será gratuita y obligatoria." (.....).<sup>140</sup>

Estamos haciendo referencia a las normas que a partir del artículo 43 reconocen la extraordinaria importancia en la vida de la Nación, de la medicina y de los médicos, sin mencionarlos, pero con una omisión que destaca su presencia en el sentimiento de la Nación.

“Art. 43.....*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.”.

“ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, .....*”.

“ARTICULO 46. *El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad.....*”

*El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral .....*”.

“ARTICULO 47. *El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.*

“ARTICULO 48. *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio* que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

<sup>140</sup> Sentencia T 571 92, 26 de octubre, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.*

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

“ARTICULO 49. Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: *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, .....”.*

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

.....

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.*

*El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.*

*Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.*

“ARTICULO 50. *Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. ....”*

“ARTICULO 52. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas *tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano. ....”*

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores ..... *garantía a la seguridad social*, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; *protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. ....”*

Es evidentemente que uno de los temas mayormente tratados en la Carta Política es la salud y la vida, y es claro que así sea, porque de ellos depende

la existencia de las personas y de la Nación integrada por estas, y del natural ejercicio de los otros derechos reconocidos normativamente.

La medicina y los médicos son entonces miembros trascendentales en la vida de todas las personas y de la comunidad, de allí que no solo la enseñanza de esta ciencia en el pregrado y en todas y cada una de sus especializaciones y subespecializaciones, sino también su ejercicio en todos sus aspectos se encuentren perfectamente regulados y controlados por el Estado, porque pese a que siempre se busca la beneficencia, el ejercicio de la medicina implica un alto riesgo social, en todos sus aspectos, bien sea en la prescripción farmacológica, en sus tratamientos y terapias o en sus intervenciones quirúrgicas, todas estas actuaciones conllevan riesgos previsibles y lamentablemente otros imprevisibles, porque en muchos casos la actividad médica produce secuelas o consecuencias secundarias de naturaleza negativa, algunas previsibles y otras imprevisibles, porque en muchas ocasiones dependen de la constitución de cada paciente, y del especial funcionamiento de su organismo, y de circunstancias personalísimas de cada paciente.

Todos los hechos anteriores son los que convierten la historia clínica y el consentimiento informado en documentos trascendentales en la vida profesional del médico, y en la vida de todas las personas; estos documentos y su obligatoria elaboración no constituyen un papeleo engorroso, impuesto por la burocracia oficial, sino que por el contrario, constituyen la mejor herramienta defensiva para el profesional de la salud, cuando en su ejercicio ha actuado correctamente y ha procedido de conformidad con la *lex artis*, pero que pese a lo anterior, son denunciados o demandados.

Y es que los médicos deben ser conscientes de que no solo son denunciados o demandados los que actúan indebidamente, en muchísimas ocasiones, los médicos que actuaron dentro de los parámetros de la *lex artis* son llevados a los tribunales para defenderse de cargos inexistentes, por los parientes que en su dolor, atribuyen la responsabilidad de la muerte del ser querido al médico, en muchas ocasiones, por denuncias armadas por los propios colegas, cuando no, por desalmados, que quieren obtener dinero por supuestos perjuicios ocasionados por los médicos.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> ¿Por qué son procesados los médicos?, el quijotismo y el sanchopancismo en el ejercicio de la medicina. Edgar Saavedra Rojas. Revista Nro. 6. Tribunal Nal. de Ética Médica, pág. 476, diciembre 2013.

Durante muchos años se sostuvo por la sabiduría popular que: “Los errores de los médicos se tapaban con tierra”, pero esa realidad cultural se superó ampliamente, y las personas son conscientes de su derecho a participar activamente no solo en la estructuración y funcionamiento del Estado, sino en el derecho de participar en la defensa de sus derechos.

Esta nueva realidad constitucional y cultural de la intervención ciudadana en los destinos de la República (artículos 103 a 111 de la Carta Política), explica su comportamiento activo en defensa de sus derechos, en la búsqueda de la protección judicial de los mismos, a través de la denuncia penal o disciplinaria, de la demanda civil por responsabilidad contractual o extracontractual, el accionar por medio de la tutela, o en el ejercicio de la acción de cumplimiento, en la utilización de las acciones populares o de grupo, con demandas contra el Estado, o contra los funcionarios de este, en sus diversas expresiones de descentralización territorial o por funciones, porque son conscientes del establecimiento en la Constitución de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición, de la responsabilidad por razón del mando y la obediencia debida, la sanción establecida por conducta irregular de la autoridad pública; (arts 86 a 92 de la C. P.), por el establecimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos (art. 124 C.P.).

Esta nueva realidad normativa y cultural, ha hecho que las responsabilidades de todos los miembros de la Nación, sea mucho más dinámica, y que todos debamos cumplir con los deberes impuestos y ejercer nuestros derechos, con el respeto de los derechos de los demás.

### **37. Requisitos de validez del consentimiento informado.**

Para que tenga validez el consentimiento, y pueda cumplir sus finalidades probatorias y eventualmente como medio defensivo, para demostrar la conducta realizada por el médico en el tratamiento o la intervención quirúrgica, debe llenar entre otros, los siguientes requisitos mínimos:

1. El consentimiento tiene que ser manifestado de manera expresa, y así lo dispone el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, Ley de Ética Médica.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> **ARTÍCULO 15.** El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. ***Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables*** y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y

2. El consentimiento debe ser por escrito, es decir, documentado, así lo ha venido exigiendo la jurisprudencia del TNEM., o de ser necesario, debe ser incluido dentro de la historia clínica.

3. El consentimiento puede ser igualmente tácito, y se entiende dado en estas condiciones cuando existen circunstancias de tiempo, modo y lugar, que llevan a presumir, que sin haber expresado su consentimiento, de su conducta o comportamiento ha de deducirse de manera necesaria, la existencia de esa conformidad con el tratamiento médico.

4. Tratándose de una persona capaz, que no se encuentre en circunstancias de deficiencia psíquica por embriaguez o cualquier otra sustancia tóxica que afecte el conocimiento o la voluntad (tener capacidad de entendimiento y autodeterminación).

5. La capacidad jurídica se entiende adquirida con la mayoría de edad, al cumplir los 18 años de edad.<sup>143</sup>

6. El consentimiento debe ser informado, entendiéndose por tal, que:” *debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.*<sup>144</sup>

7. El consentimiento debe darse antes de iniciarse el tratamiento o la intervención quirúrgica, y debe mantenerse válido durante todo el tiempo que dure el tratamiento o la intervención.

8. El consentimiento debe ser libre, por tanto, exento de error, ignorancia, dolo, violencia.

9. El consentimiento no puede ser contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

---

le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. (Lo destacado no lo es en el texto).

<sup>143</sup> La ley 1799 de 2016, prohíbe la realización de procedimientos estéticos a menores de 14 años. La norma fue declarada exequible mediante la sentencia C 246 de 2017.

<sup>144</sup> Sentencia C 182 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

## 10. El consentimiento debe ser revocable o reversible.

El Tribunal Nacional de Ética Médica, con ponencia del H.M. Fernando Guzmán Mora, en decisión Nro. 97-2017, el 28 de noviembre de 2017, en relación con el consentimiento informado y sus requisitos ha sostenido:

### ***“EL CONSENTIMIENTO INFORMADO***

El consentimiento del paciente, o su autorización, es uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita (Artículo 1502 del Código Civil).

El estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios en los aspectos médicos reviste la mayor importancia. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos derechos y obligaciones determinadas.

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico. Consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer. En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato -acto de voluntad bilateral- de prestación de servicios médicos.

Nuestra medicina occidental, la más compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares.

T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente artículo: "Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos"

### ***DEFINICION.***

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer. Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis

(.....)

### ***CONDICIONES PARA QUE EXISTA CONSENTIMIENTO EN MEDICINA.***

En los actos médicos, la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con varias legislaciones:

### ***1-CAPACIDAD.***

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

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

En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.

Este punto se contempla en el Código de Ética Médica Colombiano (Título II, Capítulo I, Artículo 14):

"El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata".

En casos de autorización por parte de los allegados de la persona enferma e incapaz, se presume que al ser ellos personas racionales y quienes legalmente representan al enfermo, deben tomar una decisión basados en el conocimiento de su personalidad.

En caso de extrema urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona incapaz y su familia no esté presente y no sea posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar una constancia muy clara en la Historia Clínica de la situación antes de proceder a tratar el paciente.

### ***2- POSESION DEL DERECHO.***

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

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

Podría discutirse en este punto la posición de algunas sectas religiosas, como los Testigos de Jehová, que no aceptan la práctica de transfusiones sanguíneas aun en caso de extrema urgencia. Según

algunas opiniones, el médico en estos casos puede proceder a utilizar la transfusión bajo el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.<sup>145</sup>

### **3-LIBERTAD.**

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

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

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

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

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

### **4-INFORMACION ADECUADA.**

La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Ejemplo: El médico que advierte falsamente al enfermo sobre la falsa urgencia inminente de extirpar unas varices incipientes, susceptibles de manejo no quirúrgico, aduciendo la posibilidad inmediata de una inflamación perentoria (tromboflebitis).

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser sumamente cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Además, puede pensarse que el ser humano agobiado por el dolor y la angustia no se encuentra completamente libre para tomar una decisión trascendental en relación con su cuerpo.

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad.

---

<sup>145</sup> Esta segunda opinión es la sostenida por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ejemplo: Un hombre de 40 años tiene una masa en el tórax, secundaria a un tumor maligno en el intestino. El médico le dice en el consultorio que muy seguramente tiene un cáncer metastásico y que las posibilidades de sobrevivir son muy pocas, sin tener en cuenta que el enfermo tiene antecedentes de intento de suicidio.

A este respecto hay discusión. Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronóstico es pésimo.

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se está agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades.

El tema de la información también ha sido contemplado por la Ley (Ley 23 de 1981, Título II, Capítulo I, Artículo 18):

"Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuya a la solución de sus problemas espirituales y materiales".

#### **5-CAUSA O MOTIVO DEL ACTO.**

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

Por lo anterior, se presume la existencia de una causa para ejercer el acto médico, tanto en el sujeto pasivo (Donación de un riñón por parte de un padre a su hijo que requiere un trasplante), como en el activo (El planteamiento de una terapéutica por parte de un médico a su paciente, debido a una enfermedad específica).

Aquí se parte de la base del comportamiento ético por parte del médico con base en su formación y de la conducta correcta de la paciente basada en su adecuada información.

El motivo principal del acto médico no puede ser económico. La medicina es una profesión altruista y humana por definición. Si bien es cierto que los médicos deben recibir una remuneración adecuada por su trabajo, el motor principal del ejercicio médico no puede ser el dinero sino la conservación y el mejoramiento de la vida humana.

#### **6-DOCUMENTO.**

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico.

Los médicos han prestado atención especial a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.

En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

### **7-REVERSIBILIDAD.**

Por último, debe tenerse bien claro que hay reversibilidad, es decir, la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder dar marcha atrás en la decisión. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley.”

(.....).

Por su importancia para el cuerpo médico, debemos reiterar hasta el cansancio, qué frente a la aparición de problemas judiciales, por el comportamiento de un médico, sus mejores pruebas defensivas las constituyen una historia clínica bien elaborada y el consentimiento informado debidamente documentado.

### **38. El consentimiento informado en la legislación colombiana.**

El consentimiento de los pacientes o de los deudos, en los casos de fallecimiento para la disposición del cadáver en la extracción de órganos o tejidos con destino a los trasplantes, ha tenido una profusa regulación en la legislación nacional, aunque no podemos adelantar que ella haya sido la más técnica, porque en la mayoría de los casos se limitó a mencionar el vocablo “*consentimiento*”, sin hacer el esfuerzo en explicar en qué consiste y cuáles deben ser los requisitos que debe tener para que se considere válido.

En la Ley 23 de 1981, no se precisa de qué manera puede ser emitido el consentimiento, y en tales condiciones se podría concluir que el mismo puede ser verbal o por escrito, pese a lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética ha insistido en que el mismo tiene que ser otorgado por medio de la formalidad escrita, y esto es importante enfatizarlo, porque tanto la historia clínica, como el consentimiento informado se convierten en extraordinarios medios defensivos, cuando el paciente termina judicializando la inicial relación médico paciente.

Es evidente, que es la forma más fácil para el médico demostrar que fue lo que hizo, y cómo tales procedimientos son los autorizados por la *lex artis*. En este caso la exigencia de la formalidad escrita, no sería por el lleno de una determinada solemnidad en el contrato celebrado entre el paciente y el médico, sino que es fundamentalmente una exigencia para en un caso determinado tener los medios probatorios para demostrar que las cosas que se hicieron lo fueron de conformidad con los protocolos existentes.

Como lo sostiene con toda razón Julio César Galán Cortés, al afirmar en tal sentido:

*“En nuestro criterio, la forma escrita exigida por la Ley General de Sanidad es una forma ad probationem y no ad solemnitatem. Sobre este particular, hemos de manifestar que la carga de la prueba corresponde al médico, y ello de acuerdo con el criterio establecido en materia de información, en el sentido de que pesa sobre quien lo afirma la carga de la prueba de la prestación, por cuando de invertir tal carga y desplazarla sobre el paciente, se le impondría a éste una prueba diabólica (proba un hecho negativo, esto es, que no se le dio la necesaria información, ni otorgó el preceptivo consentimiento informado), mientras que para el médico se trata de probar un hecho positivo, del que podría dejar buena constancia en la historia clínica del paciente, a tenor de lo normado en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad.*

(...)

*“...Si bien el ingreso del enfermo en el centro asistencial de que se trate o la asistencia voluntaria del mismo al consultorio del profesional significan una presunción a favor del consentimiento del paciente, no lo es menos que la presunción de este consentimiento no puede extenderse a todos o actos ulteriores, pues ello equivaldría a la concesión de una especie de “inmunidad” al facultativo en todas sus actuaciones”.*<sup>146</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que la exigencia de un consentimiento escrito, no se hace como parte de una solemnidad especial, como si ocurre con las escrituras públicas contentivas de contratos sobre bienes inmuebles, sino que se exige, para que quede constancia probatoria de lo que realmente ocurrió entre el médico y el paciente.

En todos los procesos y en los incidentes, siempre existe una carga de la prueba para uno de los partícipes y es así como en el proceso penal esa carga probatoria del delito y de la responsabilidad le cabe al Estado porque existiendo la presunción de inocencia, es este el que tiene que demostrar la culpabilidad, destruyendo probatoriamente la presunción de inocencia.

En el caso de la relación médico-paciente, el primer interesado en demostrar que si hubo consentimiento informado, y cuáles fueron los puntos sobre los que realmente fue informado el paciente es el médico, porque con ello estaría demostrando que se contó con la voluntad del paciente, además en el acierto del diagnóstico y del tratamiento propuesto, es decir la carga de la prueba en relación con este punto le corresponde de manera exclusiva al médico. El médico es el que generalmente es demandado o denunciado y a él le corresponde demostrar que actuó dentro de los protocolos autorizados.

---

<sup>146</sup> Responsabilidad médica y consentimiento informado. Julio César Galán Cortés. Págs. 125 y 126. E. Civitas. Madrid. 2001.

El vocablo se ha manejado en diferentes ámbitos, es el que deben dar los pacientes para recibir un tratamiento o intervención, el que deben dar las personas que se someten a investigaciones experimentales, el que debe dar el donante y el receptor en el caso de los trasplantes, el que deben dar los deudos para que se pueda extraer material biológico de los cadáveres de los seres queridos, el que debe dar toda persona que en vida deba ofrecer su cuerpo para que le extraigan material biológico, la presunción de consentimiento y la autorización para dar a conocer el contenido de la historia clínica electrónica, o el consentimiento del paciente para que utilice o revele el contenido de la historia clínica.

En el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968, se consagra la prohibición según la cual nadie podrá ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Bien se sabe que el Pacto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y no estaba muy lejana la constatación que hicieron las tropas aliadas y las soviéticas cuando invadieron Alemania y pudieron verificar con horror sobre la existencia de los campos de concentración y de exterminio, los hornos crematorios y la experimentación en seres vivos por médicos como Gerhard Wagner, ideólogo del programa de la eutanasia, Joseph Mengele, Leonardo Conti, Karl Brandt, Ernest Robert Grawitz, Joachim Mrugowsky, Aribert Heim, Alois Brunner, Eduard Wirths, y otros muchos, entre ellos, los 23 médicos que debieron rendir cuentas ante un tribunal norteamericano en Nuremberg, es decir, no fueron juzgados por la Corte Internacional que procesó a los jerarcas nazis.<sup>147</sup>

Creemos, porque no tenemos pruebas para demostrarlo, que esos recientes hechos de bestialidad y deshumanización en relación con los salvajes casos de experimentación en seres vivos, influyó para la inclusión de esta norma por parte de Naciones Unidas, en el Pacto Universal de Derechos Humanos.<sup>148</sup>

“ARTÍCULO 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. *En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*”

---

<sup>147</sup> Ciencias y mitos en la Alemania de Hitler, Omar López Mato, págs. 205 y ss. Nomos Impresores. Bogotá. 2017.

<sup>148</sup> Ciencias y mitos en la Alemania de Hitler, Omar López Mato, págs. 205 y ss. Nomos Impresores. Bogotá. 2017.

En la Ley 9 de 1979, extensísima norma en la que se dictan “Medidas Sanitarias”, se dispone que en caso de emergencia sanitaria o en aquellos casos en que la salud pública o la investigación científica así lo demanden, se podrán realizar autopsias, visceratomías, y toma de muestras de tejidos o líquidos orgánicos, sin que sea menester obtener el consentimiento de los deudos.

“**ARTICULO 527.** El Ministerio de Salud deberá:

a) Determinar los requisitos de orden científico que debe llenar el personal autorizado para practicar autopsias sanitarias, docentes o investigativas, visceratomías y toma de muestras de tejidos o líquidos orgánicos;

(.....)

e) *En casos de emergencia sanitaria, o en aquellos en que la salud pública o la investigación científica así lo demande, ordenar o autorizar a las instituciones mencionadas en este artículo la práctica de los procedimientos de que se trata, aun cuando no exista consentimiento de los deudos.*”.

En esta misma ley se establece que para poder realizar trasplantes: “... solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación.”.

Es una norma posterior, reformatoria de esta ley, se determina cuándo se concreta la presunción de donante. En tal sentido se dispone:

“**ARTÍCULO 540.** Cualquier institución de carácter científico, hospitalario o similar, que se proponga emplear métodos de trasplantes o utilizar los elementos orgánicos con fines terapéuticos, deberá obtener de la autoridad sanitaria la licencia correspondiente, previa comprobación de que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, el acto terapéutico no constituirá un riesgo, distinto de aquel que el procedimiento conlleve, para la salud del donante o del receptor.

**PARÁGRAFO 1º.** Parágrafo modificado por el artículo 2 de la Ley 1805 de 2016. Rige a partir del 4 de febrero de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente: *Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación.*” (Lo destacado no lo es en el texto).

En la ley 23 de 1981, creadora del sistema procesal sancionatorio para efectos de garantizar el ejercicio de la medicina dentro de los postulados de la *Lex artis*, de manera antitécnica y en varias normas consagra el deber de obtener el consentimiento de los pacientes antes de iniciar cualquier actividad curativa.

Decimos que anti técnicamente, porque en realidad el mismo se consagra en el artículo 15 de la citada ley, pero en otras normas de la misma ley, hace referencia a aspectos que corresponden al consentimiento informado y es así, como en el párrafo del artículo 12, autoriza a la utilización excepcional de procedimientos experimentales, pero que solo podrán utilizarse: "... con la autorización del paciente o sus familiares responsables".

En el artículo 14 se prohíbe la atención de menores, excepto con la autorización previa de padres, tutores o allegados.

Igualmente, en el artículo 16, se establece el deber de advertir al paciente, parientes o allegados de las reacciones adversas, inmediatas o tardías, que el tratamiento o la intervención pudieran llegar a producir.

Es claro que las precisiones que se hacen en los artículos 12, 14 y 16, hacen parte del consentimiento informado y lo ideal es que todas esas precisiones hubieran quedado insertas en el artículo 15, que es donde en realidad se establece el deber de la obtención del consentimiento informado de los pacientes.

*"ARTÍCULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente."*

*"ARTÍCULO 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.*

*PARÁGRAFO. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica."*

*"ARTÍCULO 14. El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata."*

*"ARTÍCULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.*

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados. ( Lo destacado no lo es el texto."

Lo anterior, sin olvidar, que en realidad de verdad en la norma que se analiza no se da una definición de lo que debe entenderse por consentimiento

informado, de la misma manera que no se señalan sus características, ni sus requisitos de validez.

En la Ley 361 de 1997, por primera vez se hace la distinción de los discapacitados con problemas de cognición y volición, al establecerse en el artículo primero, la distinción entre personas discapacitadas, que pueden integrarse socialmente, y obtener su realización personal, y luego: “.. *a las personas con limitaciones en situación de discapacidad severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.*”

Claramente se distingue en los discapacitados que tienen una mayor capacidad de comprensión y de autodeterminación, de los que se puede lograr su integración social y su realización personal, y los otros, con discapacidades cerebrales severas y profundas, a los que se debe proporcionar la asistencia y protección necesarias.

En tal sentido se dispone:

“ARTÍCULO 1o. Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas ~~con limitación~~ en situación de discapacidad en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y *a las personas con limitaciones en situación de discapacidad severas y profundas, la asistencia y protección necesarias*”.<sup>149</sup>

En el Decreto 2463 de 2001, se establecen diferencias entre los discapacitados de conformidad con el grado de severidad de la limitación,<sup>150</sup> y más adelante, se establece como se realiza el dictamen que califica el grado de discapacidad.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Las expresiones tachadas fueron declaradas condicionalmente exequibles y debían ser reemplazadas, por las que a continuación se colocaron. La Sentencia C 458 15, resolvió demanda contra vocablos y expresiones contenidas en varias leyes consideradas como discriminatorias.

<sup>150</sup> ARTÍCULO 7o. **GRADO DE SEVERIDAD DE LA LIMITACIÓN. Artículo derogado por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013.** En los términos del artículo 5o. de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

<sup>151</sup> ARTÍCULO 31. **DICTAMEN. Artículo derogado por el artículo 61 del Decreto**

Es importante destacar que todas estas calificaciones de discapacidad, se vienen a producir, como consecuencia de la actividad laboral, por tanto, estamos frente a personas que posiblemente se vincularon al trabajo sin limitaciones de ninguna clase y que las discapacidades surgieron con posterioridad, como consecuencia de enfermedades laborales adquiridas, o por accidentes del trabajo.

Consideramos que el legislador ha debido distinguir entre los discapacitados físicos y sensoriales y los discapacitados cognitivos, porque los primeros tienen plena capacidad de comprensión y de determinación, porque al contrario, entre los discapacitados cognitivos existe una gran variedad de situaciones desde aquellos que solo tienen un cociente intelectual levemente inferior al que se considera normal, personas estas que tienen capacidad de comprensión, pueden contraer compromisos jurídicos y tienen capacidad de aprendizaje, y a partir de allí hay infinidad de situaciones de discapacidad cognitiva, que llega hasta los absolutamente discapacitados, que no tienen ninguna capacidad de comprensión o muy baja, y para entender o resolver problemas primarios muy sencillos. Estas personas tienen una bajísima posibilidad de escolaridad o no tienen alguna, y es obvio que no tienen capacidad de comprensión y ninguna opción de contraer obligaciones jurídicas, ni siquiera con los apoyos y salvaguardias previstos en la reciente normatividad que hemos venido mencionando.

La nueva legislación en relación con los derechos de los discapacitados, crea graves problemas en relación con el consentimiento informado, cuando estas personas deben ser sometidas a tratamientos o intervenciones médicas de cualquier naturaleza, porque como ya lo comentamos, se debe acudir a la

---

**1352 de 2013.** Los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez deberán ser elaborados y notificados en los formularios autorizados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cuales deben ser diligenciados y firmados por cada uno de los miembros de la junta.

Los dictámenes deberán contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral; igualmente se debe determinar en los casos de invalidez, si la persona requiere del auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida.

De igual manera si fuere el caso, determinarán a cargo de quien están los costos de que trata el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 y los honorarios de la junta de calificación de invalidez. Para efecto de reclamación de subsidio familiar, beneficios de la Ley 361 de 1997, subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional y del Fondo de Solidaridad y garantía, el dictamen deberá contener solamente las decisiones sobre el grado pérdida de la capacidad laboral.

adjudicación de ayudas declaradas judicialmente por el juez de familia del domicilio de la persona discapacitada.

El Constituyente consagra el deber y el derecho de sostener a los hijos mientras sean menores o impedidos y es así como se dispone en el inciso 8° del artículo 42 de la Carta:

“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, *y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos*. (Lo destacado no lo es en el texto).

Nos parece que algunas de estas disposiciones que hemos estado comentando de la Ley 1996 de 2019, son contrarias a la Carta Política, en cuanto al desconocimiento de la patria potestad en cabeza de los padres, porque en la previsión normativa para designar a las personas que deben prestar los apoyos a las personas discapacitadas se ignora a los padres, de la misma manera que no contiene un mandato dirigido a los jueces que deben adjudicarlos, en el sentido que se debe tener en cuenta a los padres de manera preferencial, a menos que existiese en cabeza de ellos alguna inhabilidad para desempeñar tales oficios.

Es evidente que cuando el Constituyente establece que la pareja debe decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y a continuación determina que es deber de los mismos, es decir de los padres, “...sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”, está consagrando la patria potestad en su favor, y el vocablo “impedidos”, está haciendo referencia a hijos que por defectos físicos o alteraciones cerebrales, se encuentran en situación de impedimento para sobrevivir por sí mismos.

Consagrada constitucionalmente la patria potestad en favor de los padres, la misma solo podría ser suspendida por las causales previstas en los artículos 62, 310 y 315 del Código Civil.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> **ARTICULO 62. REPRESENTANTES DE INCAPACES.** Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1. Ordinal modificado por el artículo 1 del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años.

Si falta uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro.

Aparte tachado INEXEQUIBLE, aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio. Igualmente,

La patria potestad la concede la propia naturaleza, porque hasta en los animales, es a los padres a quienes les corresponde el cuidado de la descendencia.

Esta figura jurídica está definida en el código civil de la siguiente manera:

**“ARTICULO 288. DEFINICION DE PATRIA POTESTAD.** Artículo subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: *La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.*

podrá el juez con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de este. La guarda pondrá fin a la patria potestad en los casos que el artículo 315 contempla como causales de emancipación judicial; en los demás casos la suspenderá.

**ARTICULO 310. SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.** Apartes tachados INEXEQUIBLES, sustituidos por las palabras "padres". Sentencia c 262 de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio P. Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente:> La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos ~~cónyuges~~ <padres>, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos ~~cónyuges~~ <padres>, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad\*.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

**ARTICULO 315. EMANCIPACION JUDICIAL.** Artículo modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1a) Apartes tachados INEXEQUIBLES. Por maltrato habitual del hijo, ~~en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.~~

Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por medio de la sentencia C 1003 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2a) Por haber abandonado al hijo.

3a) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.

4a) Numeral adicionado por el artículo 10 del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

5) Numeral adicionado por el artículo 92 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.

Aparte tachado INEXEQUIBLE. Inciso modificado por el artículo 24 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: *Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.*

*Los hijos no emancipados son hijos de familia*, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia. (Lo destacado no lo es en el texto).

Esta capacidad de procrear y de cuidar de los hijos hasta que logren su propia independencia por poder subsistir por sí mismos, es reconocida y regulada por el Estado, pero se trata simplemente de la aceptación normativa de los deberes y derechos, impuestos por la propia naturaleza.

Desde esa perspectiva, es entendible que los padres conserven la patria potestad, a menos que con un comportamiento indebido, actúen de manera contraria a como debe ser la conducta de los padres en relación con los hijos, dentro de las leyes inmutables ordenadas por la naturaleza.

Esta realidad social impuesta por la naturaleza, es consagrada como un derecho constitucional, que el legislador no puede suspender, desconocer, ni eliminar, a menos que sea por una causa justa, por el mal e indebido comportamiento de los padres que detentan la patria potestad, o por incapacidad para poder ejercerla.

Es evidente que la suspensión de la patria potestad es concebida como un castigo para los padres que por diversas circunstancias no pueden o demuestran estar en incapacidad de ejercerla. En tales circunstancias es evidente, que el Estado, por medio del legislador no puede limitar, suspender, ni desconocer la patria potestad en cabeza de los padres que la hayan ejercido en el estricto cumplimiento de sus deberes. Se trataría de un castigo que no merecen, precisamente porque han cumplido con sus deberes dentro del entendimiento normativo que se le ha dado al cabal ejercicio de la patria potestad.

En tales circunstancias normativas solo se puede suspender o terminar con la patria potestad en los siguientes casos:

- a. El padre o madre que hayan sido declarados como tales, en juicio contradictorio;
- b. Por demencia;
- c. Por haber sido declarado en entredicho de administrar sus propios bienes;

- d. Por una larga ausencia;
- e. Por maltrato
- f. Por haber abandonado al hijo.
- g. Por deprivación que los incapacite de ejercer la patria potestad.
- h. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.
- i. Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena.

En nuestro criterio personal en la Ley 1996 de 2019, se concibe la prestación de apoyos para las personas discapacitadas que de alguna manera puedan manifestar su voluntad, sin que en ninguna parte se mencione de manera preferencial a los padres para prestar dichos apoyos, y ello constituye una forma indirecta de suspender o quitarle la patria potestad a padres que no han incurrido en ninguna de las causales antes enumeradas; y lo que se afirma es una realidad, porque el juez que determine la adjudicación de los apoyos, al no tener que considerar a los padres como apoyos preferenciales, podrá decidir designar a personas diferentes.

Desde el punto de vista social, constituye una verdadera deshonra y un castigo para cualquier padre al que se le quite la patria potestad sin causa legal que lo justifique, y al mismo tiempo se le ocasiona un profundo dolor y angustia, porque, ¿qué padre admitiría que se le quite el cuidado sobre un hijo discapacitado?

Consideramos que la ley que se critica debía contener un artículo en la que se indicara que en el momento en que se deben escoger las personas que van a dar los apoyos previstos en la ley, se debe dar preferencia a los padres, a menos que se encuentren en alguna de las causales previstas en el código civil para la suspensión de la patria potestad o para la emancipación judicial previstos en los artículos 62, 310 y 315 de esa codificación.

Nada menciona la ley en relación con los costos que genera esta nueva concepción en relación con la protección de los discapacitados, porque al tratarse de un proceso judicial esto tiene costos, de la misma manera que las personas que van a prestar los apoyos y salvaguardas igualmente deben

tener unos honorarios determinados, mientras que en el anterior sistema, generalmente los padres no tenían costos adicionales para el cuidado de sus hijos discapacitados.

### **39. Diversas formas de consentimiento, frente a plurales hipótesis de intervenciones quirúrgicas y tratamientos.**

Por la propia complejidad de la medicina, y por el asombroso desarrollo tecnológico que ha ocurrido en las últimas épocas, en los tratamientos, exámenes, diagnósticos, farmacología, la biotecnología e intervenciones quirúrgicas, se multiplican por miles los nuevos protocolos, y es evidente, que cada uno de ellos contiene especificidades propias, en cuanto a los riesgos, en cuanto a las secuelas próximas y remotas, circunstancias que imponen que cada consentimiento tiene que redactarse de conformidad con la específica especialidad médica en que se produzca la intervención, y dentro del tratamiento o intervención específica de que se trate dentro de esa especialidad.

Lo anterior además de tener que considerar la edad y las condición patológica del paciente, porque es una realidad que un mismo tratamiento, o una misma intervención quirúrgica, tiene sus propios riesgos y consecuencias, teniendo en cuenta la edad del paciente y las circunstancias especialísimas de salud de cada cual, sobrepeso, alergias, contraindicaciones farmacológicas, enfermedades preexistentes, alimentación, actividad profesional, y todas aquellas circunstancias que hacen a cada paciente único e irrepetible.

En circunstancias tan complejas ha de concluirse que el consentimiento es absolutamente individual y preciso para cada paciente, para cada especialidad y para cada tratamiento e intervención quirúrgica dentro de cada una de las múltiples especialidades médicas.

De allí, que en principio, no estemos de acuerdo con los formatos de consentimiento previamente impresos que de manera general se hacen firmar en las clínicas y hospitales del país, se trata de un modelo de carácter universal, en los que la institución se preocupa más, por establecer una serie de cláusulas, con las que pretende quedar relevada de cualquier tipo de responsabilidad contractual o extracontractual, al igual que su equipo sanitario; que la realización de un esfuerzo para que el paciente quede bien informado de lo que médicamente se le va a hacer, para que conforme con ese conocimiento, exprese válidamente su consentimiento.

En una de las decisiones del T.N.E.M. se hace una enunciación de algunos de los múltiples consentimientos informados que deben producirse de conformidad con la especialidad, y la clase de tratamiento o de intervención de que se trate, sin que la misma la podamos considerar como una enumeración taxativa. Así es que con ponencia del H.M. Fernando Guzmán M. en este sentido se sostuvo:

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer. Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis

Este consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

- Para tratamiento farmacológico
- Para procedimientos diagnósticos no invasivos
- Para procedimientos invasivos diagnósticos
- Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos
- Para procedimientos quirúrgicos
- Para Cirugía Estética
- Para tratamiento no convencional "heroico"
- Como sujeto de experimentación
- Como donante de órganos
- Como receptor de trasplantes.”.

Pero lo anterior no es suficiente, porque como ya lo hemos repetido lo ideal es que cada consentimiento se haga a la medida de cada paciente.

#### **40. El consentimiento en la prescripción de fármacos.**

Ante la multitud de consentimientos, de conformidad con las distintas enfermedades, los diversos tratamientos, las múltiples intervenciones quirúrgicas, haremos referencia a solo algunos de ellos y comenzaremos por el del consentimiento en la prescripción de fármacos, porque es prácticamente común a todo tipo de tratamientos y procedimientos médicos.

En el derecho español se entiende por medicamento.

“Toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental”.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones. Sonia Ramos González. Pág. 68. E. Thomson. Civitas. Madrid, 2004.

Se trata de una definición que nos da una idea más o menos adecuada de lo que se debe entender por medicamento.

Como toda obra humana, los medicamentos en algunas ocasiones tienen defectos de diseño, de fabricación y en la literatura que se acompaña en los prospectos que tienen todos los medicamentos en los que se informa sobre las sustancias químicas contenidas, indicaciones sobre su prescripción y posología, contraindicaciones y posibles consecuencias secundarias.

La anterior realidad, nunca se puede descartar, por la existencia en el mercado, de medicamentos defectuosos, por su diseño, por su fabricación, por la información contenida en cada medicamento, o la prescripción inadecuada por parte del médico que lo ordena, se hace indispensable que en la orden médica de medicamentos, exista un consentimiento informado del paciente que los va a consumir.

Este es un aspecto trascendental en la relación médico-paciente porque es una realidad, que estadísticamente en la inmensa mayoría de los casos en que se establece esta relación, el médico le prescribe una serie de fármacos que harán parte del tratamiento que le ordena y si se trata de una intervención quirúrgica, debe ingerir determinados fármacos antes de su realización, se le deben aplicar anestésicos para llevar a cabo la intervención, y con posterioridad a la misma, se le prescriben igualmente otros fármacos para la fase postoperatoria.

Es indudable que la industria farmacológica a nivel universal ha tenido desarrollos extraordinarios, y enfermedades, que en un momento de la historia se consideraron como incurables, ya no lo son como consecuencia de las vacunas y de una farmacopea que podríamos calificar casi que infinita, porque en el momento contemporáneo hay medicamentos para un número muy importante de patologías.

Pero este milagro de la química farmacéutica presenta graves dificultades porque de manera general, los medicamentos que se prescriben como remedios para una determinada patología, pueden producir efectos secundarios en el organismo. De la misma manera, pueden presentarse reacciones alérgicas o de hipersensibilidad a determinadas sustancias, que en casos particularmente graves pueden conducir a la muerte del paciente; Lo anterior, sin tener en cuenta, sustancias químicas que solo vienen a producir

secuelas negativas muchos años después de haber sido ingeridas o inyectadas, como sucede con ciertas sustancias que se aplican en tratamientos cosméticos.

De la misma manera, no puede olvidarse la situación de ciertos fármacos no suficientemente experimentados, para predecir las consecuencias negativas mucho tiempo después de haber sido ingeridos, que han ocasionado verdaderas catástrofes sanitarias como ocurrió en el siglo pasado con la talidomida.

Los altísimos costos de la investigación farmacológica, y el afán de los necesarios dividendos para empresas que son fundamentalmente entidades con ánimo de lucro, pueden llevar al mercadeo de productos no suficientemente investigados en cuanto a todas las secuelas que puede llegar a producir un determinado medicamento.

El afán de sacar al mercado un producto que puede ser muy rentable, como sucede en el momento actual, en relación con el que primero produzca el medicamento para la curación de ciertos tipos de cáncer, o la vacuna, o el medicamento que cure la Covid 19. Estos estímulos económicamente gigantescos pueden llevar a los empresarios a tomar decisiones apresuradas, que pueden terminar en verdaderas tragedias sanitarias.

“James Black, Premio Nobel de Medicina por el descubrimiento de dos de los grupos de medicamentos que mayor impacto ha tenido sobre la salud humana, los betabloqueantes (utilizados como antihipertensivos antianginosos y antiarrítmicos) y los antihistimínicos H2 (utilizados como antiulcerosos), definió a los medicamentos como “venenos útiles”. La definición es ciertamente exagerada, pero recoge la doble cara, que como el dios Jano, tienen los medicamentos. Por un lado, los medicamentos son capaces de modificar mecanismos fisiopatológicos y de este modo mitigar el dolor y la angustia, alargar la expectativa de vida y mejorar su calidad, y, en fin, prevenir o retrasar el progreso de la enfermedad. Pero del mismo modo que el medicamento interfiere mecanismos bioquímicos aprovechables con fines terapéuticos, es capaz también de producir alteraciones que pueden resultar perjudiciales para la salud humana”.<sup>154</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

En este punto no podemos dejar de mencionar la estrategia de marketing de los laboratorios farmacológicos, que son poderosas empresas económicas, que tienen mercados universales, y por tanto ganancias fabulosas, que

---

<sup>154</sup> El consentimiento en la utilización de fármacos, Manuel Amarilla, Cecilio Álamo, Asociación Española de Derechos Farmacéuticos. Editores. Los efectos adversos de los medicamentos y la información a los usuarios. Percepción, evaluación y comunicación de riesgos, Pág 70, Francisco J. de Abajo. Universidad de Alcalá, 2000.

en sus estrategias de mercadeo utilizan todo tipo de estímulos comerciales, invitaciones gratuitas a congresos médicos, viajes de placer con todos los gastos pagos y regalos de la más distinta naturaleza, cuando no, porcentajes sobre las ventas de determinados medicamentos, con el propósito de incentivar al personal sanitario a que prescriba o consuma los elementos por ellos producidos.

Es bien sabido que de tiempo atrás existe normatividad que prohíbe ese tipo de peligrosas relaciones entre los médicos y los laboratorios de fármacos, productores de insumos médicos, biotecnología, prótesis, y equipos médicos en general.<sup>155</sup>

También es sabido, que sobre todo en países como el nuestro, en situación de subdesarrollo, la información en los prospectos que deben tener ciertos fármacos no es muy completa, en cuanto a las secuelas que la ingesta puede producir. Incluso se ha demostrado que la información contenida en los prospectos farmacológicos que se brindan a los consumidores de los países desarrollados es mucho más amplia y completa que la que se ofrece a los pacientes del resto del mundo.

---

<sup>155</sup> Ley 1438 de 2011. ARTÍCULO 106. **PROHIBICIÓN DE PREBENDAS O DÁDIVAS A TRABAJADORES EN EL SECTOR DE LA SALUD.** Artículo modificado por el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: *Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador* de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de las entidades de Inspección, Vigilancia y Control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.

PARÁGRAFO 2o. *Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes*". (Lo destacado no lo es en el texto)

ARTÍCULO 133. El artículo 106 de la Ley 1438 de 2011, quedará así:

“Artículo 106. *Prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la sa-*

Debemos igualmente recordar otra peligrosa e indebida práctica, que ocurre cuando el médico se convierte en proveedor de los fármacos e insumos que prescribe o, cuando recomienda abiertamente que lo prescrito debe ser adquirido con un determinado proveedor.

El primer problema que presentan los medicamentos es el defecto de diseño, es decir la determinación, de si un nuevo medicamento que sale al mercado debe ser utilizado solo bajo prescripción médica, o si puede venderse libremente a los consumidores en las farmacias.

De manera general, estas decisiones se toman con fundamento en el criterio riesgo-utilidad de cada medicamento, pero es absolutamente claro que la determinación de tales situaciones siempre están amenazadas por el error.<sup>156</sup>

En relación con la información que debe recibir el paciente que utiliza determinado fármaco es doble, porque de un lado surge la obligación para el fabricante, que de manera clara debe informar a los médicos qué sustancias o componentes químicos contiene ese fármaco, de la misma manera que indicar cuáles son las contraindicaciones para quien hace uso de él, la posología recomendada, las posibles alergias que se pueden desencadenar.

---

*lud. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

PARÁGRAFO 1o. Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de las entidades de Inspección, Vigilancia y Control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.

PARÁGRAFO 2o. ***Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes***". (Lo destacado no lo es en el texto)

Artículo declarado exequible por sentencia C 084 de 2013.

<sup>156</sup> Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones. Sonia Ramos González. Págs. 201 y ss., E. Thomson. Civitas. Madrid, 2004.

Esta información es mucho más exigente cuando se trata de fármacos que pueden ser consumidos sin prescripción médica.

“En cuanto al segundo supuesto, la información del fármaco se complementa con la cada día más necesaria asistencia del profesional que complementará la información con el consejo para el caso concreto y particularizado de ese paciente y el resultado que está previsto se produzca.

No obstante, se reafirma la responsabilidad cuando las advertencias no se expresan en lenguaje legible y claro para el usuario, bien porque sea extremadamente técnico o porque sea incomprensible para un sujeto con la normal diligencia.<sup>157</sup>

El médico en el momento de prescribir un fármaco debe individualizar la información que el laboratorio brinda de manera general en el prospecto que de manera general acompaña a los medicamentos. Esa necesaria individualización en la información que debe brindar el médico que prescribe el fármaco, tiene que ver fundamentalmente con la edad del paciente, estado de salud del mismo, preexistencia de otras enfermedades, y los efectos que podría producir la ingesta del mismo, en relación con el estado general de salud, o con la asociación con otros fármacos que pudiera estar utilizando, y o, los efectos que podría ocasionar en relación con otras dolencias padecidas por el paciente.

El profesor Luis Sarrato Martínez en relación con las obligaciones del médico que prescribe un fármaco recomienda:

“Cuando se prescribe un tratamiento farmacológico, se espera que el beneficio terapéutico y la tolerancia sean máximos, pero a veces los resultados no son los esperados. Es entonces cuando surgen las reacciones adversas, un problema más que relevante y con importantes implicaciones no sólo a nivel del paciente, sino también a nivel del sistema sanitario. *Los medicamentos poseen propiedades curativas o preventivas respecto a las enfermedades humanas; sin embargo, como ya sabemos, “pueden tener efectos patológicos, pudiendo producir, por ejemplo, intoxicaciones en sentido estricto (consecuencia de las sobredosificaciones del fármaco), accidentes terapéuticos (debidos a una sensibilidad especial del sujeto), accidentes, e incluso la muerte por asociaciones con otros fármacos. No existen medicamentos con riesgo cero, y es evidente que tampoco existen medicamentos fabricados a la medida de cada paciente. Ciertamente es también que muchos de los problemas ocasionados por los medicamentos son debido a un mal uso de los mismos. De hecho, aproximadamente la mitad de las reacciones adversas a los medicamentos son evitables. Parece lógico pensar que una manera importante de evitarlas es que los profesionales sanitarios estén informados sobre los medicamentos que prescriben (médicos) o dispensan (farmacéuticos)”*.<sup>158</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

<sup>157</sup> El consentimiento en la utilización de fármacos, Manuel Amarilla, Cecilio Álamo, Asociación Española de Derechos Farmacéuticos. Editores. El fármaco y la autonomía de la voluntad, Pág. 85, Mariano Avilés Muñoz. Universidad de Alcalá, 2000.

<sup>158</sup> La responsabilidad administrativa, civil y penal e el ámbito del medicamento, Luis Sarrato Martínez, Pág. 90, E. Thomsom Reuters. Arazandi. Pamplona 2014.

Pero es evidente que es el prospecto que tiene todo medicamento, el que debe contener la mayor y más clara información del fármaco, en el que se indique de que sustancias químicas está compuesto, las reacciones que puede producir, su posología, las potenciales alergias o intoxicaciones, y contraindicaciones, sobre todo cuando se está ingiriendo otros medicamentos.

Guerrero Zaplana en relación con el contenido informativo del prospecto farmacológico nos dice:

**“El prospecto, pues, es la fuente de información básica de la que dispone el paciente (consumidor en este caso) y debe aportar una información útil:**

**- Para el médico, pues debe proporcionar un nivel de información que le permita tomar decisiones con conocimiento preciso sobre los efectos de cada medicamento y de sus riesgos.**

**- Para el personal sanitario que debe administrar el medicamento.**

**Para el paciente o enfermo, que solo con la información del prospecto debe tomar la decisión de consumir el medicamento con el pleno conocimiento de su composición y de sus efectos positivos o negativos, así como de las condiciones ordinarias de consumo.**

Precisamente el hecho de que el prospecto sea la fuente fundamental de información para el paciente hace que en los medicamentos que no precisan receta sean en los que aumenta extraordinariamente la exigencia de información. No se olvide que en el empleo de medicamentos se hace necesario que la información sea lo más completa posible para facilitar la toma de decisiones por parte del consumidor y usuario”.<sup>159</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

#### **41. Consentimiento en los trasplantes.**

El consentimiento en los trasplantes es de los de mayor complejidad, en cuanto a que es menester el del donante, del receptor y de los deudos o parientes del fallecido, en el caso del trasplante cadavérico.

Es una realidad que la civilización humana y la medicina de manera concreta cambiaron a partir de 1967, cuando el cirujano cardiovascular Dr. Christian Barnard, trasplantó el corazón enfermo de Louis Washkansky, porque a partir de este hecho científico, se derivó un desarrollo inmenso de la medicina y de la ingeniería médica con trasplantes de riñón, hígado, pulmón, de piel, córnea, intestino y muchos otros órganos, componentes anatómicos, y tejidos, reemplazados, bien por órganos o tejidos, provenientes de personas vivas, de cadáveres, o por reemplazos artificiales.

---

<sup>159</sup> El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. José Guerrero Zaplana, Págs. 56 y 57. E. Lex Nova. Valladolid 2004.

***A. Consentimiento para el trasplante de un órgano proveniente de una persona viva.***

A nivel de consentimiento se trata de una operación mucho más compleja, porque se necesita no solo el consentimiento del paciente receptor del órgano trasplantado, sino el del donante, y en caso de que el material para el trasplante provenga de un cadáver, el de los deudos.

Lo relacionado con trasplantes y los consecuentes consentimientos informados está regulado en la Ley 73 de 1988, que crea en el artículo 2º una trascendental presunción de donante, y destacamos este hecho como importante, porque es bien sabido la extremada escasez de órganos, tejidos y componentes anatómicos disponibles para trasplantes, y la larguísima cola de pacientes en espera que les llegue el turno salvador de la aparición de un donante, o de cadáver habilitado legal y sanitariamente para extraer del mismo componentes anatómicos.

Dentro de esta norma es importante destacar tres casos de potenciales donantes:

A. La manifestación que hace una persona haciendo donación formal de uno de sus órganos simétricos o pares, para trasplante inmediato, o parte de un órgano único, como es el caso de hígado;

B. Quien en el curso de su vida hace una manifestación permitiendo que de su cadáver se puedan extraer componentes anatómicos para ser utilizados en trasplantes.<sup>160</sup>

C. La presunción de potencial donante, cuando la persona en el curso de su vida, no haya manifestado de manera expresa y clara, prohibiendo que

---

<sup>160</sup> ***Ley 73 de 1988.*** “ARTICULO 2º. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1805 de 2016. Rige a partir del 4 de febrero de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente: ***Se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento.***

PARÁGRAFO 1º. La voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares.

PARÁGRAFO 2º. Las donaciones no generan ningún tipo de vínculo familiar, legal o económico

después de su fallecimiento se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos del cuerpo.<sup>161</sup>

En el mismo artículo se les da a los deudos un periodo de seis (6) horas o antes de iniciarse la autopsia, para oponerse a la extracción de componentes anatómicos. La expresión subrayada: “si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.”, del artículo 2º fue demandada, pero la Corte Constitucional mediante Sentencia C 933 de 2007 declaró su concordancia con la Carta Política.<sup>162</sup>

Igualmente se dispone que la voluntad manifestada por el potencial donante durante su vida, solo podrá ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos o familiares.

Esta disposición, en nuestro criterio es particularmente importante, porque todos los poderes y mandatos constituidos en vida, dejan de tener efecto con la muerte del poderdante o mandante, excepto el testamento, cuando el mismo se elabora con acatamiento de la ley.

---

<sup>161</sup> Ley 73 de 1988 ARTICULO 3o. La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos:

- a) *Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implantación inmediata;*
  - b) *Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma, pero para que tenga efectos después de su muerte, con destino a su implantación inmediata o diferida;*
  - c) *Mediante presunción legal de donación, de conformidad con el artículo 2 de esta Ley.*
- PARÁGRAFO: En todo caso prevalecerá la voluntad del donante por sobre el parecer contrario de sus deudos o cualesquiera otras personas.

<sup>162</sup> Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal” contenida en el artículo 2º de la Ley 73 de 1988, en el entendido de que para asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante: a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; y b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de la obligación del Estado colombiano de realizar campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley.

Esta se constituye en una nueva excepción a ese principio general según el cual los mandatos constituidos en vida, dejan de tener efecto con la muerte del mandante. Y es una previsión trascendente porque por cuestiones culturales relacionadas con la muerte, con el respeto debido a los cadáveres, con aspectos religiosos, sería muy factible que los deudos quisieran desconocer después de la muerte la donación que de partes de su cuerpo hizo el donante en vida.

Existiendo tales normas, era indispensable qué en este caso particular, se estableciera que esa voluntad expresada en vida, no fuera a ser revocada o modificada después de su muerte.

En tal sentido se dispone:

“PARÁGRAFO 1º. La voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares.”.

En el párrafo del artículo 16 del Decreto 786 de 1990, se establece que en casos de emergencia sanitaria, de investigación científica o cuando la ley exija que el médico debe expedir el certificado de defunción, se puede practicar la autopsia sin el consentimiento de los deudos.

“ARTÍCULO 16. Artículo compilado en el artículo 2.8.9.16 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4.1.1 del mismo Decreto 780 de 2016. Son requisitos previos para la práctica de autopsias clínicas, los siguientes:

- a) Solicitud del médico tratante, previa autorización escrita de los deudos o responsables de la persona fallecida;
- b) Disponibilidad de la historia clínica, cuando sea del caso;
- c) Ubicación del cadáver en el sitio que el establecimiento médico - asistencial correspondiente haya destinado para la práctica de autopsias.

PARÁGRAFO. En casos de emergencia sanitaria o en aquellos en los cuales la investigación científica con fines de salud pública así lo demande y en los casos en que la exija el médico que deba expedir el certificado de defunción, podrá practicarse la autopsia *aun cuando no exista consentimiento de los deudos.*”

Finalmente, en la ley 2015 de 1916, que establece la obligación de la historia clínica electrónica, se determina, que el conocimiento del contenido de la misma, por terceras personas solo será posible, con el consentimiento previo y expreso del paciente.

“*Artículo 60. Titularidad.* Cada persona será titular de su Historia Clínica Electrónica, a la cual tendrán acceso, además del titular, los sujetos obligados en el artículo tercero de la presente ley, con el previo y expreso ‘consentimiento de la persona o paciente de acuerdo con la normatividad vigente.’”

“**Artículo 70. Autorización a terceros.** Solo la persona titular de la Historia Clínica Electrónica podrá autorizar el uso por terceros de la información total o parcial en ella contenida de acuerdo con la normatividad vigente, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización.”.

En la misma ley se establece el orden parental que debe seguirse para la manifestación del consentimiento para la utilización legal de un cadáver, para extraer de él, componentes anatómicos destinados para trasplantes.<sup>163</sup>

### ***B. El consentimiento del trasplantado.***

Lo anterior, en lo relacionado con el consentimiento de los donantes, y es obvio, que queda faltando el del trasplantado, es decir, del paciente que va a recibir ese componente anatómico de otro cuerpo, vivo o muerto, o uno artificial.

En la ley que se comenta, en el artículo 2° se establece el consentimiento que deben expresar los deudos, para que el cadáver del ser querido pudiera ser utilizado para la extracción de órganos, tejidos o componentes anatómicos con destino a trasplantes.

Pero la mencionada ley no hace referencia en ningún momento al consentimiento de la persona a la que se le va a hacer el trasplante.

Al no establecerse legislativamente requisitos especiales o adicionales para el consentimiento en donantes y personas que van a ser trasplantadas

---

<sup>163</sup> Ley 73 de 1988.

3 de 1988. ARTICULO 5o. Cuando quiera que en desarrollo de la presente ley deba expresarse el consentimiento, bien sea como deudo de una persona fallecida o en otra condición, se tendrá en cuenta el siguiente orden:

- 1) El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos;
- 2) Los hijos legítimos o naturales, mayores de edad;
- 3) Los padres legítimos o naturales;
- 4) Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad;
- 5) Los abuelos y nietos;
- 6) Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado;
- 7) Los parientes afines hasta el segundo grado.

Los padres adoptantes y los hijos adoptivos ocuparán dentro del orden señalado en este artículo, el lugar que corresponde a los padres e hijos por naturaleza.

Cuando a personas ubicadas dentro de un mismo numeral de este artículo, corresponda expresar su consentimiento en ausencia de otras con mayor derecho dentro del orden allí señalado, y manifiesten voluntad encontrada, prevalecerá la de la mayoría. En caso de empate, se entenderá negado el consentimiento.

debemos entender que se debe cumplir con los requisitos generales del consentimiento que destacamos con anterioridad, y que derivan de la capacidad jurídica para contratar de conformidad con las normas establecidas en la legislación civil.

Consideramos que se trata de una omisión legislativa relativa muy grave, porque tanto en el caso del donante, como en el del trasplantado se van a producir profundos cambios en el organismo, de la misma manera, que durante el resto de sus vidas van a tener que guardar ciertos cuidados, tratamientos medicamentosos y por sobre todo deben ser informados sobre los riesgos y secuelas surgidas de este tipo de intervenciones y tratamientos posteriores al trasplante.

Pero pese a la anterior conclusión, creemos que para tranquilidad de todos, y particularmente de los médicos, el consentimiento debe ser documentado, y así lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Médica. Es así como en decisión del 18 de noviembre de 2017, se sostuvo con ponencia del H.M. Fernando Guzmán Mora:

#### **“6-DOCUMENTO**

*Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado atención especial por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.*

*Es claro que en todos los consentimientos de un tratamiento o de una intervención quirúrgica, el paciente debe ser informado de los riesgos de los procedimientos invasivos, sin olvidar que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.*

*En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.”.*

Es claro que en todo tipo de consentimiento, el médico debe informar al paciente no solo de los riesgos que conlleva el tratamiento o la intervención quirúrgica, sino que debe advertir de las secuelas próximas o futuras que pueden sobrevenirse, pero creemos que esta exigencia se debe intensificar en el caso de donante vivo, cuando ofrece donar uno de los órganos simétricos pares, porque es obvio, que por lo menos en los primeros tiempos después de extraérsele uno de esos órganos, debe estar sometido a tratamientos especiales y debe someterse a determinados cuidados, para tratar de evitar lesiones del órgano remanente.

La ley se refiere a órganos, y a componentes anatómicos, por tanto, creemos desde la perspectiva normativa existe la posibilidad de que uno de los miembros superiores o inferiores, pudiera ser objeto de trasplante.

Pierangeli, comentando la legislación de Brasil, en relación con este tipo de trasplantes sostiene que la ley:

*“Exige, sin embargo, que se trate de órganos dobles, partes de órganos, tejidos, vísceras, o partes del cuerpo que no impidan al organismo del donante continuar viviendo sin riesgo para su integridad o un grave compromiso de sus aptitudes vitales, ni pueda producirle una mutilación o una deformación inaceptable o, incluso, causar algún perjuicio a su salud mental, y que corresponda a una necesidad terapéutica comprobadamente indispensable para el receptor”.*<sup>164</sup> (Lo destacado no lo es en el texto)

Consideramos que el trasplante es una opción para cuando se hayan agotado todos los tratamientos y opciones de que la ciencia médica ofrezca en ese momento y debe ser una solución extrema, porque además de la gravedad que implica la intervención para el paciente, se pone en riesgo la del donante, al igual que los altos costos del procedimiento y lo complicado de la doble cirugía, y de los complejos y graves problemas del postoperatorio.

Toda esa intrincada labor que compromete a un gran equipo interdisciplinario, y aspectos tecnológicos de punta, solo tendría plena justificación, cuando no exista otra solución menos compleja y dramática.

## **42. Consentimiento en los casos de esterilización.**

Este es un caso de vasta complejidad, porque de por medio se encuentran los derechos sexuales y reproductivos, que son propios de todas las personas del género humano, cuando han adquirido la capacidad biológica para tener relaciones sexuales.

El artículo 42 de la Carta, reconoce el derecho a contraer matrimonio y la paternidad responsable,<sup>165</sup> de la misma manera que se han reconocido los derechos

---

<sup>164</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Henríque Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 215, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

<sup>165</sup> **ARTICULO 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

sexuales que surgen a nivel constitucional, de la interpretación de los artículos 14 y 16 de la Carta que llevaron a la Corte Constitucional a sostener:

“ 5.2.4. Por otra parte, los derechos sexuales reconocen la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros. Asimismo, protegen el acceso a servicios de salud sexual. Al respecto, la Corte ha destacado que *"la protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo"*.<sup>166</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Frente a la jerarquía de los derechos con protección constitucional, es obvio, que todo lo relacionado con la esterilización es un tema sumamente delicado, que exige de un muy cuidadoso consentimiento informado y todavía más, si el candidato a la esterilización es un menor de edad adulto, entre los 14 y los 18 años. Esta edad es particularmente trascendente, porque es la edad, dentro de la cual la legislación civil, admite el matrimonio, porque biológicamente se encuentran aptos para tener relaciones sexuales y reproducirse, con el lleno de ciertos requisitos como es la autorización de los padres.

Lo relacionado con la intervención quirúrgica de la vasectomía y ligadura

---

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

<sup>166</sup> Sentencia C 131 14.M.P. Mauricio González Cuervo.

de trompas fue regulado por la Ley 1412 de 2010, al establecerse:

“ARTÍCULO 1o. **LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD RESPONSABLES SON UN DERECHO Y UN DEBER CIUDADANO.** Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que conformarán la familia. La progenitura responsable, se considera una actitud positiva frente a la sociedad, y como tal será reconocida, facilitada y estimulada por las autoridades.”.

“ARTÍCULO 2o. **GRATUIDAD.** El Estado garantiza de manera gratuita la práctica de la vasectomía o ligadura de trompas.”.

Es obvio que se trata de políticas sociales del Estado para evitar los problemas de salud, vivienda, educación y otros muchos más, que surgen de familias con gran número de hijos y que carecen de recursos para poderlos sostener de manera digna. Pero además de los problemas anteriormente mencionados estarían otros que, por diversas razones de tipo genético, o congénito, podrían generar el nacimiento muy probable de descendencia con problemas físicos, patológicos o mentales muy severos, que además de significar un grave problema para los padres y familiares, que también lo serían para los descendientes que nacen con tal tipo de problemas y para la Nación en general, por los costos excesivos que genera el tratamiento y educación de estas personas.

Se determina que las personas interesadas en que se les realicen tales procedimientos quirúrgicos deben hacer la solicitud por escrito, de conformidad con las previsiones de la ley al estipular:

“ARTÍCULO 4o. **SOLICITUD ESCRITA.** Las personas que quieran realizarse esas prácticas quirúrgicas deberán solicitarlo por escrito a la respectiva entidad.”.

En la misma ley se regula el consentimiento informado y cualificado, al establecerse que el médico antes de la intervención anticonceptiva debe informar al paciente sobre: “la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos”.

De la misma manera se determina que cuando la persona tenga limitaciones de lectoescritura, las IPS deben ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad. En tal sentido se determina:

“ARTÍCULO 5o. **DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y CUALIFICADO.** Los médicos encargados de realizar la operación respectiva deben informar al paciente la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos.

Cuando las personas tengan limitaciones de lectoescritura, las EPS, del régimen contributivo o subsidiado a las IPS. públicas o privadas, según la práctica médica, deberán ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad tanto para la solicitud escrita como para el consentimiento informado.”.

El artículo 6° de esta ley, disponía que cuando se tratara de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serían suscritos por el representante legal, previa autorización judicial. En tal sentido se determinaba:

“Artículo 6°. **DISCAPACITADOS MENTALES.** Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial.”.

Pero la norma anterior fue derogada de manera expresa por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019.

Y en relación al contenido de esta reciente y última ley, debe decirse que la misma es consecuencia de Colombia haber ratificado mediante la Ley 1346 de 2009, la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Estando todavía vigente el artículo ahora derogado fue demandado en su constitucionalidad y fue declarado condicionalmente acorde con la Carta Política, por medio de la Sentencia C 182 de 2016, en la que se resolvió, “...bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional *y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga.*”.<sup>167</sup>

Con el advenimiento de la mencionada Ley 1996, los padres interesados en la esterilización de un hijo con discapacidad cognitiva, debe proceder, -si se encuentra dentro de las previsiones de los literales a) y b) del artículo 56,<sup>168</sup>

---

<sup>137</sup> Ver cita 87.

<sup>168</sup> ARTÍCULO 56. **PROCESO DE REVISIÓN DE INTERDICCIÓN O INHABILITACIÓN.** En un plazo no superior a treinta y seis (36) meses contados a partir de la entrada en vigencia del Capítulo V de la presente ley, los jueces de familia que hayan adelantado

de conformidad con el contenido del artículo 54,<sup>169</sup> es decir acudiendo ante el juez de familia del domicilio del discapacitado a solicitar la adjudicación

procesos de interdicción o inhabilitación deberán citar de oficio a las personas que cuenten con sentencia de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la presente ley, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, a que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos. En este mismo plazo, las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación podrán solicitar la revisión de su situación jurídica directamente ante el juez de familia que adelantó el proceso de Interdicción o inhabilitación. Recibida la solicitud, el juez citará a la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, a que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos.

En ambos casos, el juez de familia determinará si las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación requieren la adjudicación judicial de apoyos, de acuerdo a:

1. La voluntad y preferencias de las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley. Por lo anterior, la participación de estas personas en el proceso de adjudicación judicial de apoyos es indispensable so pena de la nulidad del proceso, salvo las excepciones previstas en la presente ley.

2. El informe de valoración de apoyos, que deberá ser aportado al juzgado por cualquiera de los citados a comparecer según lo dispuesto en el presente artículo, en el plazo que el juez disponga, y en todo caso, antes de la fecha señalada para comparecer ante el juzgado. En caso de que los citados a comparecer aporten más de un informe de valoración de apoyos, el juez deberá tener en consideración el informe más favorable para la autonomía e independencia de la persona, de acuerdo con la primacía de su voluntad y preferencias, así como las demás condiciones establecidas en el artículo 13 de la presente ley.

El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo:

a) La verificación que permita concluir, cuando sea el caso, que aún después de haber agotado todos los ajustes razonables y apoyos técnicos disponibles, ***la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio posible.***

b) Los apoyos que la persona requiere para la comunicación y la toma de decisiones en su vida diaria; o en lo relacionado al manejo financiero, salud y demás aspectos relevantes, ***en caso de que la persona se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio.***

c) Los ajustes que la persona requiera para participar activamente en el proceso.

d) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía e independencia en las mismas.

e) Las personas que han fungido o pueden fungir como apoyo en la toma de decisiones de la persona, para cada aspecto relevante de su vida.

f) Un informe sobre el proyecto de vida de la persona.

g) La aprobación de la valoración de apoyos por parte de la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación. En aquellos casos en que la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por

de un apoyo para poder que se le autorice la esterilización de esa persona. En el tema que nos interesa, en esta decisión se hicieron interesantes consideraciones sobre el consentimiento informado, el sustituto y los derechos reproductivos de las personas discapacitadas que consideramos importante

cualquier medio posible, le corresponderá al juez aprobar dicha valoración de apoyos.

3. La relación de confianza entre las personas bajo medida de interdicción o inhabilidad y la o las personas que serán designadas para prestar apoyo en la celebración de actos jurídicos.

4. Las demás pruebas que el juez estime conveniente decretar.

5. Una vez vencido el término para la práctica de pruebas, el juez escuchará a los citados y verificará si tienen alguna objeción. Posteriormente, el juez procederá a dictar sentencia de adjudicación judicial de apoyos, la cual deberá:

a) Hacer claridad frente a la adjudicación de apoyos en relación con los distintos tipos de actos jurídicos.

b) Designar la o las personas de apoyo y sus respectivas funciones para asegurar el respeto a la voluntad y preferencias de la persona.

c) Oficiar a la Oficina de Registro del Estado Civil para que anule la sentencia de interdicción o inhabilitación del registro civil.

d) Emitir sentencia en lectura fácil para la persona con discapacidad inmersa en el proceso, explicando lo resuelto.

e) Ordenar la notificación al público por aviso que se insertará una vez por lo menos en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el juez.

f) Ordenar los programas de acompañamiento a las familias, en el caso de que resulten pertinentes.

g) Disponer las demás medidas que el juez considere necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona, en particular aquellas relacionadas con el manejo de patrimonio que se hubiesen establecido en la sentencia de interdicción sujeta a revisión.

PARÁGRAFO 1o. En caso de que el juez considere que las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación no requieren de la adjudicación judicial de apoyos, la sentencia deberá consignar esta determinación y los motivos que la fundamentan. Asimismo, oficiará a la Oficina de Registro del Estado civil para que anule la sentencia de interdicción o inhabilitación del registro civil correspondiente. Una vez la sentencia se encuentre en firme, las personas quedarán habilitadas para acceder a cualquiera de los mecanismos de apoyo contemplados en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la presente Ley. se entenderán como personas con capacidad legal plena cuando la sentencia del proceso de revisión de la interdicción o de la inhabilitación quede ejecutoriada.

<sup>169</sup> ARTÍCULO 54. **PROCESO DE ADJUDICACIÓN JUDICIAL DE APOYOS TRANSITORIO.** Hasta tanto entren en vigencia los artículos contenidos en el Capítulo V de la presente ley, el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.

destacar de manera sintética.

En relación con los derechos reproductivos de las personas discapacitadas y del derecho a conformar una familia se sostuvo:

*“Las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos que gozan de una especial protección constitucional. Así, ostentan la titularidad de los derechos reproductivos y del derecho a fundar una familia de forma responsable, **siempre que así lo quieran de forma libre e informada**. En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de disponer de todos los medios para que estas personas puedan gozar de estos derechos y eliminar todas las barreras para garantizarlos. En este sentido, tiene un deber específico de establecer todos los apoyos necesarios para que puedan recibir la información necesaria y ajustada a sus necesidades **para comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la reproducción**.”* (Lo destacado no lo es en el texto).

La reflexión anterior, se hace de conformidad con la ley vigente en ese momento, en cuanto a que se presume que todos los discapacitados tienen una cierta capacidad para manifestar su voluntad y entender las implicaciones de ciertos actos. Lo anterior surge de las expresiones utilizadas: “siempre que así lo quieran de forma libre e informada” y “para comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la reproducción”.

En la parte resolutive de la sentencia que se analiza, se hizo la distinción entre los discapacitados que podían entender la trascendencia de estos actos con los apoyos necesarios, y los que no estaban en esa capacidad. Por ello se resolvió que la anticoncepción por medio de consentimiento sustituto, previa autorización judicial, solo procedía en casos excepcionales cuando el discapacitado no pudiera manifestar su voluntad libre e informada una vez se le hubieran prestados todos los apoyos para que se pudiera expresar aceptando o rechazando la esterilización. Es decir, se acepta que existen discapacitados cognitivos que no pueden manifestar su voluntad frente a este tipo de complejidades ni siquiera con todos los apoyos que se le hubieran podido prestar. En tal sentido se estableció en

---

El proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio será promovido por una persona con interés legítimo y que acredite una relación de confianza con la persona titular del acto. El juez, por medio de un proceso verbal sumario, determinará la persona o personas de apoyo que asistirán a la persona titular del acto jurídico, teniendo en cuenta la relación de confianza, amistad, parentesco o convivencia entre estos y la persona titular. La sentencia de adjudicación de apoyos fijará el alcance de los apoyos teniendo en cuenta las normas establecidas en la presente ley, al igual que el plazo del mismo, el cual no podrá superar la fecha final del periodo de transición.

La persona titular del acto jurídico podrá oponerse a la adjudicación judicial de apoyos en cualquier momento del proceso.

la parte resolutive de la sentencia:

“.....bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el *consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga.*”.

Pero resulta que en ese momento el consentimiento sustituto seguía existiendo para este tipo de casos, porque el artículo 6° que lo contemplaba seguía vigente puesto que había sido declarado exequible.

El problema surge a partir de la vigencia de esta última ley, y se ha de resolver con la adjudicación judicial de apoyos, para que, por medio de este sistema, se produzcan las decisiones que se hayan de tomar.

Y no podría ser otra la solución, porque la norma que preveía el consentimiento sustitutivo, exigía autorización judicial, para los discapacitados cognitivos, pero fue sacada del mercado legal por derogatoria expresa de la misma ley 1996.

Nos parece que la solución es bastante complicada, especialmente para los casos de adolescentes en condición profunda de discapacidad cognitiva que lamentablemente en muchas ocasiones son abusadas y embarazadas, por quienes las cuidan, vecinos, amigos o terceros que aprovechan esa desafortunada circunstancia. Es claro que con las nuevas previsiones hay que acudir a los jueces de familia y todos sabemos la gran lentitud con que actúa la justicia de nuestra Patria.

El artículo 26 de la Ley 1306 de 2009 que preveía la prórroga de la patria potestad, para las personas con incapacidad mental absoluta, también fue

---

<sup>170</sup> Ley 1306 de 2009. ARTÍCULO 26. PATRIA POTESTAD PRORROGADA. Artículo derogado por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019. Los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez este haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad.

El Juez impondrá a los padres de la persona con discapacidad mental absoluta las obligaciones y recomendaciones de cuidado personal que impondría a los curadores y, si lo considera conveniente o lo solicita el Defensor de Familia, exigirá la presentación de cuentas e informes anuales de que tratan los artículos 108 a 111 de esta ley.

derogado por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019.<sup>170</sup>

En relación con el consentimiento informado, originado en los artículos 16 y 20 de la Carta Política se sostuvo:

*“El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana.”* (Lo destacado no lo es en el texto).

Se trata de una correcta concepción del origen y fundamento constitucional del consentimiento informado, que habíamos afirmado al principio de estas reflexiones, se basada en una filosofía libertaria, ampliamente desarrollada en la Constitución Nacional, y que tiene particular incidencia en el principio de libre desarrollo de la personalidad, del que surge la libertad y la autonomía que todos tenemos sobre nuestro propio cuerpo y nuestra vida.

En relación con las características del consentimiento informado se sostuvo:

*“La jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.”*

En referencia a los casos excepcionales en los que el consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricto, o se puede prescindir del mismo, se expresó:

*“Las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se ahondará más adelante.”*

Es claro que en ciertos casos de urgencia o emergencia se prescinde del con-

sentimiento informado, siempre y cuando el paciente no esté acompañado de parientes que representen sus intereses, pero en las hipótesis de los numerales II, III y IV, ni se prescinde del consentimiento, ni es menos estricto, porque cuando se trata de menores o discapacitados el consentimiento los deben preferir sus representantes legales, -pese a las concepciones de la nueva ley, creemos que en casos de urgencia y emergencia, se debe seguir actuando como se hacía antes de la vigencia de la misma, es decir, que los familiares que estén presentes tomen las decisiones que haya que tomar, y si no los hay, que el cuerpo sanitario proceda de conformidad con la mayor o menor gravedad de la urgencia o de la emergencia -; y en caso del rechazo del tratamiento pueda presentar efectos negativos sobre terceros, no es un problema de consentimiento sino de secreto médico, y en estos casos se releva del deber del secreto médico, para que se informe a los terceros sobre estos aspectos.

En referencia al consentimiento informado cualificado se sostuvo:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que, de acuerdo con la naturaleza o la intensidad de la intervención en la salud, en ciertos casos se requiere de un consentimiento informado cualificado. En efecto, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso, del tratamiento médico, "más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada.”.

Al igual que la norma, en esta decisión no se dice en realidad en qué consiste el consentimiento cualificado, o cuáles son los requisitos adicionales que debe tener sobre el consentimiento informado ordinario. Es claro que si normativamente se habla de un consentimiento informado en general, y luego se habla de uno cualificado, se está indicando, que éste último tiene requisitos más estrictos o exigentes que el consentimiento informado general, o solemnidades que no tiene el primero, pero ni la ley, ni la sentencia cumplen con esta exigencia. Obsérvese el artículo 5° atrás citado y se titula “consentimiento informado y cualificado”, pero en el texto no se hace mención a este último y menos se establecen requisitos especiales para el mismo.

En relación con las formalidades que se requieren para el consentimiento informado cualificado se expresó:

“El consentimiento informado cualificado se halla revestido de formalidades en ciertos casos. Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad conste por escrito, con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del paciente a través de este procedimiento. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea persistente, pues

puede imponerse la "obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión" o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por periodos extendidos de tiempo.”.

Existe jurisprudencia uniforme y reiterada en la que se ha sostenido que el consentimiento debe ser documentado, incluso se ha dicho de la conveniencia de que sea incluido en la historia clínica y esta es una exigencia para el consentimiento informado en general, de tal manera que no se debe entender como una exigencia especial del consentimiento informado cualificado.

En cuanto a la persistencia del mismo, tampoco constituye una característica del cualificado, porque reiteradamente se ha sostenido, que frente a la libertad del paciente de prescindir de los servicios del médico que lo atiende (art 8 Ley 23 de 1981), se ha sostenido de la necesidad de que el paciente reafirme su voluntad de continuar con los servicios del médico que lo atiende y del tratamiento que le dispensa. En tales condiciones la reiteración de mantener la relación profesional con el médico no es un requisito especial de un consentimiento cualificado.

En relación con los requisitos esenciales referidos a la información en materia reproductiva, de acuerdo con el pensamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el consentimiento informado se dijo:

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el ámbito del acceso a la información en materia reproductiva, ha dicho que el consentimiento informado consta de tres requisitos esenciales: (i) *que los profesionales de la salud suministren la información necesaria sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del tratamiento así como alternativas al tratamiento;* (ii) *tomar en cuenta las necesidades de la persona y asegurar la comprensión del paciente de esa información;* y (iii) *que la decisión del paciente sea voluntaria. Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud.*” (Lo destacado no lo es en el texto).

En la consideración anterior se hace referencia única y exclusivamente a los pacientes que tienen capacidad de cognición y de volición.

Se precisaron los criterios para determinar el nivel de información necesaria para la intervención sanitaria:

“La Corte Constitucional ha precisado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para

autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado. *En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.”.*

Hemos venido sosteniendo que el consentimiento informado debe ser concebido a la medida de cada paciente y como es obvio, a la medida de cada especialidad médica, de cada tratamiento o de cada intervención quirúrgica. Las anteriores consideraciones de la Corte, corresponden a esa necesidad, y sin mencionarlo, es una verdadera crítica a los consentimientos previamente impresos, porque en ellos es prácticamente imposible cumplir con los requisitos que se mencionan en esta decisión.

En referencia a las exigencias del consentimiento informado en el ámbito de la salud se concluyó:

*“El consentimiento informado debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción, (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficioso- y en algunos casos, (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento y por lo tanto se exige un mayor grado de capacidad para ejercer el consentimiento, casos en los cuales también pueden exigirse formalidades para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito. Además, requiere que el individuo pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo. En su defecto, excepcionalmente terceras personas pueden otorgar dicho consentimiento como se desarrollará más adelante.”.*

En este apartado se pretende distinguir el consentimiento cualificado del normal, en cuanto a que en el primero, el grado de información respecto de la complejidad del procedimiento y que pueden exigirse además de formalidades para que se considere válido, como sería que fuera por escrito, pero bien sabemos que el consentimiento escrito es un requisito *ad probationem*, propuesto y recomendado por la doctrina y la jurisprudencia, de la misma manera, que por sencillo que sea el procedimiento, en todos los casos, se debe informar sobre la complejidad del mismo. Es decir, no se logra establecer una diferencia entre el consentimiento cualificado y el ordinario.

De conformidad con el derecho internacional de los derechos Humanos, y de la jurisprudencia constitucional en referencia a la esterilización forzada se afirmó:

“Las prohibiciones a la esterilización forzada determinadas tanto por la jurisprudencia constitucional como por el derecho internacional de los derechos humanos resultan relevantes, pues generan obligaciones para el Estado y guían el respeto que éste debe tener al analizar normas que potencialmente pueden estar restringiendo de forma indebida la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad. *Lo anterior, ya que la esterilización mediante el consentimiento sustituto, podría constituir una forma de esterilización forzada. Así pues, los estándares que se han fijado al respecto, aun cuando no versen sobre casos de personas en situación de discapacidad, son relevantes en la medida en que se han desarrollado, a partir de criterios de discriminación, sea por el estatus de la persona, la raza, o la condición.*” (Lo destacado no lo es en el texto)

No compartimos el criterio de que la esterilización por medio del consentimiento sustituto deba considerarse como forzada, porque los casos que mayoritariamente se presentan son de niñas absolutamente discapacitadas que no pueden manifestar su voluntad, y que se las esteriliza para evitar que lamentablemente pudieran quedar embarazadas en caso de abuso.

La esterilización forzada se ha conocido en algunos sistemas penales, como una pena establecida fundamentalmente para ciertos delincuentes sexuales, para evitar la reiteración de estas conductas delictivas en el caso de abusadores patológicos. Pero entre nosotros no existe, ni ha existido esterilización forzada, como ya lo anotamos en precedencia, el propiciar la anticoncepción gratuita, se hace con finalidades sociales y de obtener finalmente una paternidad y maternidad verdaderamente responsables.

En referencia al consentimiento sustituto, en el caso de menores de edad, o personas con discapacidad mental la Corporación ha sostenido:

“Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en aquellos supuestos en los que las personas carecen de la conciencia suficiente para autorizar tratamientos médicos sobre su propia salud y para reconocer la realidad que los rodea, como *en el caso de "las personas con discapacidades o limitaciones mentales profundas o de aquellos menores de edad, que por su corta edad dependen totalmente de sus padres para sobrevivir", terceras personas, mediante el denominado consentimiento sustituto, pueden avalar los procedimientos médicos requeridos por ellos, con el fin de velar por su vida, salud e integridad física.* (.....)

*54. En este sentido, la Corte ha determinado que para sopesar el valor de la opinión del menor de edad acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del niño, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del*

*niño y (iii) la edad del menor. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto.*

*Así, para el caso de los menores de edad, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que dependiendo de los factores, se otorga un mayor o menor peso a la posición del menor de edad. De esta forma, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto entre la opinión del menor de edad y sus padres, en otros ha prevalecido la autonomía del niño y en otros la de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental, como aquella facultad bajo la cual al ser éstos quienes están a cargo de la protección y garantía de los derechos de sus hijos, están en una posición de decidir sobre la dirección en la que esto pueda concretarse. No obstante, lo anterior, la opinión del menor de edad siempre debe ser tenida en cuenta.*

(...)

57. En la **sentencia C-131 de 2014** la Corte se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010, que establece la prohibición general de someter a menores de edad a esterilizaciones quirúrgicas. En lo relevante, la Corte estudió si esta prohibición era aplicable a menores de edad en situación de discapacidad mental. La Corte concluyó que la prohibición se ajustaba a la Constitución ya que "(i) *el Legislador está habilitado para regular todo lo concerniente a la progenitura responsable, (ii) existe un deber constitucional de protección del menor de edad en condición de discapacidad y (iii) la edad no se constituye en criterio semi-sospechoso de discriminación*". Adicionalmente, indicó que una vez cumplida la mayoría de edad podían acceder al procedimiento si así lo deseaban, y mientras eso sucedía existían métodos reversibles que podían usar. No obstante, determinó que además de la excepción general al consentimiento personal en casos en donde la vida de la persona esté en peligro también era posible ejercer el consentimiento sustituto "(ii) *cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial*".

(.....)

59. Específicamente, en la última providencia en la que la Corte abordó el tema, la **sentencia T-740 de 2014**<sup>[189]</sup> en la que se revisó el caso de una menor de edad con discapacidad mental a la que su padre quería esterilizar quirúrgicamente, recogió los estándares relacionados con el alcance de los derechos de las personas en situación de discapacidad y derechos de las mujeres para proscribir diferentes formas de discriminación, y concluyó que "*la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento*" y "*la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado, puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual*". (Lo destacado no lo es en el texto).

Es preciso recordar que esta decisión se produce, cuando aún no se ha promulgado la ley que consagra la presunción de capacidad legal para todas las personas con discapacidad cognitiva.

Es igualmente importante destacar que se reconoce que en el caso de menores que dependen totalmente de sus padres para sobrevivir y los discapacitados mentales con deficiencias cognitivas profundas, el consentimiento informado para tratamientos médicos, se ha de acudir a los jueces de familia como se comentó con anterioridad.

En el artículo 7° se determina que en ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.<sup>171</sup>

Mediante la Sentencia C-131 de 2014, se declaró la concordancia de esta norma con los preceptos constitucionales al sostenerse:

“7.2.1. La prohibición de practicar la anticoncepción quirúrgica de los menores de edad es constitucional porque es el desarrollo de la facultad que la Constitución otorgó al Legislador para regular la paternidad responsable y la protección de los niños. De este modo se salvaguarda su consentimiento futuro pleno y en todo caso no se impide a los menores adultos ejercer la paternidad responsable a través de otros métodos de planificación. *En todo caso, cuando la vida del menor corra peligro a raíz del embarazo o del parto y no existan otras alternativas eficaces para evitarlo, se admitirá la esterilización siempre y cuando se cuente con la autorización informada del paciente, exista un concepto médico interdisciplinario que certifique el riesgo inminente para la vida y se obtenga una autorización judicial previa.*

7.2.2. Con relación a los efectos de la anticoncepción quirúrgica como parte de la política pública de prevención del embarazo adolescente, la Corte consideró que se trataba de un cargo que carecía de pertinencia constitucional y se declaró inhibida para pronunciarse sobre el mismo.

7.2.3. *Sobre la prohibición de someter a los menores con discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, esta Corporación consideró que es acorde con la Constitución, siempre que no exista un riesgo inminente de muerte certificado médicamente como consecuencia del embarazo o cuando se trata de una discapacidad mental profunda o severa, evento en el cual se requerirá de previa autorización judicial.*

7.2.4. La Corte insiste que las excepciones propuestas en los casos de grave e inminente riesgo a la vida, no implican una obligación sino una facultad en cabeza de los menores que se ejerce en los términos señalados en la presente providencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el caso de menores con discapacidad cognitiva profunda, la esterilización se busca es precisamente para evitar que esas niñas en situación de absoluta indefensión puedan ser embarazadas, y dice la Corte que la esterilización es posible: “...siempre que **no exista un riesgo inminente de muerte** certificado médicamente como consecuencia del embarazo..”, o en el caso de discapacidad mental profunda o severa.

De manera general las decisiones de esterilización se toman, precisamente para evitar que personas con discapacidad profunda vayan a ser embarazadas.

Todas las consideraciones jurisprudenciales destacadas con anterioridad son la expresión de la necesaria obsecuencia que debemos a un compromiso

---

<sup>171</sup> ARTÍCULO 7o. **PROHIBICIÓN.** En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

internacional, adquirido por la Ley 1346 de 2009. En esta Convención en el artículo 23 se dispone el derecho de todas las personas con discapacidad que se encuentren en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia con fundamento en el consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 23. **RESPECTO DEL HOGAR Y DE LA FAMILIA.**

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia **sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;**

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad **a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener** y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, **en igualdad de condiciones con las demás.**

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. **Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.**

3. **Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia.** Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

4. **Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño.** En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

1. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.” (Lo destacado no lo es en el texto).

Si se observa, se advertirá que la Convención parte de un presupuesto contrario a la realidad, y es que todos los discapacitados mentales se encuentran en capacidad de discernir sobre aspectos complejos de la vida y determinarse libremente en relación con ellos o que tienen la suficiente capacidad de comprensión para que, con ayudas proporcionadas por terceros, desempeñen sus responsabilidades en la crianza de los hijos. A esta conclusión se llega de las siguientes aseveraciones que aparecen en el texto transcrito:

- a. Que se les reconozca el derecho a contraer matrimonio: “... *sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges*”
  - b. Que se les respete el derecho: “... *a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar ...*”.
  - c. Que “...mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.
2. Que: “*Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.*”

Como consecuencia de tales parámetros ideológicos y de los anteriores compromisos internacionales se diseña la Ley 1996 de 2019, “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.”.

En esta nueva normatividad se modifica totalmente la legislación tradicional en relación con la capacidad jurídica de los discapacitados mentales mayores de edad y se consagra la presunción de plena capacidad jurídica para obligarse jurídicamente.

Los apoyos que se mencionan en esta norma, están establecidos en la propia ley, en el artículo 3º, y las salvaguardas en el artículo 5º al señalar:

“ARTÍCULO 3o. **DEFINICIONES.** Para efectos de la presente ley, se utilizarán las siguientes definiciones:

1. Actos jurídicos. Es toda manifestación de la voluntad y preferencias de una persona encaminada a producir efectos jurídicos.
2. Actos jurídicos con apoyos. Son aquellos actos jurídicos que se realizan por la persona titular del acto utilizando algún tipo de apoyo formal.
3. Titular del acto jurídico. Es la persona, mayor de edad, cuya voluntad y preferencias se manifiestan en un acto jurídico determinado.

4. Apoyos. Los apoyos de los que trata la presente ley son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales.

5. Apoyos formales. Son aquellos apoyos reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado.

6. Ajustes razonables. Son aquellas modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

7. Valoración de apoyos. Es el proceso que se realiza, con base en estándares técnicos, que tiene como finalidad determinar cuáles son los apoyos formales que requiere una persona para tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su capacidad legal.

8. Comunicación. El concepto de comunicación se utilizará en la presente ley para incluir sus distintas formas, incluyendo pero no limitado a, la lengua de señas colombiana, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macro tipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso.

9. Conflicto de interés. Situación en la cual un interés laboral, personal, profesional, familiar o de negocios de una persona, puede llegar a afectar el desempeño y/o las decisiones imparciales y objetivas de sus funciones.”

“ARTÍCULO 5o. **CRITERIOS PARA ESTABLECER SALVAGUARDIAS.** Las salvaguardias son todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Todas estas deberán regirse por los siguientes criterios:

1. Necesidad. Habrá lugar a los apoyos solo en los casos en que la persona titular del acto jurídico los solicite o, en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles y medidas de apoyo, no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico.

2. Correspondencia. Los apoyos que se presten para tomar decisiones deben corresponder a las circunstancias específicas de cada persona.

3. Duración. Los apoyos utilizados para celebrar un determinado acto jurídico deberán ser instituidos por períodos de tiempo definidos y podrán ser prorrogados dependiendo de las necesidades de la persona titular del mismo. Ningún apoyo podrá establecerse por períodos superiores a los establecidos en la presente ley.

4. Imparcialidad. La persona o personas que presten apoyo para la realización de actos jurídicos deben, en el ejercicio de sus funciones como apoyo, obrar de manera ecuánime en relación con dichos actos. Ello implica, entre otras cosas, que las personas que prestan apoyo deben actuar en congruencia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 40 de la presente ley, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera, respetando también el derecho a tomar riesgos y cometer errores. Así mismo, las personas que prestan el apoyo no podrán influenciar indebidamente la decisión. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.”.

De los cambios legislativos antes referenciados, se podría concluir que ya no habría lugar para acudir al consentimiento sustituto, para efectos de esterilización de menores o de adultos discapacitados, sino que habrá de acudirse al procedimiento previsto en el artículo 54 de la comentada ley, como ya se comentó con anterioridad.

Las presunciones se consagran de manera general por el legislador para hacer más efectivas las disposiciones tomadas en relación con un determinado aspecto que es muy relevante socialmente.

El código civil define las presunciones de la siguiente manera:

“**ARTICULO 66. PRESUNCIONES.** Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

El procesalista Devis Echandía define las presunciones de la siguiente manera:

“Es un juicio lógico del legislador o del juez...., en virtud de la cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”.<sup>172</sup>

Por su parte el profesor Orlando Alfonso Rodríguez nos dice sobre el mismo concepto:

---

<sup>172</sup> Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Hernando Devis Echandia, Pág. 537, Tomo II 11ª Edición. E. ABC, Bogotá 1998.

“Es un juicio lógico del legislador, que partiendo de un hecho conocido, acepta como existente otro desconocido, plasmado en un mandato jurídico. Es un procedimiento de técnica jurídica, en conceptos y formas artificiosas, destinadas a hacer eficaz una norma. La política que orienta las actividades jurídicas, solo alcanza a fijar los contenidos objetivos del derecho posible, al estructurar la metodología para su realización social. El juicio debe estar ligado por la ley a un hecho generalizado o concreto, para considerarse una presunción”.<sup>173</sup>

Y se complementa el concepto anterior con esta idea que termina por darnos un concepto, más universal sobre la presunción:

“La presunción es el mecanismo -con estructura silogística- por el que se suponen hechos o actos de la vida, basados en lo ordinario, lo común y de interés en concretas circunstancias de tiempo y espacio. Es producto de la actividad mental del hombre que, validado de una metodología lógico-racional, lanza juicios, conceptos genéricos que la experiencia indica, la mayoría de las veces, como acertados”.<sup>174</sup>

Entre las presunciones que puede crear el legislador son las legales, *-iuris tantum-*, y las de derecho, *iuris et de iure*.

La presunción legal creada en favor de los discapacitados cognitivos, de que tienen plena capacidad jurídica, igual a la de todas las personas es una presunción legal, que admite prueba en contrario. Lo anterior quiere decir, que el padre que pretenda la esterilización de una hija con discapacidad cognitiva absoluta, puede demostrar por medio de un certificado médico, emitido por un psiquiatra en la situación probatoria ideal, o por cualquier otro médico, o psicólogo cuando lo anterior no sea posible, que esa persona no tiene la capacidad legal que se presume en el artículo 6° de la Ley 1966 de 2019, y que su discapacidad es de tal naturaleza profunda, que ni siquiera con los apoyos y salvaguardias previstos en esta ley, podrán comprender problemas de tanta complejidad como la esterilización, la capacidad reproductiva, ni la paternidad o maternidad responsables.

Y la situación en este caso es mucho más sencilla, cuando es la propia ley la que reconoce en los artículos 54 y 56, que existen personas discapacitadas que carecen de la capacidad intelectual para manifestar su voluntad en relación con un problema complejo.

---

<sup>173</sup> La presunción de inocencia. Principios Universales, Orlando Alfonso Rodríguez, Pág. 39, 2ª Edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.

<sup>174</sup> La presunción de inocencia. Principios Universales, Orlando Alfonso Rodríguez, Pág. 38, 2ª Edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.

Con las pruebas antes mencionadas, creemos que el padre interesado en la esterilización de su hija con discapacidad profunda, deberá acudir ante el juez de familia del domicilio del discapacitado, para que por medio una sentencia, se reconozca la absoluta incapacidad de comprender problemas de esa magnitud y la imposibilidad de manifestar su voluntad, para que autorice apoyos, para que puedan resolverse este tipo de problemas, en relación con el consentimiento informado para someter a esa persona a procedimientos médicos.

No podemos menos que destacar, que se trata de una muy especial presunción legal de capacidad jurídica, porque establecida la misma en el artículo 6° de la ley que se comenta, y en su párrafo al determinarse que el reconocimiento de esa capacidad legal plena, se aplicará igualmente a las personas que se encuentren en situación de interdicción o inhabilitación, producidas como consecuencia de decisiones judiciales, pronunciadas antes de la vigencia de esta ley.

Y hemos de concluir que estamos en presencia de una presunción legal muy especial, porque en la misma ley que se consagra la presunción de plena capacidad legal de todas las personas con discapacidad, la norma reconoce que existen discapacitados que se encuentran imposibilitados para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio posible.

Frente a esta evidente contradicción, incurre además el legislador en una omisión legislativa relativa, en cuanto a que al ordenar la revisión de todas las sentencias de interdicción e inhabilitación dictadas con anterioridad a esta ley, no determina qué sucede con los interdictos o inhabilitados judiciales que de ninguna manera pueden manifestar su voluntad ni sus preferencias. Es decir, se les desconoce la representación legal que tenían por decisión judicial, para que cuando se haya de tomar una decisión trascendental en relación con ellos se haya de acudir al juez de familia, en la búsqueda de adjudicación de los apoyos que fueren necesarios.

Y se destaca lo anterior, porque si el declarado interdicto puede manifestar su voluntad con apoyos, se dispone que se oficie a la Oficina de Registro del Estado Civil para que se cancele la sentencia de interdicción; pero no se dice nada en relación a las sentencias que en el mismo sentido declararon la interdicción o inhabilitación de aquellos discapacitados que de ninguna manera pueden manifestar su voluntad.

Nos parece que esta debe ser la solución, la solicitud judicial para la adjudicación de apoyos, sobre todo en el caso de adolescentes femeninas, con un profundo retardo, casos en los cuales de manera lamentable siempre existirá el peligro del abuso sexual y de un complicado embarazo, con resultados siempre imprevisibles.

#### **43. El consentimiento en la intervención médico-quirúrgica, cuando con la misma, no se persigue ninguna finalidad terapéutica.**

Se presenta en relación con algunas costumbres religiosas, cuyo culto se encuentra legalmente autorizado en el territorio de la República y ocurre de manera concreta con la circuncisión, que se practica en la religión judía, que en nuestro criterio no tendría repercusiones penales, por tratarse de conductas excluidas de antijuridicidad, que se enmarcarían dentro del ejercicio de la libertad religiosa y de cultos, reconocida constitucionalmente. Pero además, debe precisarse que con esta intervención no se afecta la salud, ni la vida sexual de las personas.

Otra sería la situación, de la práctica religiosa, acostumbrada por algunas sectas del islamismo en Sudán y Yemen, consistente en la ablación del clítoris en las niñas preadolescentes; y este es otro problema, porque esta última práctica atenta contra la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, porque de mala manera, se afecta la vida sexual de las personas sometidas a esta práctica salvaje, y no sería posible su realización desde la perspectiva médica, y mucho menos que quedara excluida de responsabilidad penal bajo el amparo del consentimiento médico.

#### **44. Los tratamientos plásticos no reconstructivos y los cosméticos.**

Es evidente que, en muchas, de estas intervenciones no se busca una finalidad terapéutica, pero en esta época de los medios masivos de comunicación, la imagen física de las personas tiene una gran trascendencia en el desarrollo de la vida, y se ha generalizado la práctica en la que millones de mujeres y de hombres, que acuden al quirófano con el propósito de mejorar su imagen física.

En este aspecto la medicina presta un auxilio trascendente en el mejoramiento de la imagen física de hombres y de mujeres, que les sirve no solo para mejorar su propia autoestima, sino que les abre caminos sociales,

artísticos, profesionales, políticos y de toda naturaleza, porque la imagen personal en el siglo XXI tiene una importancia capital, en todas las expresiones y manifestaciones de la vida de una persona.

En referencia a los tratamientos cosméticos Pierangeli citando a Lacerda sostiene que:

“...la cirugía cosmética puede realizarse, ante la presencia de una lesión deformante, con fines reparadores, lo que la torna atípica, conforme la posición aquí esbozada. En tal situación, “ el paciente no puede prescindir de los recursos profesionales por tratarse de una conducta terapéutica necesaria en la búsqueda de la técnica médica o quirúrgica para abolir una alteración patológica. Los injertos reparadores de las deformaciones causadas por cicatrices, el labio leporino, las fisuras palatinas congénitas o adquiridas, las osteotomías de recomposición plástica luego de una consolidación anómala, la cirugía de la mano y tantos datos importantes de la cirugía plástica nos dan, sobremanera, la amplitud de sus horizontes, sedimentando el concepto, el respeto y el privilegio”<sup>175</sup>

Y sin que existan esas deformaciones de que habla el autor citado, la cirugía plástica, soluciona el problema de hombres y mujeres que buscan modificaciones de su conformación anatómica, para adecuarla en la medida de lo que sea posible a los parámetros de lo que considera bello dentro del mundo contemporáneo.

Es entonces indiscutible que este tipo de intervenciones, universalizadas por el deseo de todas las personas, de mejorar su imagen de una u otra manera, constituyen hoy un importante quehacer de la medicina, que tiene plena justificación, y esta actividad en sí misma, como sus resultados y secuelas, son universalmente aceptados.

Lamentablemente como ese tipo de aspiraciones a la perfección y la belleza crece exponencialmente, se ha convertido en un renglón muy rentable para el personal médico que se dedica a la cirugía plástica, y de manera lamentable, son muchos los profesionales de la medicina que sin haber cursado la residencia en cirugía plástica, estética y reconstructiva, sobre los falsos argumentos de ser médicos o cirujanos generales, y de que la cirugía plástica no está reglamentada en Colombia, se dedican a la práctica de una especialidad, para la que no están académicamente preparados,

---

<sup>175</sup> Lacerda Panasco, Wanderley, A Responsabilidad Civil, Penal y Ética dos Médicos, pág. 224ñ, 245, Rio, Forense, 1979, citado en: El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Henrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 215, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

ejercicio profesional ilegal,<sup>176</sup> problema que es tratado y resuelto conforme a los criterios generales que determinan la responsabilidad penal, civil, disciplinaria, esta última por violación a la ética médica.

El ejercicio de esta especialidad tiene sus problemas, porque entre los deseos de belleza o de mejoramiento físico de los pacientes, y las promesas y ofrecimientos realizados por el cirujano, con más frecuencia de la deseada, los pacientes descontentos judicializan la relación médico paciente, sobre el argumento de que el resultado no fue el esperado o el ofrecido.

Pese a lo que se ha sostenido por algunos, es claro que la cirugía plástica no es una especialidad médica de resultados, sino que como la mayoría de las especialidades médicas es de medios, y una vez establecida la relación médico paciente, el cirujano en relación con el consentimiento informado debe precisar documentalmente, ojalá con fotografías, videos y ayudas o apoyos virtuales, lo que se pretende por parte del paciente y lo que se podría lograr con la técnica jurídica, sin que se garantice la obtención de un determinado resultado por parte del cirujano.

#### **45. La experimentación en seres humanos vivos.**

El estudio de la medicina, en sus más complejas manifestaciones, como la búsqueda de nuevo fármacos, la creación de nuevas vacunas para el tratamiento de viejas o nuevas enfermedades, la reacción del cuerpo humano a nuevos tratamientos, y las secuelas que los mismos pueden producir en un próximo o remoto futuro, la búsqueda de nuevas técnicas quirúrgicas o, de nuevas e innovadoras cirugías de trasplantes antes nunca realizadas, el enfrentamiento de nuevos virus o bacterias antes desconocidos, llevan de manera necesaria a la insuficiencia de la investigación realizada sobre cadáveres, e impone como colofón final de los procesos investigativos a experimentar todos esos nuevos fármacos, vacunas, técnicas quirúrgicas, nuevos tratamientos, a tener que evidenciarlo en seres humanos.

Esa realidad inevitable, porque la experimentación en animales no produce la evidencia científica de la bondad o no, de la novedad que se está

---

<sup>176</sup> Ley 1164 de 2007. ARTÍCULO 22. DEL EJERCICIO ILEGAL DE LAS PROFESIONES Y OCUPACIONES DEL ÁREA DE LA SALUD. Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.

investigando, lleva de manera inexorable a la experimentación en seres humanos, y ello conlleva poner en graves riesgos a quienes de manera voluntaria, precedida de un consentimiento super bien informado, arriesgan su vida o su salud, bien porque sufren el mal sobre el que se está investigando y los resultados experimentales les pueden favorecer, o bien, porque en un extraordinario acto de solidaridad arriesgan su salud o su vida, al someterse a procesos experimentales, cuyos resultados positivos finales nunca pueden ser garantizados, cuando el proceso investigativo aún no ha finalizado.

Incluso, de manera lamentable, luego de haber terminado el ciclo investigativo y autorizado el fármaco para uso comercial, o las técnicas o tratamientos debidamente autorizados por las organizaciones internacionales y nacionales de la salud, se evidencian resultados lamentables y terriblemente desastrosos que demuestran que el proceso investigativo fracasó, o que no fue experimentado durante un período de tiempo mayor, para poder evidenciar sus posibles secuelas, o que hay efectos indeseables que ocurren con muy baja frecuencia y solamente se detectan cuando un número considerable de pacientes ha utilizado el medicamento o la intervención.

Pierangeli, en referencia a este complejo problema de la experimentación en seres humanos sostuvo:

“E, incluso, es bueno que se lo afirme, también en el futuro, el progreso de la medicina y de la farmacología estará ligado a la experimentación de los nuevos descubrimientos en seres humanos. *Es que la prueba definitiva acerca del resultado del producto descubierto por la ciencia depende de su utilización por el hombre, a veces, por años seguidos. Aun recientemente, el Ministerio de Salud determinó el retiro del mercado de varios medicamentos luego de largos años de comercialización, debido a sus efectos colaterales nocivos.* No hace mucho tiempo se descubrieron los males producidos por la talidomida que, luego de un ciclo normal de experimentación, se comercializó en casi todos los países, provocando el nacimiento de muchas personas con malformaciones casi siempre irremediables.

*La gran dificultad está en determinar el período exacto de experimentación.* Pasada una fase experimental en laboratorio, la de mayor relevancia, sólo su utilización en el ser humano podrá posibilitar una segura conclusión acerca de sus efectos adecuados, inadecuados o dañosos. Y esto, es bien sabido, puede demorar muchos años”<sup>177</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Las ambiciones por sobresalir en el campo de la ciencia, el afán de colaboración en proyectos de superioridad racial o por impulsos nacionalistas, el

---

<sup>177</sup> El Consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. José Enrique Pierangeli. Traductores Luis Fernando Niño, Stella Maris Martínez, pág. 215, Editores de Puerto. S. r. l. Buenos Aires, 1998.

afán de producir armas con una mayor capacidad de daño al enemigo, el objetivo de obtener alimentos con una mayor capacidad nutricional en menor tiempo, el deseo de ser los primeros en la innovación, o en la producción de objetivos futuristas en campos de la ciencia particularmente llamativos, como es el campo de las nuevas formas de reproducción en los laboratorios; el menosprecio por el supuesto menor valor de los sujetos en experimentación por pertenecer a una minoría racial, o por tratarse de seres humanos recluidos en un campo de concentración, o presos comunes condenados a la pena capital o a cadena perpetua, han llevado a ciertas naciones, o a ciertos grupos de investigación, a cometer verdaderos genocidios, por medio de la supuesta experimentación científica.

Verdaderamente terrible es lo que nos recuerda el profesor Armando Lenis, profesor de la Universidad de Texas, en relación con la experimentación que se realizó en EE.UU. con la sífilis tardía hasta tiempos relativamente recientes:

“La enfermedad era relativamente desconocida y sin duda los conocimientos sobre la sífilis tardía fueron ampliados mucho después con “El experimento de Sífilis de Tuskegee” en Alabama, USA. *Por cuarenta años (1932-72) trescientos noventa y nueve pacientes de raza negra fueron observados, sin intención de tratamiento para anotar los hallazgos del estadio final de la sífilis. A pesar de ya haberse encontrado el fármaco para curar la enfermedad, el experimento continuó. Deliberadamente y sin consentimiento y con falsa información los pacientes fueron observados hasta su muerte. Increíblemente, lo importante para los experimentadores eran los resultados de las autopsias.* El hecho de haber contagiado a las esposas y el haber creado diecinueve niños con sífilis congénita no cambió el progreso del experimento. Esta fue la razón para empezar a establecer una legislación competente reglamentando la experimentación en humanos.”<sup>178</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

La guerra química utilizada por primera vez en la parte final de la primera guerra mundial y en algunos casos en la segunda, nos impiden poder negar la existencia de las guerras químicas y biológicas en un futuro.

Consideramos que partiendo de los riesgos a que se somete una persona, al exponerse a procedimientos totalmente nuevos y desconocidos, al igual que la ingesta de fármacos con desconocidas secuelas a futuro, el consentimiento debe ser muy cuidadoso, detallado e informativo en cuanto a las consecuencias que se pudieran sobrevenir, incluido la posibilidad de un seguro, que cubra los costos de las consecuencias negativas en caso de presentarse las mismas.

---

<sup>178</sup> Inspiración y Sífilis. Armando Lenis M.D. pág. V, Prólogo. Impresiones Arco, Cali 2011.

Nos parece que la utilización de personas privadas de la libertad bien en cárceles comunes o en campos de concentración, o peor aún, de personas condenadas a la pena capital, no son susceptibles de emitir un consentimiento válido para cualquier tipo de experimentación, porque por su especial situación legal, no tienen la suficiente autonomía, como para que pueda pensarse que se trata de un consentimiento informado, válido y legalmente emitido.

Nos queda la posibilidad de luego de tan extensa escrito, insistir en la recomendación que les he propuesto a lo largo de la misma, y es la misma que se les hace a los amantes de la velocidad, es mejor perder un minuto en la vida, que perder la vida en un minuto. Así el trabajo sea excesivo, así las disponibilidades del tiempo sean escasas, deben sacrificar un tiempo razonable cada día, para que los documentos referidos al consentimiento informado y a la historia clínica, queden clara y minuciosamente elaborados. Recuerden que son los documentos, excepcionales medios de prueba, por medio de los cuales ustedes pueden demostrar un comportamiento idóneo, diligente, realizado de conformidad a las exigencias de la *lex artis*, y de los protocolos existentes, con los que podrán demostrar su no responsabilidad en los hechos que se investiguen como errores de la actividad profesional.

Y a las instituciones de salud, pedirles que apoyen a su personal sanitario en estos aspectos, porque la decisión de eximición de responsabilidad penal, civil o disciplinaria del personal sanitario, constituye el más valioso precedente, para demostrar la no responsabilidad patrimonial de la institución.

Gracias.

Edgar Saavedra Rojas.

Bogotá, julio de 2020.

**Bogotá, julio treinta (30) del año dos mil trece (2013)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1187 DEL TRENTA (30)  
DE JULIO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)**

**REF: Proceso No.2713, Tribunal Seccional de Ética Médica de  
Cundinamarca  
Contra: Dr. R.A.A.R.  
Denunciante: Dr. O.A.R.F.  
Asunto: Recurso de Apelación**

**Providencia No. 51-2013**

**Magistrado ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid**

**VISTOS**

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, en decisión de Sala Plena del 16 de junio de 2013, resolvió en relación con la queja presentada por el Dr. O.A.R.F., que motivó su decisión del 11 de junio de 2013 y conceder la apelación solicitada por la defensa, por lo cual envió las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

El cuaderno respectivo se recibió en este Tribunal Nacional el 22 de julio de 2013; puesto para reparto en Sala Plena del 23 de julio correspondió por sorteo a la magistrada Lilian Torregrosa Almonacid.

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

**HECHOS**

En escrito fechado el 5 de julio de 2012, el Cirujano General Dr. O.A.R.F., presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca,

queja contra el cardiólogo y Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Cardiovascular del niño de Cundinamarca, R.A.A.R., por presuntas faltas a la ética médica ocurridas el día 29 de junio de 2009. En su queja manifiesta el doctor R.F., lo siguiente:

*“sin ningún motivo y sin precedentes, fui agredido verbal y físicamente por el Dr. R.A., en hechos que describo a continuación: Siendo las 18:40 horas, me dirigí a la unidad de cuidados intensivos para dar el parte quirúrgico del paciente R.H., quien tiene diagnóstico de adenocarcinoma de colon, con metástasis hepática y pared abdominal, siendo intervenido en la misma fecha en horas de la tarde por el Dr. J.C.G., jefe del departamento de cirugía general, y mi persona realizándose resección intestinal, metastasectomía hepática y de pared abdominal. En la unidad se encontraba el Dr. R.A. y la Dra. N.A. (médica hospitalaria de la Unidad), a quienes me dirigí para comentar la historia clínica, los hallazgos quirúrgicos y los procedimientos realizados al paciente. El Dr. R.A., mostró su desaprobación con el procedimiento y posteriormente empezó a demeritar el trabajo del equipo quirúrgico en forma insultante y con tono de voz agresivo, ante lo cual explique que el paciente se estudió, y se programó en consenso médico con plena indicación de la cirugía y que esta, dentro de las posibilidades de manejo, puede ofrecerle una expectativa de vida mayor a los pacientes con enfermedad oncológica avanzada.*

*Le expliqué que dichos procedimientos se llevan a cabo en centros hospitalarios oncológicos tanto en Colombia como en el exterior, para mencionar por ejemplo el Instituto Nacional de Cancerología. A pesar de mi explicación y sin darme lugar a terminar de comentar el paciente, el Dr. A., persistió en tono agresivo, incluso mencionando que en otros hospitales “si hay cirujanos” y empezó a referirse a mi textualmente así: “usted es el peor cirujano que he conocido”. Ante este tipo de humillación y sintiéndome objeto de injuria personal opté por retirarme de la unidad, sin embargo, él salió a mi alcance, se hizo enfrente de mi y textualmente me dijo: “si quiere esto lo arreglamos como hombres”. Con una actitud firme pero en ningún momento sin ser grosero ni faltar a su respeto, le exigí respeto, recibiendo en ese momento de él una bofetada en la cara, posterior a lo cual se marchó. En el lugar se encontraban como testigos la Dra. N.A. y personal de enfermería y paramédico, cuyos nombres en este momento no podría citar por las circunstancias incómodas del momento que me impidieron percatarme de quienes exactamente se*

*encontraban. Inmediatamente puse en conocimiento a la subdirección científica del hospital y comuniqué lo ocurrido al Dr. J.C.G., jefe del departamento de cirugía general quien ya tiene pleno conocimiento de los hechos...”*

El tribunal seccional aceptó la queja, realizó averiguación preliminar durante la cual recibió ratificación y ampliación juramentada de la queja por parte del Dr. O.A.R.F., oyó en versión libre y sin juramento al doctor R.A.A.R., quien confesó el acto de agresión en los siguientes términos. “en este momento acepto que no tuve control del mi dolor, del cometario tan desfasado de él me regresé y le propicié una bofetada y me retiró supremamente indignado” (folio 0211) los y recibió también el testimonio juramentado de la doctora N.A.A.A., médica general de la Unidad de Cuidados Intermedios que presencié los hechos motivo de la queja.

Con base en el acervo probatorio, en Sala Plena del 11 de diciembre de 2012 el tribunal de primera instancia formuló pliego de cargos al doctor Á.R., por presunta falta contra los artículos 2, 29 y 45 de la Ley 23 de 1981 que a la letra dicen:

*“Artículo 2: Juramento médico: Considerar como hermanos a mis colegas.*

*Artículo 29: La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.*

*Artículo 45: El médico funcionario guardará por sus colegas y personal paramédico subalterno, la consideración, aprecio y respeto que se merecen, teniendo en cuenta su categoría profesional, sin menoscabo del cumplimiento de sus deberes como superior.”* y dispuso oírlo en diligencia de descargos.

El 30 de abril de 2013 la Sala Plena del Tribunal Seccional de Cundinamarca recibió, por escrito y verbalmente, los descargos del disciplinado doctor R.A.A.R., en los cuales sostuvo lo siguiente:

*“No es cierto ni exacto lo aseverado por el galeno O.A.F.R. en cuanto a que la situación de marras careció de precedente alguno, pues precisamente, los justos cuestionamientos que le hice al quejoso sobre el tratamiento del paciente, y las vacías e indolentes respuestas que esgrimió frente a mis inquietudes, constituyen el precedente de la penosa situación que hoy se investiga...” considera en cuanto a la justificación*

*de la conducta investigada, que “ no existe justificante para la agresión entre seres humanos, como tampoco la hay para la indolencia, la despreocupación y la desconsideración de un médico frente a sus pacientes, no importa lo calamitosa o terminal que resulte su condición...”*

Hizo referencia a algunas imprecisiones en el relato del quejoso sobre lo ocurrido, pues explicó que una vez se retiró del lugar del encuentro fue el Dr. F., quien lo siguió y no al contrario, y manifestó *“no es cierto que cuando cuestioné al quejoso hubiera empleado términos agresivos, desobligantes o injuriosos; de haber sido así lo habría admitido por difícil que me resultara...”*

Consideró también el doctor Á., que en el particular caso al que hace referencia la queja, no se está juzgando *“la relación médico paciente (esencia de la ética médica), sino el desafortunado desenlace de una discrepancia profesional en torno al tratamiento más adecuado, digno y humano para un paciente...”* ( folio 0045) Finaliza el Dr. Á. sus descargos con las siguientes palabras: *“ Lamentablemente, jamás imaginé que semejante respuesta y actitudes pudieran provenir de uno de mis colegas, y de contera, no tuve la templanza ni la sabiduría para, como lo puntualiza el magistrado instructor, haber acudido a las instancias administrativas y disciplinarias respectivas, en lugar de sucumbir al dolor humano y a las provocaciones pugnases del quejoso; actualmente, aun cuando sigo fiel a mis principios de humanismo y dignidad en el ejercicio de la medicina y conductas como la observada por el doctor O.A.F.R., siguen mereciendo mi más enconado reproche, mi comportamiento frente a las mismas no reviste ni revestirá jamás una acción como la que hoy me tiene, muy avergonzado y arrepentido, ante esta magistratura”* y asegura que en el futuro no se repetirá su comportamiento.

La Sala Plena de primera instancia resolvió el día 11 de junio de 2013 no aceptar los descargos del doctor A.R. y en cambio imponerle la sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión por espacio de tres (3) meses, al tenor del literal “d” del artículo 83 de la Ley 23 de 1981.

Contra dicha resolución presentó el disciplinado el 12 de julio de 2013 ante el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca recurso de apelación que fue concedido en Sala Plena del 16 de julio de 2013, y es este el recurso que se resuelve en la presente providencia.

## RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Esta Superioridad comparte enteramente el análisis juicioso del tribunal seccional que lo llevó a determinar la sanción, y aún cuando comprende todos los factores que en esta situación particular influyeron en el estado de ánimo del inculpado, no puede pasar por alto la grave circunstancia que se presentó y que culminó en la agresión física ocurrida en el Hospital Cardiovascular del niño de Cundinamarca en contra del cirujano Dr. O.A.R.F.

La relación del médico con sus colegas constituye una parte fundamental del profesionalismo médico, y los atentados contra la misma no revisten menos gravedad que aquellos en contra de la relación entre el médico y sus pacientes, como sugiere la defensa. Del médico se espera que ostente un intachable comportamiento hacia los otros seres humanos incluyendo sus colegas, y aún cuando en los intercambios científicos se puedan presentar discrepancias e incluso serios conflictos por diferencias en las apreciaciones clínicas de un mismo caso, la resolución de los mismos debe limitarse al terreno científico y en ningún momento debe sobrepasar los límites que este impone.

Es inadmisibles la agresión física entre colegas y no encuentra ninguna justificación en el grado de exaltación del médico ni en el nivel de desacuerdo con la conducta esgrimida por otro especialista frente a un paciente. Como lo señala detalladamente en su providencia el tribunal de primera instancia, aún cuando la conducta del grupo quirúrgico frente al paciente R.H., fuera científica o éticamente cuestionable, existen diferentes instancias ante las cuales el médico inconforme con el abordaje del paciente, pudo y debió plantear la situación y buscar una solución efectiva a la misma que beneficiara al enfermo. Como lo consigna la Asociación Médica Mundial en su Código internacional de Ética Médica existe un deber de informar fundamentado en la búsqueda del bienestar del paciente<sup>1</sup> *“EL MÉDICO DEBE informar a las autoridades apropiadas sobre los médicos que practiquen en forma antiética e incompetente o los que incurran en fraude o engaño”*.

La conducta profesional del médico en lo referente a la relación con sus colegas, se encuentra regulada en nuestro país y en el mundo; desde los tratados Hipocráticos los códigos y normas internacionales sobre ética

---

<sup>1</sup> [www.wma.net/es/30\\_publications/10\\_policies](http://www.wma.net/es/30_publications/10_policies). Consultado el 29 de julio de 2013.

médica han considerado como pilares del profesionalismo las relaciones interpersonales del médico. La Asociación Médica Mundial contempla como deberes de los médicos “...*comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él... cuando sea médicamente necesario, comunicarse con los colegas que atienden al mismo paciente. Esta comunicación debe respetar la confidencialidad del paciente y limitarse a la información necesaria.*”<sup>2</sup> Y la Declaración de Ginebra exhorta a los médicos a mantener a toda costa, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica y “*tratar a los colegas como hermanos y hermanas*”<sup>3</sup>

Por otra parte, no comparte este Tribunal las consideraciones de la defensa referentes a la ponderación de la gravedad de la sanción, cuando plantea la necesaria remisión de los tribunales de ética médica al Código de Procedimiento Penal y al Código Disciplinario Único dados los vacíos normativos en la Ley 23 de 1981 frente a este tema, ni cuando plantea que el ordenamiento penal considera “la ira como situación de reducción punible” (folio 0068) y que esta circunstancia podría considerarse en el presente caso.

Con respecto a la graduación de la sanción, es competencia de la Sala Plena del tribunal estimarla, y frente al artículo que nos ocupa y que se refiere a las relaciones del médico con sus colegas, la agresión física entre médicos constituye una transgresión ética de elevada gravedad. Constituye en este caso un atenuante, la ausencia de antecedentes disciplinarios del Dr. Á.R., situación que fue también considerada por el tribunal seccional en su decisión.

Puesto que el recurrente no expone nuevos argumentos valederos que permitan refutar o modificar las decisiones del Tribunal seccional, la apelación no está llamada a prosperar y será necesario confirmar la decisión recurrida.

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

---

<sup>2</sup> [www.wma.net/es/30\\_publications/10\\_policies](http://www.wma.net/es/30_publications/10_policies). Consultado el 29 de julio de 2013.

<sup>3</sup> Adopted by the 2nd General Assembly of the World Medical Association, Geneva, Switzerland, September 1948 and amended by the 22nd World Medical Assembly, Sydney, Australia, August 1968 and the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983 and the 46th WMA General Assembly, Stockholm, Sweden, September 1994 and editorially revised by the 170th WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005 and the 173rd WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2006

**RESUELVA**

**ARTÍCULO PRIMERO:** - Confirmar, como en efecto confirma, la resolución del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, en el proceso 2713, por la cual se impuso al doctor R.A.A.R., la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de tres (3) meses, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO:** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **ARTÍCULO TERCERO:** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**Bogotá, once (11) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1473 DEL ONCE (11)  
DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE (2019)**

**REF: Proceso No. 1328, Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta**

**Contra: Doctor C.Q.S.**

**Denunciante: Doctor A.J.R.J.**

**Asunto: Recurso de Apelación**

**Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández**

**Providencia No. 78-2019**

**VISTOS**

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena del 30 de mayo de 2019, resuelve no aceptar los descargos presentados por el doctor C.Q.S., y resuelve imponer sanción consistente en Amonestación privada. El 4 de julio del mismo año, el implicado interpone recurso de apelación contra dicha providencia que el tribunal *A quo* concede mediante auto del 6 de agosto de 2019 y envía las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de su competencia.

El expediente, un (1) cuaderno que contiene 173 folios, fue recibido en este Tribunal Nacional el 2 de septiembre; puesto el asunto para reparto en Sala Plena el 4 del mismo mes, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

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

### **HECHOS**

El 4 de agosto de 2017, se recibe en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta queja suscrita por el doctor A.J.R.J., coordinador médico del Hospital Departamental de Villavicencio, contra el médico C.Q.S., por presunta falta ética profesional.

Manifiesta el quejoso que el día 31 de julio de 2017, citó en su oficina al doctor Q., médico internista y contratista del hospital, con el fin de comunicarle la decisión administrativa de no renovar su contrato de prestación de servicios tomada el 28 de julio de 2017, en conjunto con el Dr. J.O., Subgerente Asistencial. A las 10:30 am, hizo pasar a su oficina al mencionado profesional y después de informarle la no renovación del contrato y de la presentación de algunas explicaciones solicitadas, el citado señor golpeó el escritorio, empezó a agredirlo de palabra en forma alevosa y desafiante ante lo cual le solicitó que abandonara la oficina, pero se negó y continuó la agresión de palabra, insultos, palabras descalificantes de carácter personal. En ese instante le solicitó a la secretaria Ninibeth Beltrán que llamara a seguridad, pero el doctor Q., aseguró la puerta impidiéndole la salida y se lanzó contra su humanidad ocasionándole con golpes de puño, múltiples traumatismos en diferentes partes del cuerpo y antes de abandonar la oficina, mediando más insultos y amenazas dijo: “esto no se queda así”. No satisfecho el señor Q., se devuelve a su oficina y trata de agredirlo nuevamente, vociferando en tono alevoso y desafiante, ¿quiere más?, pero pudo evitarlo cerrando la puerta de la oficina, la cual trató de abrir con violencia. Seguridad se presentó minutos después cuando el mencionado individuo ya había abandonado la oficina; de esto último son testigos la doctora L.F.J. y la doctora S.L.V.

Posteriormente, el doctor R acudió al servicio de urgencias del hospital en donde fue atendido como consta en la historia clínica. Luego procedió a instaurar una queja ante la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Reacción Inmediata URI, por lesiones personales y agresión a servidor público, donde le dieron orden de valoración médico legal, realizada el 1º de agosto de 2017, dándole la respectiva incapacidad.

El tribunal seccional aceptó la queja correspondiéndole por sorteo a la magistrada Lucrecia Mojica Silva, quién mediante auto del 18 de agosto

de 2018 inicia investigación preliminar. Durante el proceso se tomaron pruebas documentales y testimoniales incluyendo historia clínica, informe de medicina legal, diligencia de ampliación y ratificación de la queja y diligencia de versión libre por parte del médico implicado. El 30 de agosto de 2018, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta resuelve abrir investigación formal contra el doctor C.Q.S., y mediante providencia del 20 de noviembre de 2018, el tribunal seccional resuelve formular cargos contra dicho galeno, quién en compañía de su abogada defensora presenta diligencia de descargos el 2 de abril de 2019. El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena del 30 de mayo de 2019, resuelve no aceptar los descargos presentados por el doctor C.Q.S., y resuelve imponer sanción consistente en **Amonestación privada**, por violación de los artículos 1º, numeral 9 y 29 de la Ley 23 de 1981.

## RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El médico acusado, el día 4 de julio de 2019, durante la notificación personal de la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, interpone recurso de apelación contra dicha decisión anotando lo siguiente: *“La recibo con no conformidad y derecho a reclamación justa y equitativa – con apelación en compañía de mi jurídica (abogada)”*. Mediante auto del 6 de agosto, la Sala Plena del tribunal seccional concede la apelación y remite el proceso al tribunal nacional.

Este tribunal nacional ha enfatizado en que la relación del médico con sus colegas constituye una parte fundamental del profesionalismo médico y, los atentados contra la misma no revisten menos gravedad que aquellos en contra de la relación entre el médico y su paciente. Del médico se espera que ostente una intachable conducta hacia los otros seres humanos incluyendo a sus colegas y aunque con frecuencia se puedan presentar discrepancias entre ellos y dificultades o desacuerdos en sus relaciones personales, la resolución de las mismas debe limitarse en lo posible al terreno científico y dentro del comportamiento que se espera de personas civilizadas.

Es inadmisibles la agresión verbal o física entre los médicos. La conducta profesional en lo referente a la relación con sus colegas, se encuentra regulada en nuestro país y en el mundo; desde los tratados Hipocráticos los códigos y normas internacionales sobre ética médica han considerado como

pilares del profesionalismo las relaciones interpersonales del médico. La Asociación Médica Mundial contempla como deberes de los médicos “... *comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él... cuando sea médicamente necesario, comunicarse con los colegas que atienden al mismo paciente. Esta comunicación debe respetar la confidencialidad del paciente y limitarse a la información necesaria.*”<sup>1</sup> Y la Declaración de Ginebra exhorta a los médicos a mantener a toda costa, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica y “*tratar a los colegas como hermanos y hermanas*”<sup>2</sup>

La vulneración de los artículos 1º, numeral 9º y 29 de la Ley 23 de 1981, en los que se sustenta el pliego de cargos que se levantó al médico acusado en el presente proceso, se refieren de manera precisa a normas que deben cumplirse y practicarse en las relaciones entre los médicos; implican un compromiso bilateral por parte de los colegas, es decir su cumplimiento obliga tanto a una parte como a la otra, independiente de la autoridad científica o administrativa que alguno de los ellos ostente. “*El médico está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal*” (art. 1, numeral 9, Ley 23 de 1981) y “*La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos*” (artículo 29 de la misma ley).

En el caso *sub examine*, como no se presentaron nuevos argumentos por parte del galeno implicado ni por su defensa en la apelación de la sentencia recurrida, esta superioridad analizará, además de las pruebas allegadas al proceso, los argumentos del tribunal *A quo* y los descargos rendidos por el acusado en su momento.

Es claro que existe una controversia e indisposición entre los dos colegas que laboran en la misma institución y muy posiblemente, pueden también existir antecedentes que culminaron en la agresión verbal y física que se presentó en el momento de comunicar una decisión administrativa. Las ra-

---

<sup>1</sup> [www.wma.net/es/30\\_publications/10\\_policies](http://www.wma.net/es/30_publications/10_policies). Consultado el 29 de julio de 2013.

<sup>2</sup> *Adopted by the 2nd General Assembly of the World Medical Association, Geneva, Switzerland, September 1948 and amended by the 22nd World Medical Assembly, Sydney, Australia, August 1968 and the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983 and the 46th WMA General Assembly, Stockholm, Sweden, September 1994 and editorially revised by the 170th WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005 and the 173rd WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2006*

zones no se precisan, de un lado se argumenta “acoso laboral” y del otro, incumplimiento de las labores asignadas. Se acepta que, en ejercicio de su autonomía, el contratante en el momento de decidir sobre la continuidad de una relación laboral en la modalidad de contratación temporal de servicios decide de acuerdo con las necesidades del servicio.

Durante las diferentes versiones de los hechos rendidas por el acusador y el acusado, ambos refieren haber sido agredidos. En el testimonio presentado por la auxiliar administrativa de la coordinación médica del hospital (folios 89 y 90), no es posible determinar quién agredió a quién. Como la misma secretaria lo manifiesta no se encontraba presente en la misma oficina de su superior y *“escuché que discutían, pero no puedo decir exactamente qué decían porque yo tenía los audífonos puestos para escuchar música, solo me los quité cuando escuché el golpe en el escritorio”*.

Por otra parte, las pruebas que a juicio del tribunal de primera instancia demostraron que sí hubo agresión física contra el doctor A.J.R.J., por parte del médico C.Q.S., son lo anotado en la historia clínica correspondiente a la atención del quejoso en el servicio de urgencias del Hospital Departamental de Villavicencio, en particular los hallazgos de la radiografía de la muñeca izquierda con luxación grado 1 y el informe pericial de medicina legal realizado el 1 de agosto de 2017, donde concluyen “mecanismo traumático de lesión contundente y le dan incapacidad médico legal de seis días...”. Considera el *A quo* que la defensa únicamente se basó en “su trayectoria profesional, que no está siendo cuestionada en este caso y en un acto de defensa propia porque el doctor R., lo agredió, pero no hay evidencia de esa agresión” (folio 155).

Es curioso, por no decir que sorprende, que la lesión más grave que presentó la víctima como consecuencia de los múltiples golpes recibidos sea la lesión de la muñeca de la mano izquierda; a su vez, existe concordancia en diferentes versiones sobre el golpe al escritorio y aunque no es claro quién lo propinó, el único galeno que presentó lesiones en su mano fue precisamente quién recibió los golpes en diferentes partes del cuerpo y que motivaron la incapacidad por parte de medicina legal. En el presente caso no existe claridad sobre quién agredió a quién, pues en las versiones dadas por los dos médicos, ambos se declaran víctimas y se consideran agredidos y no agresores. En el mejor de los casos, ambos alegan haber actuado en defensa propia. Como se mencionó anteriormente por parte de este tribu-

nal, en ningún caso se encuentra justificada la agresión física o verbal entre los médicos para dirimir algún tipo de conflictos, sea científico, laboral o de cualquier otra índole.

Al no poder demostrar de manera clara la responsabilidad del acusado en el presente proceso y teniendo en cuenta que nadie podrá ser condenado por juez o autoridad competente sin que exista en su contra plena prueba legal, regular y oportuna, de todos los elementos constitutivos del delito, infracción disciplinaria o contravencional y de la consecuente responsabilidad, ante la duda razonable que existe y dando prevalencia a la presunción de inocencia, este tribunal nacional actuará conforme al principio de “*in dubio pro reo*”, a resolver en favor del sindicado por lo que procederá a absolverlo.

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

### **RESUELVA:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** REVOCAR, como en efecto revoca la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta de sancionar al médico C.Q.S. **ARTÍCULO SEGUNDO:** ABSOLVER al doctor C.Q.S., de los cargos imputados en el presente proceso. **ARTÍCULO TERCERO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO CUARTO:** Devolver el expediente al tribunal de origen. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Presidente – Magistrado Ponente; HERNÁN JIMÉNEZ ALMANZA, Magistrado; JOSÉ MIGUEL SILVA HERRERA, Magistrado; ARIEL IVÁN RUIZ PARRA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y CLAUDIA LUCÍA SEGURA ACEVEDO, Abogada Secretaria.

**Bogotá D. C., junio veinticuatro (24) del año dos mil tres (2003)**

**SALA PLENA SESION No. 748 DEL VEINTICUATRO (24)  
DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL TRES (2003)**

**REF: Proceso disciplinario ético-profesional No. 186  
Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico  
Denunciante: C.P.L.  
Denunciado: P.M.C.P.**

**PROVIDENCIA No. 28-03**

**Magistrado Ponente: Doctor FERNANDO GUZMAN MORA**

### **I- VISTOS**

Por providencias del 26 de febrero y del 7 de mayo del 2003 el Tribunal de Ética Médica del Atlántico, impuso sanción de censura verbal y pública contra la Dra. P.C.P. Interpuesto contra esta decisión el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, por medio de la segunda de las providencias se negó la reposición, no se decretó la nulidad solicitada y se concedió el recurso subsidiariamente interpuesto.-

Corresponde a la Corporación resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

### **A- HECHOS**

El día 26 de Julio de 2001 la doctora C.L.P.L., médica identificada con cédula de ciudadanía No....de.... y Tarjeta Profesional....., en su calidad de socia fundadora y coadministradora del centro médico Central Médica de la Octava, eleva queja en contra de la doctora P.M.C.P., por presunta

violación de la Ley 23 de 1981 en sus artículos 1 parágrafo 9, 2 y 45. De acuerdo con la denunciante, quien se encontraba de turno ese día en el centro médico, el 9 de Junio de 2001, la Doctora P.C., llamó varias veces por teléfono a la “Central Médica de la Octava”, solicitando hablar con la enfermera Martina Abdala. Las llamadas fueron atendidas por la señorita G.L.L.L., secretaria del centro médico, quien repetidamente le expresó a la doctora C., que la enfermera no podía atender el teléfono, por hallarse en un procedimiento con el Dr. L., médico de turno.

Después de varias llamadas, la doctora C. increpó a la secretaria de manera vulgar y utilizando un lenguaje soez, frente al cual esta última exigió el respeto debido.

Al día siguiente, la señorita G.L., es atacada a su ingreso al sitio de trabajo por la doctora C., quien la insulta con palabras groseras y la agrede físicamente halándole el pelo y solicitando a varios de los presentes le alcanzaran un garrote con el fin de propinar lesiones más efectivas a la víctima.

La señorita La., acudió a una estación de Policía, donde fue citada la doctora C., quien firmó un acuerdo de convivencia, el cual desatendió luego, al publicar un aviso en cartelera, prohibiendo el ingreso de la mencionada secretaria.

La médica denunciante, doctora C.P.L., afirma en su demanda que esta conducta por parte de la doctora C., ha sido repetitiva y allega al proceso copia de una carta firmada por la doctora D.R.

En efecto, catorce días después del incidente, la Gerente del centro médico publicó una carta en cartelera, cuyo texto se muestra más adelante, así como la contestación de la doctora C.P.

## **B- ACTUACION PROCESAL**

El proceso entró a reparto y le correspondió al Magistrado Doctor TEOBALDO CORONADO HURTADO, quien citó a diligencia de ratificación de la queja a la denunciante. La doctora C.P.L., reiteró todos los puntos de la acusación y allegó al proceso copia de una carta firmada por la doctora D.R., que dice a la letra:

Barranquilla Julio 23 de 2001

Señores  
SOCIOS DE LA CLINICA  
PERSONAL ADMINISTRATIVO  
MEDICOS ADSCRITOS

Preocupados por el ambiente de inestabilidad laboral y hostilidad en el sitio de trabajo, que menoscaba nuestra imagen ante los pacientes y entorpece nuestra función social, solicitamos que toda discrepancia o diferencia entre el cuerpo médico y el personal subalterno (en lo personal) sea llevado con altura y enfatizando el comportamiento egregio que debemos tener los profesionales de la salud, e intentar no caer en actividades verduleristas y vulgares que empañan la imagen del centro médico.

Rigiéndonos por los estatutos de la Central Médica de la Octava Ltda, toda dificultad laboral debe ser resuelta por quien represente legalmente la Central Médica en esos momentos, por lo tanto, el trámite pertinente y legal para los casos de sanciones, despidos y liquidación del personal que se encuentra laborando bajo alguna relación contractual con nosotros debe hacerse por la administración y debe ser decisión de la Gerencia de turno, o de la Junta de Socios en pleno con reunión extraordinaria, remitirse a los estatutos en su artículo 10, esta aclaración la hacemos tratando de impedir se presenten futuras demandas de carácter laboral que puedan poner en peligro las finanzas de la entidad y sanciones por el Ministerio del Trabajo

Atentamente

D.R.  
La Gerencia

La respuesta de la doctora C., de su puño y letra y ratificada con las iniciales de su nombre reza así:

“ Y QUIEN HA SIDO LA VERDULERA NUMERO UNO? AREPERA; PERO NO PENDEJA. ACASO USTED NO HA SIDO LA PIONERA DE LA VULGARIDAD. QUIEN EMPAÑA MI INTEGRIDAD CON SU BOCA PUERCA DE MANDARMELA A METER; PORQUE US-TEDES SE LA METEN TODAS LAS NOCHE. Y A CUALQUIER HORA?? AHORA DEVO (sic) PERMITIRLE A UNA PUERCA ENFERMERA QUE DEGRADE LA IMAGEN DE MI MADRE. PUES NO! PORQUE MI MADRE HA TENIDO UN SOLO MARIDO Y A ELLA SE LE RESPETA; Y LA PRÓXIMA VEZ NO JALARE (sic) PELO, SINO QUE REBENTARE (sic) CARA. ASI QUE IGUAL QUE USTED SE QUIRE (sic). SACANDO EL INDIO.

Se recibió testimonio de M.C.B., quien fuera secretaria de la gerente, D.R. La señora C.B., fue expulsada del centro médico por la doctora P.C., quien la amenazó con agredirla con un garrote que depositó en su consultorio si se atrevía a volver. Así mismo, le dijo literalmente de NO SERVIR PARA UNA MIERDA (sic).

Luego, en el testimonio de G.Y.L.L., quien confirma los hechos descritos

en la denuncia y afirma que la doctora P.M.C.P., le dijo por teléfono que le “DIJERA A LA HIJUEPUTA DE LA MADRE MIA QUE HICIERA EL TURNO DE ELLA (sic). Así mismo, confirma los hechos planteados en la denuncia y las palabras soeces que utilizó en su contra, así como la agresión física en frente de varios funcionarios del Centro Médico y de pacientes que en ese momento concurrían a consulta.

En su declaración es llamativa la afirmación de G.L.L. en el sentido de haber acudido al Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico a instaurar la denuncia contra la doctora P.C.P., y cuya respuesta fue que “tenía que ser en el gremio de los médicos” (sic). Así consta en el Folio 18 del cuaderno principal.

Posteriormente en versión libre y espontánea, la doctora P.M.C.P., confirma que agredió a la señora G.L.L., exactamente en la forma previamente descrita por los testigos y la denunciante. En el folio 23 dice a la letra “... LA COGI POR EL PELO, LA SAQUE DEL CENTRO MEDICO Y LE DIJE QUE NO LA QUERIA MAS ALLI Y QUE SI PISARA (sic) NUEVAMENTE EL CENTRO MEDICO LA IBA A BATEAR (sic).

En esa misma versión, la acusada admite haber escrito de su puño y letra lo que se allega como documento probatorio al proceso y enuncia una serie de razones que la llevaron a hacerlo, entre las que destaca los celos profesionales de sus socias para con ella.

Asimismo, allega al proceso una carta firmada por cuatro médicas adscritas al Centro Médico, en donde protestan el 21 de Julio de 2001 por el trato descortés y desobligante que está recibiendo la Doctora P.C., por parte del personal subalterno de esa entidad. Esta carta, dirigida a las otras dos socias, está fechada en Julio 21, es decir, casi mes y medio después de ocurrir los hechos motivo de la denuncia.

El tribunal, luego de analizar las pruebas tiene en cuenta el razonamiento del Magistrado Instructor, doctor TEOBALDO CORONADO HURTADO, quien expresa:

“...La queja de la Doctora C.P., contra la Doctora P.C., como sujeto procesal que nos toca juzgar en este juicio, se centra, a mi modo de ver, en los siguientes aspectos:

1 – En la falta de consideración y aprecio en el trato dado por un superior, en este caso la Dra.

P.C., a un subalterno la señorita secretaria G.L.

2 – Por la forma como sucedieron los hechos la manera de ejercer la autoridad de la Dra. P.C., como profesional de la medicina, fue indecorosa, irresponsable e irrespetuosa de la Institución en la cual trabaja y es socia: La Central Medica la 8.

El uso de palabras soeces, vulgares, desobligantes como: maldita, desgraciada, hijueputa, “puerca enfermera” y amenazantes de la integridad física como: “reventarle la cara” pronunciadas en un ataque de ira por la Dra. C., contra su secretaria son indignas, no son propias del vocabulario de una persona decente y menos aun si se trata de una mujer que ejerce el digno y honroso oficio de médica. La forma, además, como la Doctora C., replicó el memorando enviado por la gerente D.R., a todos los funcionarios de la Clínica la 8, no fue lo más sensato y afortunado. En palabras de su amigo y testigo Doctor A.R. “Si raya en el irrespeto fue una respuesta impulsiva ante una agresión verbal”. La misma doctora C., reconoce a folio 26 que con su actitud cayó en el terreno de la chabacanería. “Yo fui la más sorprendida con mi actitud agresiva hacia la enfermera porque si bien soy estricta no soy chabacana”.

Según la demandante la Doctora P.C., no se conforma con atacar a la señora G.L., de manera verbal, vulgar y grosera sino que la atacó físicamente en el propio sitio de trabajo propinándole golpes, halándole el pelo y solicitando un bolillo para rematarla. Hechos que la médica acusada reconoce como ciertos cuando afirma que: Lo que yo hice a la señora G., era bien merecido y por mucha ética profesional que se tenga en un momento de rabia hice lo que hice”. (Folio 20)

En el supuesto de que hubo razones fuertemente provocadoras por parte de la señora G.L., para que la Doctora P.C., se descompusiera en la forma como lo hizo, no existe justificación alguna para llegar a niveles tan bajos de ecuanimidad (sic). Se igualó, más bien, sobrepasó en vulgaridad y chabacanería a su empleada. Por lo narrado en el expediente y aceptado por la Doctora C., estaba, a mi modo de ver, sin control. Peligroso proceder en la conducta personal y profesional de un médico que por sus principios éticos esta llamado a ser ejemplo ante la sociedad.

Una de las virtudes que debe caracterizar al médico, al buen médico que todos sin excepción debemos aspirar, es la virtud de la imperturbabilidad, la “aequanimitas” de que hablaba William Osler como virtud mental que nos da equilibrio, nos sostiene tranquilos y fuertes ante los duros embates, de toda índole, que nos toca enfrentar en la vida y que en el médico es paradigma de su noble carácter.

De otra parte, el sitio de trabajo, llámese: consultorio, oficina, quirófano, sala de parto, clínica u hospital es un lugar sagrado que merece nuestra veneración y respeto. Estamos comprometidos con nuestros pacientes y con la humanidad en general a ejercer allí nuestro oficio de médicos con el mayor decoro y responsabilidad. Cuando la Ley 23 de ética médica dice que: “El médico mantendrá su consultorio con el decoro y responsabilidad que requiere el ejercicio profesional” nos esta invitando a comportarnos de manera decente, honorable y respetuosa en el sitio de trabajo. La Doctora P.C., con su conducta vulgar, agresiva, pendenciera y violenta ha profanado el templo sagrado donde ella ejerce su carrera médica. Le ha faltado altura moral en el ejercicio de la autoridad tanto con sus empleados, como con sus colegas socias. En la forma “estricta” como, con ahínco recalca una y otra vez, ha tratado de ejercerla denigra la institución que tanto pregonaba defender.

No ha sido fiel, por lo tanto, a la promesa que juró cumplir el día de su graduación de: “Mantener incólumes por todos los medios a mi alcance el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica”.

Es mi criterio fundamentado en la motivación anterior:

Que hay motivos suficientes en la denuncia presentada por la Doctora C.P., por los cuales, considero, se debe elevar pliego de cargos contra la Doctora P.C., por presunta violación a los artículos: 1, numeral 9 y 10; artículo 2. Inciso 7; artículo 9 y artículo 45

Teobaldo Coronado Hurtado  
Magistrado Instructor.

En la diligencia de descargos de la doctora C., admite que se dejó llevar de su impulso iracundo, al verse “pisoteada por colegas y subalternos” y que ella misma se sorprendió con su actitud, la cual contrasta con su corrección de diecisiete años de ejercicio

Por su parte, la apoderada de la doctora C., abogada ROSA YANCE VILLANUEVA, expresa en defensa de su cliente su sospecha a la validez del testimonio de la doctora C.P., debido a las diferencias personales existentes con su socia, la Doctora P.C.P.

En vista de lo anterior, el Tribunal seccional de Ética Médica del Atlántico resuelve no aceptar los descargos de la inculpada y procede a dictar **SANCIÓN DE CENSURA VERBAL Y PÚBLICA**, basado en el artículo 1 numeral 9 de la Ley 23 de 1981:

8. 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.

9. Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen sí por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

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, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

Artículo 9. El médico mantendrá su consultorio con el decoro y la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional. En él puede recibir y tratar a todo paciente que lo solicite.

Artículo 45. El médico funcionario guardará por sus colegas y personal paramédico subalterno, la consideración, aprecio y respeto que se merecen, teniendo en cuenta su categoría profesional, sin menoscabo del cumplimiento de sus deberes como superior.

La apoderada de la Doctora C., procede a interponer Recurso de reposición y en subsidio el de Apelación ante el Tribunal de Primera Instancia, manifestando que las pruebas testimoniales allegadas al proceso son amañadas y que no existe prueba contundente sobre la conducta de su defendida. Adicionalmente afirma que su prohijada ha sido acosada por sus otras dos socias en la clínica y que la conducta de los subalternos es criticable debido a la permanente falta de respeto a que ha sido sometida la doctora C.

Cuestiona además el concepto de moral universal que quiere aplicarse a la sentencia, solicitando sea considerada la conducta de su defendida como atípica. Acepta que se presentaron algunos insultos y exaltación, pero jamás hechos inmorales en la actuación de la acusada.

Adicionalmente, afirma que, si la conducta de los médicos debe ser concordante con la conducta exigida a los demás miembros de la sociedad y que si el incidente ocurrido no tiene trascendencia para el conglomerado social, no debería tenerlo para estos profesionales, por cuanto “la norma establece una cierta relatividad”

Sostiene que el incidente presentado no es violatorio de los principios tradicionales de la medicina ni del juramento prestado.

Y menciona lo ocurrido como un reclamo dentro de la “reacción normal del hombre a una provocación injusta”. Y que el incidente no vulnera el decoro ni la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional porque se trató de “un simple llamado de atención”.

Propone, asimismo, una NULIDAD por violación al debido proceso, por

no allegarse testimonios solicitados por la defensa.

El Tribunal Seccional no accede a decretar la nulidad. Tampoco repone la sentencia impugnada y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

## II- CONSIDERACIONES DE LA SALA

### COMPETENCIA

Este tribunal es competente para conocer el recurso de apelación, por efectos de la Ley 23 de 1981:

Artículo 83. A juicio del tribunal ético profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

- a) Amonestación privada;
- b) Censura, que podrá ser:
  - 1. Escrita pero privada
  - 2. Escrita y pública
  - 3. Verbal y pública
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;
- d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Artículo 90. Los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere la presente Ley estarán destinados a que aquéllas se aclaren, modifiquen o revoquen.

### FUNDAMENTOS ÉTICOS GENERALES

#### 1- EL BIEN Y EL MAL

El concepto del bien y el mal ha existido desde que el ser comenzó a conocerse a si mismo, identificándose además como parte relativamente independiente de un todo. Aristóteles decía que el bien es lo que todos apetecen, pues perfecciona a quien lo posee. Desde un punto de vista puramente filosófico, el bien acerca a la verdad y esta acerca al ser.

¿Cuál es el fundamento del conocimiento del bien y el mal? La respuesta es simple: El cúmulo de experiencia humana que ha permitido llegar a poseer un criterio sobre lo que conviene o no a la especie. Esto se conoce como Sabiduría. Esa virtud intelectual por la cual tratamos de llegar a las causas de las cosas.

La Sabiduría ha sido transmitida en varias formas, de generación en

generación, por las diferentes culturas humanas, evolucionando de la observación simple hasta los preceptos de alta moral. Sobre este concepto se ha escrito en forma ininterrumpida en los últimos 4000 años.

La época moderna, que considera que la Sabiduría moral ha dado paso al conocimiento científico, nos recuerda que es precisamente la ciencia el descendiente natural de la sabiduría de los albores de la humanidad.

Y si bien la ciencia crea nuevos problemas éticos al hombre, su aplicación basada en el bien universal y en la búsqueda de la perfección, es un legado de los millones de pensadores que hicieron posible abrir el entendimiento para comprender al universo y al ser humano mismo

Desde este punto de vista, el argumento de la encartada de no tener conciencia del por qué actuó así queda sin sustento, porque procesalmente hay pruebas de por lo menos en tres ocasiones en las cuales su conducta fue bochornosa: La conversación telefónica con la secretaria, la agresión pública al día siguiente y la nota de su puño y letra que reposa en el expediente, más de un mes después de ocurrido el primer hecho.

## 2- MORAL

Moral proviene del latín "mores" y Ética del griego "ethos". Ambos significan: costumbre.

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

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

De acuerdo con algunos doctrinantes, la moralidad de los actos humanos

depende de tres cosas:

- El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.
- La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón
- Las circunstancias de la acción

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

El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de si mismo. De acuerdo a la Iglesia, las cuatro virtudes humanas esenciales son la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza.

Desde este ángulo la conducta de la doctora C., constituye un ejemplo vergonzoso de lo que no debe hacerse en desempeño de sus funciones ni en su propia vida personal que, al violar la integridad de los demás, pasa a ser de conocimiento de las autoridades. La conducta de la acusada es francamente PROCAZ

## ÉTICA

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

Se ha definido además como "ciencia del comportamiento", pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre

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

Hay tres elementos que deben estudiarse:

- El ser humano, causa esencial de la filosofía, pues sin el no existiría la ética.
- La conducta humana
- El bien universal

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

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo concierne al ser humano en si. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la practica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios "mínimos" de convivencia es el fundamento de la ética social

Desde el punto de vista de ética social tenemos tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que desees que hagan contigo.

Sin embargo, el respeto a los derechos individuales llega hasta donde los actos de las personas comienzan a lesionar el bien común, pues este es el fin mismo de la ética social, de la convivencia entre personas.

Ética y educación van de la mano. A través de la educación, tanto en la familia como en la escuela, se inculcan al ser humano en evolución los conceptos básicos de comportamiento, en base al "modelo ideal" de persona que se tenga en la sociedad.

Los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

La actitud, la conducta, el lenguaje y las ejecutorias de la procesada vio-

lan los principios elementales de convivencia, los fundamentos de la ética social, las bases de la ética natural y, sin lugar a dudas, las normas de ética médica colombiana.

### **3- CONDUCTA HUMANA Y VALORES**

Los problemas fundamentales de la existencia humana son, entre otros, la definición de su propia naturaleza, la relación con el entorno, la decisión de proceder en una modalidad concreta y la señalación del tipo de relaciones interpersonales. Con base en estas decisiones se resuelven parcialmente aspectos tan importantes como la expresión del sentimiento, el juicio de las situaciones difíciles, la valoración de las personas y la interacción con ellas.

En el estudio de las normas de las acciones sociales se consideran dos niveles de abstracción: Uno evidente, que demuestra la existencia de unos MODELOS de conducta, manifiesto en conductas y repeticiones de los grupos de personas; y otro más profundo, que revela la manifestación simbólica de estos modelos, regidos por unos VALORES.

Valores son formas de ser o de obrar de una persona o una comunidad, a la luz de lo que se juzga como ideal y digno de ser imitado. Por lo tanto, las conductas están inspiradas en valores.

A la persona, sin importar el sitio en donde transcurra su existencia, se le enseñan costumbres, modos de actuar y comportamientos ante determinados hechos. Existen dos tipos de normas enseñadas: Básicas (Preservar la vida, no hacer daño, conseguir la máxima felicidad posible para el mayor número de individuos) y Secundarias (Válidas en determinadas circunstancias).

Los modelos sociales constituyen, en términos generales, orientadores de la conducta humana, tanto al interior de las agrupaciones específicas, como en su relación con los demás grupos sociales. Ellos ofrecen orientación en circunstancias específicas de tiempo, espacio, situación y tradición. Aunque su campo de acción puede ser restringido al conglomerado que crea el modelo, debe observarse el trasfondo que sustenta el símbolo que, al fin y al cabo, muestra un conjunto de valores dignos de ser imitados por los respectivos miembros. Y esta es la verdadera esencia de los signos: su relación entre el valor de fondo y su materialización resumida en un elemento

gráfico que lo identifica.

El modelo de conducta de la doctora C., quizás sea útil para mostrar a los demás un excelente ejemplo de cómo no debe proceder un médico, un funcionario y un superior ante sus subalternos.

#### **4- CONCEPTO DE BUENAS COSTUMBRES**

Qué es una costumbre? La Real Academia Española la define como: “Hábito. Modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto”.

Efectivamente, cuando los conceptos, actos, creencias y tradiciones de una persona, institución o pueblo siguen una norma distintiva, constituyen la forma especial de ser y entran a formar parte de su patrimonio en su carácter.

Cualquier acto humano posee características generales, basadas en la razón, la voluntad y la libertad. Y, aunque se encuentra condicionado por factores genéticos, orgánicos, psicológicos, históricos, vivenciales personales y sociales, entre otros, el acto puramente racional sigue una serie de pasos que pueden ser simultáneos y que pueden condensarse en cuatro etapas:

Se aprecia el bien

Se concluye que es importante buscarlo

Se escogen los medios para obtenerlo

Se ponen en práctica para dicha consecución

Las normas de trato social constituyen una especie de norma tácita relativa a las buenas costumbres. Algunas de dichas normas son la decencia, la cortesía, la urbanidad, las convenciones del buen lenguaje, etc. Son intermedias. Cuando se falta a ellas son motivo de sanción social. Son reglas de decencia. Sin embargo, el médico debe ajustarse a ellas más que ningún otro profesional, porque la imagen de la decencia, de la urbanidad y del buen comportamiento es y ha sido siempre el médico.

Las buenas costumbres, por su parte, son códigos de honor. Es el respeto a la palabra dada, así el texto del contrato haya quedado oscuro, se va al espíritu del mismo y no solamente a la formalidad. De acuerdo con Noguera, ellas son verdaderas normas y, aunque no pueden ser juzgadas a la luz de

los criterios de la Moral y el derecho, la sociedad exige una forma especial de cumplimiento de las mismas con el objeto de hacer la convivencia más agradable. De otro lado, aunque su incumplimiento carezca de sanción legal, acarrea una sanción de tipo social.

La conducta de la procesada constituye una afrenta a la imagen del médico, de la mujer profesional y de la autoridad pública o privada.

## **5- LA DIMENSION ÉTICA DEL MÉDICO COMO LÍDER SOCIAL**

La figura del líder social ha sido uno de los paradigmas de educación en todos los tiempos, al representar los valores que son más preciados en cualquier agrupación humana: Comportamiento ético, sabiduría creciente, compasión por el prójimo, pericia en el ejercicio, claridad conceptual e inteligencia, son solamente algunas de las características que se han asociado a la imagen de quien ejerce el liderazgo en la comunidad.

Entendemos como LIDERAZGO la capacidad de inspirar a otros a tomar determinadas decisiones o a seguir conductas específicas mediante el ejemplo, el convencimiento conceptual, el carisma personal, el poder o la autoridad.

Dentro de este concepto, PODER es la capacidad de ejercer influencia sobre otras personas con el objeto de modificar comportamientos, fundamentándose su origen en la posibilidad de recompensa, coerción punitiva, autoridad legítima, experiencia cognitiva y carisma personal.

Por otro lado, la AUTORIDAD es una forma de poder basada en la legitimidad para ejercer influencia sobre los demás dentro de ciertos límites previamente trazados y aceptados por quienes forman parte de una organización o comunidad. Es el poder revestido de legalidad.

La aceptación de autoridad por parte de los subordinados o grupos de influencia se basa en la capacidad de entender las órdenes, la compatibilidad de las órdenes con los principios generales de la comunidad, la concordancia con los intereses personales y la posibilidad de obedecer en forma congruente.

Líder es una palabra que denomina a quien guía o conduce a un grupo de

personas. Es un dirigente que conduce a la gente a través del cambiante devenir temporoespacial, para llevarla a una meta determinada. El líder no necesariamente es un jefe, sino un orientador. El verdadero líder nunca deja perder el objetivo.

Lo anterior para fundamentar el hecho de ser tanto los médicos como los abogados, verdaderos líderes sociales, sobre cuyos hombros descansa el normal desenvolvimiento de la comunidad.

¿Qué ejemplo de liderazgo constituye esta forma de actuar de una persona que ostenta el título de médico? Precisamente conductas como esta han sido la causa del deterioro de la imagen de dignidad y majestuosidad moral de quien ejerce la medicina.

## **6- CREDIBILIDAD MORAL EN LA SOCIEDAD**

Si la obligatoriedad de las normas morales fuera un hecho acatado en nuestra sociedad, sin duda tendríamos un mundo mucho mejor del que actualmente todos sufrimos. No existiría sino la íntima convicción de hacer aquello que sea bueno y no se dañaría a nadie.

Sin embargo, la ausencia de algo que convierta la buena intención de la norma moral en algo que necesariamente debe cumplirse, es lo que llevó a la creación del Derecho, es decir, de aquel conjunto de normas que regulan la vida en sociedad.

Moral y Derecho han sido temas que tradicionalmente se han imbricado. Las diferencias esenciales entre los dictados morales y jurídicos vienen desde hace mucho tiempo. Aunque el Derecho y la Moral tienen varias cosas en común, partiendo de que ambas pertenecen a la categoría del deber ser, no son iguales ni se confunden en sus campos. Si bien es cierto que el Derecho acepta que el respeto a la moral es parte del Bien Común, y trata de crear un clima propicio para el ejercicio de actos moralmente buenos, sus campos son diversos.

Con todo, uno de los eventos más curiosos de la sociedad actual es la materialización de la moral al transformarla en norma, la cual debe ser vigilada y aplicada por los propios pares, constituidos en representantes de la profesión a la que pertenecen e investidos de la dignidad de la magistra-

tura la cual, aunque no pertenece exactamente a la Justicia ordinaria como tal, sí desempeña funciones similares. Y estas funciones se consagran en la misma Carta política del país.

Cuando los magistrados de los tribunales de ética reciben una queja lo hacen como representantes de la comunidad a la cual pertenecen y, una vez recibida, siguen con las normas constitucionales que garantizan los dos derechos más importantes en materia disciplinaria y penal: El debido proceso y el derecho a la defensa.

Y la sociedad les ha conferido tal responsabilidad a quienes desempeñan la función de vigilantes de la conducta de sus colegas, que hasta pueden castigar con suspensión a quienes transgreden los límites de la buena conducta. Suspensión que puede llegar hasta el término de cinco años en el ejercicio de la medicina.

Esto sin exceptuar la obligatoriedad de remitir a la justicia penal aquellos casos en los cuales se confirma una violación a derechos consagrados en el Código Penal, caso en el cual deben compulsar copias a la justicia ordinaria para que obre en consecuencia.

## **7- INJURIA, CALUMNIA Y MALAS EXPRESIONES DEL LENGUAJE**

El discípulo de Ortega y Gasset, Don Julián Marías, clasifica el mal uso de la palabra en varios tipos:

- 1-Usar mal el lenguaje. Emplearla con impropiedad
- 2-Uso de palabrotas. Es una degradación social de la convivencia. Una falta de imaginación de los escritores.
- 3-Maledicencia. Hablar mal de. La palabra ha ido perdiendo su sentido literario y se ha desplazado hacia la broma maligna. Hablar mal de las personas, de sus acciones, de las instituciones.

A su vez, establece las consecuencias de la maledicencia, resumidas así:

- A- Monotonía
- B- Pérdida del valor de la crítica justificada
- C- Compulsión a hablar mal en forma repetida
- D- Impunidad por ocultarse entre varias personas

- E- Estado de error
- F- Pesimismo difuso
- G- Desaliento general

Pero una cosa es la CRITICA (Arte de juzgar de la verdad, bondad y belleza de las cosas), otra el RUMOR (Voz que corre entre el público), el CHISME (Noticia verdadera o falsa, o comentario con que generalmente se pretende indisponer a unas personas con otras o se murmura de alguna), la INJURIA (Hacer imputaciones deshonrosas de persona o personas determinadas) y otra la CALUMNIA (Acusación falsa hecha maliciosamente para causar daño, imputando conductas calificadas como delictuosas o típicas en la Ley)

La calumnia puede tener su origen en ODIO (Antipatía y aversión hacia alguna cosa o persona cuyo mal se desea), RENCOR (fastidio arraigado y tenaz), RESENTIMIENTO (sentimiento, enojo o pesar por una cosa), ERROR (Concepto equivocado o juicio falso) e HIPOCREESIA (Fingimiento de cualidades o sentimientos contrarios a los que realmente se tienen o experimentan), entre otras causas

Comete INJURIA (ART. 220 CP) la persona que le haga a otra persona imputaciones deshonrosas. Se debe mirar la connotación semántica del vocablo utilizado para medir la injuria (es una conducta indirecta).

Y cae en el delito de CALUMNIA (ART. 221 C.P) quien que impute falsamente a otro una conducta típica (se hace en forma directa).

De otro lado, existe la figura de INJURIA Y CALUMNIA INDIRECTAS (ART. 222 CP): Se presenta para la persona que publique, reproduzca y repita injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante.

Es agravado, cuando la injuria y calumnia se comete utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, aumentándose las penas en una sexta parte. Es atenuada, si la injuria o calumnia se comete por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, reduciéndose la pena imponible hasta en la mitad.

La acusada no solo ha expresado un lenguaje impropio de un médico, sino

en contravía de cualquier lenguaje decente. Asimismo, se ha visto incurso en delito tipificado de injuria agravada. Desafortunadamente, requiere este delito de querrela de parte y se deja al arbitrio de quienes interés para actuar en caso de llevarlo ante las autoridades respectivas.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **1- NULIDADES EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO**

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

Hay errores que se pueden subsanar sin ser violatorios del debido proceso, por ejemplo error al nombrar al sindicado y decir que es Pedro José y no Pedro Luis pero estando plenamente identificado o individualizado, lo primero con su número documento público o privado de identificación, lo segundo, con sus características familiares, estudiantiles, laborales etc, tales con el nombre de sus padres, lugar de nacimiento, y circunstancias precisas que lo individualicen respecto a las otras personas que hacen parte del conglomerado social etc.

La Nulidad es la última forma de repararlo corregir esos errores.

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

Son causales de nulidad:

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

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

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

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

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

En la solicitud de recurso de reposición y en subsidio el de apelación, la apoderada de la Doctora P.M.C.P., solicita que, en caso de no ser oída su petición, se declare la nulidad de lo actuado por no haberse considerado algunas pruebas testimoniales pedidas en el proceso.

A este respecto, el Tribunal Seccional del Atlántico responde muy acertadamente en el folio 87 que no se ha encontrado violación al derecho a la defensa ni mucho menos al debido proceso.

## **2- LAS PRUEBAS EN EL PROCESO**

Existen en el expediente numerosas pruebas testimoniales y documentales:

- La declaración de parte de la acusada, quien admite los hechos como ocurrieron, invocando, eso sí, algunas causas con las que pretendía atenuar su bochornoso comportamiento.
- Las declaraciones de los testigos de los hechos traídos a colación, que corroboran con exactitud lo ocurrido.
- El reconocimiento claro y pleno de la prueba documental obrante a folios 9 y 10, suscrito de puño y letra de la doctora P.M.C.P.
- La ausencia absoluta de controversia respecto de la autenticidad de dicho documento que, dicho sea de paso, no solo es ofensivo en su contenido, sino que no parece escrito por persona culta, debido a su contenido soez.
- Cabe anotar que, las numerosas faltas de ortografía en el insultante documento, hablan de la pésima formación cultural de quien ostenta un título de Doctor en Medicina. Y si bien esto no es determinante

en las consecuencias que le acarrea su verdadera conducta, flaco favor le hacen a quien se dice cultivada e impecable en su conducta personal.

Adicionalmente, los hechos son universalidad. Hay circunstancias en la vida cotidiana y de las personas, que no tienen por qué probarse. Es la excepción general a la máxima de que todo lo que se afirma en un proceso debe probarse.

En cualquier proceso de naturaleza privada confiesan el demandante y el demandado, sea en la demanda misma o en interrogatorio de parte. Se presume en la demanda que el demandante plasma hechos ciertos y por lo tanto los está confesando. En el caso de la admisión de ambas partes, no solo confiesa el demandante sino que el demandado lo admite allanándose, no contestando o admitiéndolos abiertamente en la contestación.

Y esto sucedió en el caso del documento en mención, que para el caso constituye la prueba esencial en contra de la acusada

Respecto de los testimonios no recepcionados por el Tribunal, su relevancia respecto de las pruebas ya existentes no era importante. En el testimonio recibido al Doctor A.R., colega y amigo personal de la víctima, la defensa se basaba en alegar el “comportamiento intachable” de la Doctora P.M.C.P., y la “gran capacidad de amistad y rectitud” que regían sus actos, hechos que se tornaban irrelevantes respecto de las pruebas contundentes en contra de su reprochable conducta, que en el presente caso no admite atenuantes.

A este respecto la Corte ha dicho:

1. En los términos del artículo 374 del C. de P.C., los cargos en casación deben contener la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa, lo que conduce a determinar el tipo de error y las bases del mismo que se le achacan a la sentencia acusada; además, exige dicho precepto que cuando se alega la violación de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para ver de establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido de que no basta con relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada; y, en fin, que si el quebranto de la ley se ha dado a consecuencia de error

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Fecha: Mayo 14 de 2001. No. de Rad.: 6752-01

de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción, lo cual se explica dada la naturaleza del mismo.<sup>1</sup>

Y en lo que se refiere a atenuar la sentencia, la misma Corte expresó en 1995:

“...los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no sólo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa”..<sup>2</sup>

### 3- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

Como ya se mencionó atrás, la apoderada de la Doctora C., procede a interponer RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN por ante el Tribunal de Primera Instancia, manifestando que:

- Se desatendieron preceptos respecto del procedimiento probatorio, al desatender el testimonio del Dr. A.R., escuchando en cambio los demás testimonios que son parcializados, en razón de haber sido tomados de víctimas del asunto, lo cual les quita la independencia que debe acompañarlos.

A este respecto debe decirse que los mencionados testimonios, tachados por la apoderada como “amañados”, no hacen sino corroborar los mismos hechos que la acusada confirma en declaración de parte de manera muy clara. Adicionalmente, recordamos a la abogada que, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal:

Artículo 277. Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

- Dice asimismo que las pruebas allegadas al proceso son amañadas y que no existe prueba contundente sobre la conducta de su defendida.

---

<sup>2</sup> (CSJ, Cas. Penal. Sent. Jun. 28/95, Rad. 8960. M.P. Edgar Saavedra Rojas).

También olvida la abogada en cuestión que existe una prueba documental que nunca fue tachada de falsedad y que obra a folios 9 y 10 del proceso, que fue escrita de puño y letra de la acusada. Esta fue aportada en la diligencia de ratificación de denuncia por parte de la doctora C.P.L., como consta en el folio 8 del cuaderno principal.

De acuerdo con el procedimiento Penal, al que tanto menciona la apoderada, ella debe tener en cuenta que:

Artículo 262. Reconocimiento tácito. Se presumen auténticos los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que expresan, antes de la finalización de la audiencia pública.

- Adicionalmente afirma que su prohijada ha sido acosada por sus otras dos socias en la clínica y que la conducta de los subalternos es criticable debido a la permanente falta de respeto a que ha sido sometida la doctora C.,.

Le recordamos a la apoderada que quienes están en juicio no son los subalternos, sino la Doctora P.M.C.P. Y que, si existe crítica respecto de la conducta legal de las mismas, debe acudir a la jurisdicción respectiva.

- Cuestiona además el concepto de moral universal que quiere aplicarse a la sentencia, solicitando sea considerada la conducta de su defendida como atípica. Y que se presentaron algunos insultos y exaltación, pero jamás hechos inmorales en la actuación de la acusada.

Curiosa forma de interpretar la moral tiene la libelista, cuando no tiene en cuenta que los principios de la moral universal se ajustan, como ha sido mencionado en un acápite previo, a tres cosas:

- El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.
- La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón
- Las circunstancias de la acción.

Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con

base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios y no es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

- Adicionalmente, afirma que si la conducta de los médicos debe ser concordante con la conducta exigida a los demás miembros de la sociedad y que si el incidente ocurrido no tiene trascendencia para el conglomerado social, no debería tenerlo para estos profesionales, por cuanto “la norma establece una cierta relatividad”.

Esto también es sumamente curioso, porque no recuerda la apelante que la misma ley ha tipificado estas actuaciones bajo conductas punibles de injuria y calumnia, con todas sus variantes.

Debe enfatizarse en un hecho adicional: Los principios morales no son acomodaticios. No son elásticos en cuanto a principios. Y no son relativos en cuanto a fundamentos de la conducta humana. Esto lo ha estudiado la ética (filosofía de la moral) a fondo, cuando enuncia que ellos son: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que desees que hagan contigo. A estos se les suma el Principio de Justicia.

¿A cuál de todos se atuvo la conducta de la acusada?

- Sostiene que el incidente presentado no es violatorio de los principios tradicionales de la medicina ni del juramento prestado. Partamos de la base de referirse al Juramento Médico expresado en la Ley 23 de 1981:

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 ver-

dad 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, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

En gracia de discusión, tengamos en cuenta dos acápites del mencionado Juramento (Obviamente, sin tener en cuenta las transgresiones a la Ley 23 de 1981 en los artículos mencionados en el pliego de cargos:

- Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;
- Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

¿Puede decirse que con su actitud la acusada honra el servicio de la humanidad?

O que ¿mantiene incólumes el honor y las nobles tradiciones de la Profesión Médica?.

Lo tradicional es la buena costumbre. La decencia en el trato. La consideración con los demás. La búsqueda del bien. El respeto a la persona ajena.

Y la actuación de la acusada no puede compararse ni por un segundo con la imagen que se tiene de lo que debe ser un médico bueno, que es además una persona digna de respeto y de gran dignidad

- Se niega a creer que se haya violado el artículo 9 de la Ley 23 de

1981, respecto de mantener con decoro el consultorio y la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional.

Claro es que el Centro Médico en donde la doctora labora, que además es de su propiedad, hacen que sus actuaciones sean evaluadas aún de manera más crítica. Primero por ser su verdadero sitio de trabajo. Segundo por haber recibido de la sociedad la autorización de prestar el servicio de salud de manera más compleja. Tercero por haber tenido la oportunidad de tener como parte de sus bienes una entidad de salud.

Con su actitud personal, al actuar en áreas comunes de la misma, ejerce un acto de médico. Y la investidura que le confiere esta dignidad hace que al mancillarla su responsabilidad tenga agravantes y no atenuantes. Y por esto, como se considera más adelante, se llamará la atención al tribunal Seccional de Ética Médica, pues la sanción debió ser mucho más estricta.

- Y menciona lo ocurrido como un reclamo dentro de la “reacción normal del hombre a una provocación injusta”. Y que el incidente no vulnera el decoro ni la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional porque se trató de “un simple llamado de atención.

Bonita manera de llamar la atención, frente a personal subalterno y a pacientes que acuden a la institución buscando respaldo en la imagen de un médico que la denigra con su actuar.

- Respecto a la afirmación de la Doctora R.Y.V., de estar “utilizándose esta alta corporación para llevar a cabo los planes sucios y macabros que se han propuesto las socias de mi apadrinada”, debe recordarse a la jurista que ni el Tribunal Seccional de Ética Médica, ni el Tribunal Nacional de Ética Médica reciben presiones de ninguna índole. Que su actuar ha sido siempre transparente y que sus providencias pueden ser revisadas por cualquier funcionario del Estado autorizado para ello.

Adicionalmente, no solo tenemos el criterio suficiente para no dejarnos manipular de nadie, sino que contamos con la asesoría permanente de ilustres profesores de Derecho.

Por último, varios de nosotros ostentamos el doble título de médicos y abogados.

El objetivo fundamental del proceso penal es llegar al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos y es por estas razones de Estado, que en el artículo 250 de la C. N. se determina como deber de la Fiscalía General de la Nación el investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado,<sup>3</sup> es por las mismas razones que la Carta Política establece que en el proceso de administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial,<sup>4</sup> principios constitucionales que son reiterados por la norma procesal al determinarse que el objetivo del proceso penal es la primacía del derecho sustancial y la búsqueda de su efectividad<sup>5</sup> e igualmente se reitera la investigación integral como uno de los objetivos del proceso penal.-<sup>6</sup>

En las condiciones normativas precedentes no es obligación de los jueces practicar todas las pruebas que le sean solicitadas, porque si ello fuera así podría convertirse en un verdadero rey de burlas y en la ocasión propicia para que abogados deshonestos desviarán y entorpecieran la labor de la justicia, solicitando la práctica de pruebas irreales o imposibles de practicar. Cuando el juez estima que determinados hechos o circunstancias se encuentran debidamente probados, está relevado para ordenar la práctica de pruebas que reiteren probatoriamente los mismos puntos. Es por ello que para proteger la integri-

---

<sup>3</sup> Art. 250.....

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

<sup>4</sup> **ARTICULO 228.** La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

<sup>5</sup> ART. 16.—**Finalidad del procedimiento.** En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad.

<sup>6</sup> ART. 20.—**Investigación integral.** El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado y de los demás intervinientes en el proceso

<sup>7</sup> ART. 235.—**Rechazo de las pruebas.** Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

dad del proceso el juez puede rechazar las pruebas ineficientes, superfluas o las manifiestamente inconducentes o impertinentes.<sup>-7</sup>

Por lo anterior, ninguno de los argumentos de la apelante prospera y sus peticiones no tienen recibo en la alzada.

#### 4- LA LIGEREZA EN LA SANCIÓN

Con frecuencia, las decisiones de los tribunales son más severas que las de la misma Justicia Penal. Incluso cuando la última absuelve a determinados profesionales por no haberse podido comprobar la comisión de un delito, los tribunales de ética médica condenan al confirmar que sí se transgredió la norma moral tipificada en la respectiva Ley.

Y la razón es muy clara. Para quienes aducen que se estaría juzgando a un profesional dos veces por la misma falta, debe mostrarse que se trata de dos jurisdicciones diferentes, lo cual no va en contravía con el principio del Non bis in idem.

Es el atributo o facultad que le da la ley a una sentencia, para que esta no se pueda variar o modificar, buscando darle garantía a los procesados para que no puedan ser juzgados ni condenados por el mismo hecho punible. Se aplica el "Non Bis In Idem": No se puede volver dos veces sobre lo mismo.

Otro punto adicional corresponde a la denominada Reformatio in Pejus, mediante la cual el superior jerárquico o el tribunal de segunda instancia no puede agravar la situación del procesado cuando existe una sentencia o sanción proveniente de la primera.

Y dentro del quantum punitivo se dispone de varios niveles de sanción, dependiendo de la falta cometida. En el caso de la doctora P.M.C.P., considera esta Sala que se impuso una sanción muy suave, considerando la gravedad de sus faltas, las cuales fueron continuadas y repetitivas.

Por lo anterior se sirve llamar la atención del Tribunal seccional del Atlántico, a cuyos magistrados conoce como personas de gran integridad y consideración humana, pero que en el presente caso se vieron cortos para imponer sanción acorde con las faltas de la acusada, quien ofende con su actitud y conducta la imagen de lo que debe ser un buen médico.

Es una vergüenza que personas de tan alto ministerio como es el ejercicio de la medicina se comporten de manera tan ordinaria y vulgar como lo ha

hecho la doctora P.M.C.P. Personas como ella son el ejemplo de cómo no debe comportarse un médico digno y ofenden la profesión de manera grave. Pero como debemos atenernos a la Ley, no se puede empeorar la situación del procesado en cuanto a la sanción impuesta. Y en este caso concreto queda un pésimo sabor de injusticia, pues la censura verbal y pública es muy escasa pena a semejante comportamiento.

Por las consideraciones anteriores el Tribunal Nacional de Ética médica, en uso de sus atribuciones legales.

### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar, como en efecto confirma, la sanción consistente en CENSURA VERBAL Y PUBLICA a la doctora P.M.C.P., por violaciones a Ley 23 de 1981 en sus artículos 1 parágrafo 9, 2 y 45.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico se investigue la causa de no recepción de denuncia de la ciudadana G.L.L., ante cuya solicitud le fue respondido que “tenía que ser en el gremio de los médicos” (sic). **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado- Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Asesora Jurídica.-Secretaría.

**Bogotá, julio dos (02) del año dos mil trece (2013)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1183 DEL DOS (02)  
DE JULIO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)**

**REF: Proceso No. 643 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico**

**Contra: Doctor F.O.L.M.**

**Denunciante: Señora O.L.M.T.**

**Asunto: Recurso de APELACION ante providencia sancionatoria**

**Providencia No. 43-2013**

**Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora**

**VISTOS**

La sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico decidió, el 27 de febrero de 2013, no aceptar los descargos expresados por el doctor F.O.L.M., médico general, identificado con c.c No....expedida en.... y Registro Médico No... En consecuencia, lo condenó a sanción de SUSPENSIÓN DE TREINTA DIAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL, POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 (NUMERAL 1, 9 Y 10), 2 (inciso 7), 29 y 34 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de términos, la defensa del sancionado, abogado ALBERTO ORTIZ ANGEL recurrió en apelación la providencia, por lo cual el expediente fue enviado a este Tribunal Nacional el 12 de abril de 2013. Puesto para reparto el 15 de abril del mismo año, correspondió por sorteo al Magistrado

FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver la alzada con base en los siguientes:

### HECHOS

El día 2 de septiembre de 2011, llegó al Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, oficio firmado por la señora O.L.M.T., apoderada general de la Fundación Centro Médico del Norte y directora ejecutiva del Hospital Universitario del Norte.

De acuerdo con la denunciante, el 30 de junio de 2011, el médico F.O.L.M., médico general, identificado con c.c No..... expedida en...., anotó en la Historia Clínica lo siguiente: “Paciente de 21 años en su primer día de internación con los siguientes diagnósticos: cefalea. El cara de verga del A., cerró la hijueputa clave por eso no terminé el examen”

En la diligencia de descargos rendida por el médico encartado ante el tribunal seccional, expresó que lo que había escrito era un “desahogo personal y privado para uso confidencial en un documento Word distinto a la historia clínica”, el cual fue accidentalmente trasladado a la historia clínica.

El Tribunal Seccional no aceptó los descargos del acusado, quien alegó caso fortuito, error invencible y causalidad para defender su argumento de inclusión accidental de la nota mencionada en la historia clínica y consideró que los cargos no fueron desvirtuados, por lo cual lo condenó a la pena de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de treinta días, POR VIOLACION DE LOS ARTICULOS 1 (NUMERAL 1, 9 Y 10), 2 (inciso 7), 29 y 34 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de términos, el apoderado del médico condenado elevó RECURSO DE APELACION por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Basó su inconformidad en los siguientes puntos:

- El fallador de primera instancia desestimó el acervo probatorio que demuestra que las explicaciones del investigado son relevantes para explicar la anotación en la historia clínica, considerando que lo claro y preciso es esa anotación y no las justificaciones del encartado
- Se está aplicando la responsabilidad objetiva al proceso
- Se aplicó una falsa valoración probatoria al no aceptar la tesis del procesado

- Se ha violado el principio de presunción de inocencia del disciplinado. La nota llegó a la historia clínica por una desafortunada combinación de teclas del sistema y esto no fue aceptado por el tribunal seccional.
- Se invirtió la carga de la prueba
- Con la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina se está transgrediendo el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad
- Se ha manchado el derecho al buen nombre y a la honra del médico disciplinado

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA**

### **1- SOBRE EL ALEGATO DE LA ACCIDENTALIDAD DEL REGISTRO EN LA HISTORIA CLÍNICA POR PARTE DEL MÉDICO L.M.**

Resulta muy difícil de aceptar, pese a los extensos alegatos del médico investigado y de su abogado defensor, que una nota vulgar, como la que aparece en la historia clínica, haya llegado a la misma por accidente, aduciendo caso fortuito, especialmente cuando la susodicha historia ya había sido cerrada por el médico A.

Y dentro del mismo computador, quedó registrado en el sistema de historia clínica electrónica, esta “nota de desahogo”, lo cual la convierte en un registro objetivo, público e incontrovertible, el cual quedó incorporado a la historia del paciente.

### **2- APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA AL PROCESO**

Con la tesis que esgrime la defensa, **TODAS LAS PRUEBAS** de los procesos disciplinarios se consideran bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, lo cual no es cierto de ninguna manera.

Una nota incorporada a un registro de historia de pacientes, creada por un médico que ingresa con su propia clave al sistema y la cual ha sido admitida como propiedad intelectual del investigado, es una prueba contundente en su contra. Y no basta hablar de intencionalidad, alegando de manera

más bien ridícula que se trataba de una nota personal de “desahogo”, que apareció inocentemente en dicha historia clínica.

### **3- LA TESIS DEL PROCESADO**

Si tanto necesitaba el “desahogo” el médico investigado, el sitio menos indicado para expresarlo era el sistema electrónico de registro de historias clínicas.

Y tampoco resulta aceptable que lo hizo acudiendo a un documento privado de Word, el cual por accidente quedó incorporado en la historia.

### **4- LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Tampoco se demuestra en los alegatos de la apelación de la defensa. Ante una prueba contundente y objetiva, con lo cual el tribunal (actuando en representación del Estado y la comunidad en lo que los romanos denominaban como “amicus curiae”), esta no fue desvirtuada por el investigado, quien alegó caso fortuito de una manera probatoria insostenible.

Se le dieron todas las oportunidades para desvirtuar la acusación y sus explicaciones no fueron de recibo ante el tribunal de primera instancia, ni tampoco lo son ante esta superioridad.

### **5- SE INVIRTIO LA CARGA DE LA PRUEBA**

Nunca se hizo esto. El hecho incontrovertible es que ante la prueba objetiva de la pésima conducta ética del acusado jamás fue desvirtuada la acusación.

El Estado, en cabeza de los magistrados seccionales, cumplió con el aporte probatorio descrito y el argumento contradictorio de la misma no fue ni es de recibo por parte de los tribunales.

### **6- LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD CON LA SANCIÓN**

Si se aceptara este argumento, entonces todas las condenas justificadas luego de los procesos violaría este principio. Parte de la sanción de sus-

pensión es, precisamente, desligar al profesional del ejercicio médico por haber trasgredido la norma ética. En este caso de manera indigna.

### **7- LA MANCHA AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA**

Las condenas del sistema punitivo colombiano se llevan a cabo luego de haber derrotado en juicio al acusado. Y la mancha al buen nombre no la lleva a cabo el ente juzgador, sino la conducta misma del encartado demostrada como transgresora.

Es él, quien con su acción, ha manchado su propio nombre.

### **8- LA VULGARIDAD DE LAS EXPRESIONES DEL INVESTIGADO**

El lenguaje soez que utiliza el condenado se asimila a indecencia, grosería y ofensa a las buenas costumbres. Y aunque esto es determinado por la cultura de cada comunidad, no cabe la menor duda de la naturaleza ordinaria y vulgar de las mismas en el presente caso.

### **9- INJURIA Y MALAS EXPRESIONES DEL LENGUAJE**

En Providencia 28 de 2003 de este Tribunal, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se expresó:

“...El discípulo de Ortega y Gasset, Don Julián Marías, clasifica el mal uso de la palabra en varios tipos:

- 1-Usar mal el lenguaje. Emplearla con impropiedad
- 2-Uso de palabrotas. Es una degradación social de la convivencia. Una falta de imaginación de los escritores.
- 3-Maledicencia. Hablar mal de. La palabra ha ido perdiendo su sentido literario y se ha desplazado hacia la broma maligna. Hablar mal de las personas, de sus acciones, de las instituciones.

A su vez, establece las consecuencias de la maledicencia, resumidas así:

- A- Monotonía
- B- Pérdida del valor de la crítica justificada
- C- Compulsión a hablar mal en forma repetida
- D- Impunidad por ocultarse entre varias personas
- E- Estado de error

F- Pesimismo difuso

G- Desaliento general

Pero una cosa es la CRITICA (Arte de juzgar de la verdad, bondad y belleza de las cosas), otra el RUMOR (Voz que corre entre el público), el CHISME (Noticia verdadera o falsa, o comentario con que generalmente se pretende indisponer a unas personas con otras o se murmura de alguna), la INJURIA (Hacer imputaciones deshonorosas de persona o personas determinadas) y otra la CALUMNIA (Acusación falsa hecha maliciosamente para causar daño, imputando conductas calificadas como delictuosas o típicas en la Ley)

Comete INJURIA (ART. 220 CP) la persona que le haga a otra persona imputaciones deshonorosas. Se debe mirar la connotación semántica del vocablo utilizado para medir la injuria...”

## 10- EL HONOR

En la Gazeta Jurisprudencial de este Tribunal Nacional, se efectúa un análisis sobre el concepto de honor. (F Guzman y cols)

“...De manera periódica utilizamos, escuchamos y leemos la palabra “Honor”, como parte de las conversaciones diarias, de las discusiones respecto de nuestros semejantes, de los artículos relacionados con ética, moral, virtud, honestidad, transparencia y actividad laboral, médica y, particularmente, militar.

Y la usamos de manera repetitiva, automática, casi refleja al juzgar las acciones de quienes nos rodean y tienen que ver con la distribución de recursos a todo nivel y, de manera muy especial, en relación con el acto médico. Pero: ¿qué es el honor? ¿Qué encierra esta expresión? ¿Cuáles son sus contenidos reales y cuando debe aplicarse? ¿Cómo puede definirse el honor? El Diccionario de la Real Academia define la palabra honor en dos sentidos:

a- Como cualidad moral que impulsa al cumplimiento de los deberes consigo mismo y con las demás personas.

b- Como buena reputación obtenida a través de la virtud, sea por acciones periódicas que cultivan dicho valor o por actos de heroísmo y desprendimiento que hacen que puedan ser enseñados como un ideal de comportamiento ante la comunidad.

El honor no se liga a una ideología política determinada, ni a ninguna or-

ganización religiosa específica.

La persona honorable u honrada es fiel a su palabra, prudente en sus conceptos públicos, defensora a ultranza de la verdad y la corrección en las conductas personales, fiel a sus principios y profundamente respetuosa de las leyes y de sus propios congéneres.

Deben desligarse los conceptos de honra (prestigio, reputación, fama), honradez (fiabilidad en la palabra), que equivale al concepto de derecho marítimo de buenas costumbres.

Cuatro elementos rigen la conducta humana en sociedad, para que las personas se comporten de manera medianamente correcta en el conglomerado comunitario en que transcurren sus vidas: Las normas jurídicas, los dictados morales, la práctica de las buenas costumbres y el acatamiento de las reglas de trato social.

Pero ¿cuál de ellas es la más importante directriz de conducta para los miembros de la sociedad? ¿Cuál es la que tiene verdadera repercusión en los actos humanos?

...

Comportarse de manera honorable es hacerlo de acuerdo con los principios éticos y morales aceptados de manera universal y comunitaria, sin importar la situación, las circunstancias que rodeen el acto humano ni las presiones que se ejerzan sobre quien actúa de acuerdo con su propia conciencia y siempre dentro del marco de la ley que rige la conducta.

Aunque por definición aceptada las personas poseen dignidad por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, solamente las personas honradas tienen honor.

## AXIOLOGIA Y ESTUDIO DE LOS VALORES HUMANOS

El honor gira alrededor de lo que se denomina virtud.

Axiología es un término proveniente del griego axios (valioso) y logos (tratado). Es decir, es el estudio de los valores que giran alrededor del acto humano. Su importancia radica en constituir el fundamento de la ética.

Este término ha sido utilizado desde comienzos del siglo XX por P Lapie. E von Hartmann y M Scheler.

La axiología, como estudio de los valores, es creación del intelecto humano, como lo es también la sociedad, la ética, la estética, la filosofía, el concepto de bien y de mal, la Ley, los derechos fundamentales, etc. Y al estar convencidos de ser creación de la mente humana nos convertimos en seguidores del filósofo sofista Protágoras, quien expresaba que el ser humano es la medida de todas las cosas.

Los valores se van construyendo en la medida en que se repiten actos de manera periódica, es decir, a través de la formación de hábitos o costumbres que van definiendo el carácter y la personalidad de los seres humanos, con base en lo que la sociedad misma le inculca a través de la familia y sus instituciones (educación, autoridad, filosofía social, etc) como bueno o malo. Es decir, como digno de ser imitado o no por la persona que es sujeto del conocimiento que se inculca.

En esto radica lo que conoce como sentido moral, el cual es la base de la conducta humana en la sociedad que le ha enseñado por múltiples vías lo que se considera recomendable o deleznable.

Y esto tiene tal importancia, que el sentido moral gobierna y regula desde el cerebro y hasta donde es posible, el impulso de los instintos primarios del ser humano, el cual NO es bueno por naturaleza en razón de sus genes de predador de los cuales no puede apartarse, así se encuentre en avanzado estado de socialización y cultura.

Por eso las pasiones y los instintos no pueden ser el fundamento de la conducta moral de las personas, pues por encima de la satisfacción del placer se encuentra la previsión de los efectos que dichos placeres pueden producir en el organismo humano y en el tejido social que rodea a la persona. Algunos de los fundamentos de esta conducta moral son la prudencia, la benevolencia, la compasión y la justicia en todos sus aspectos.

Y si el acto humano se acompaña de inteligencia, voluntad y libertad, la persona educada en valores morales debe poseer las virtudes que la sociedad exige como buenas y recomendables de practicar de manera periódica. En este aspecto compartimos el concepto de F Nietzsche, quien considera que los valores son elementos subjetivos dependientes de la razón y volun-

tad humanas y, por lo tanto, sometidos a las variaciones de lo que se considera bueno dentro de la sociedad en un momento histórico determinado. Para nosotros no suena lógico el concepto de existencia objetiva de los valores planteado por Scheler y Hartmann, para quienes el valor es un ente objetivo de naturaleza ideal, que existe en si mismo en forma independiente al objeto o acto que se quiera evaluar y que posee esencia y existencia propia.

Por eso en nuestro criterio es absurdo considerar el valor bello, bueno o grandioso como algo que contiene existencia propia, independientemente de la cosa o del acto que se juzga.

No existen la belleza, la bondad o la grandeza como elementos objetivos absolutos. Por el contrario, existen cosas bellas, mujeres bellas, actos buenos, personas grandiosas, etc.

En nuestro país existen varios ejemplos del cambio en la valoración de algunas situaciones jurídicas y sociales a nivel histórico. Por ejemplo, a comienzos del siglo XX las mujeres eran consideradas incapaces relativas desde el punto de vista jurídico, en razón de su naturaleza de género. Y esto llevó a la estúpida posición de obligarlas a dejar sus bienes propios en manos de sus cónyuges masculinos, quienes sí eran considerados capaces. Igual sucedió con el voto femenino, que solamente fue entregado a las mujeres de casi todo el mundo en el siglo XX. Es decir, docenas de siglos de historia se encontraron desprovistas de este derecho fundamental debido al planteamiento vulgarmente machista de ser consideradas no aptas para decidir en torno a situaciones tan básicas como elegir a quienes debían gobernar la sociedad. Habrase visto semejante idiotez????.

De la misma forma, existen también atribuciones consideradas como indignas de ser imitadas o dignas de nuestro rechazo. Aquí aplicaría lo que se conoce como antivalor o valor negativo dentro de lo que se considera bueno o malo en la sociedad o por el sujeto que valora el acto o la cosa concreta. Ejemplo: la fealdad de una malformación congénita facial que debe ser corregida por medios quirúrgicos; la maldad del acto humano de la violación de menores; la grandeza de los héroes que sacrifican su vida en aras del bienestar de sus semejantes, etc.

Por eso no es aceptable la inmutabilidad de la belleza, de la bondad, de la

justicia o del amor. Son simples atribuciones a hechos o cosas concretas efectuadas por la persona o la comunidad y cuyo nivel de valor puede variar con el cambio en los conceptos sociales, en la moda, en las preferencias y en los contenidos filosóficos que rigen una sociedad.

Kant definió brillantemente lo que denominó como imperativos categóricos, siendo el más relevante el considerar a la persona como un fin y no como un medio. Asimismo, planteó la norma directiva de la conducta humana el hacer de cada acto personal algo que en su análisis pueda llegar a convertirse en norma universal de comportamiento.

Entonces, desde nuestro punto de vista, el valor positivo o negativo es un concepto subjetivo que se aplica a las cosas, las personas y los actos humanos, dependiendo de los criterios filosóficos y éticos que tenga la persona que juzga dichos elementos o la sociedad que los valore.

### ¿QUIÉN ES UNA PERSONA HONRADA?

Es aquella que se comporta de acuerdo con lo que la sociedad plantea como digno de hacer, de imitar y de adquirir como hábito de conducta periódica. Es la que actúa por convicción, basada en lo que se considera justo, digno, loable y encomiable. No aquella que varía su actuar de acuerdo a la conveniencia de cada momento

La persona honorable es la que ubica su actuar dentro de las virtudes sociales aceptadas universalmente, dentro de criterios de prudencia, autodominio, amor por la humanidad, la familia y la sociedad que lo ha formado. Es cumplir con la palabra empeñada. Abstenerse de actuar en forma delictiva, injusta o inequitativa, dentro de sus posibilidades de acción.

El ser humano honrado no lo es por su nivel de educación o por su ubicación social y económica. De hecho, la mayor parte de las personas de escasos recursos de nuestro país son personas honorables, que actúan de manera correcta en medio de la restricción de sus limitaciones económicas.

Y un gran número de personas indignas han tenido acceso a niveles educativos de alto rango.

La honra y la reputación son derechos humanos de tipo fundamental, pro-

tegidos por la Constitución Nacional de 1991 y por numerosos pactos y convenciones internacionales. Pero también son grados de prestigio que son alcanzados por medio de conductas habituales que se inculcan como dignos de ser imitados por toda la comunidad.

Y si analizamos el derecho al honor como el deber de ser respetado y respetar a los demás miembros de la raza humana, el honor como bien jurídico posee dos elementos esenciales. Uno interno o subjetivo que esta constituido por lo que puede llamarse el patrimonio moral individual, del cual el individuo se siente orgulloso poseedor y lo defiende por cualquier medio. El otro aspecto, externo y de naturaleza objetiva, esta integrado por la fama o reputación de la cual se goce en la sociedad por efectos de una conducta recta y digna de muchos años. Es la reputación social, construida con el paso de los años y que conforma un verdadero bien que precede al conocimiento personal del individuo y que, al ser lesionado, produce un perjuicio a nivel social...”

11. EL bien jurídico tutelado constitucionalmente en el artículo 21 de la Carta Política es la honra. Y al transcribir en la historia clínica lo que indudablemente es una injuria contra el colega (así exprese la defensa que entre los dos no existe una situación de conflicto) se encuentra una ofensa consagrada no solamente en forma privada sino pública.

12. El respeto al colega no se compadece con dicha transcripción de vulgaridades en la historia clínica. Su aparición, así se alegue accidentalidad, se encuentra claramente involucrada en dicha historia y es elemento probatorio absolutamente claro.

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

### RESUELVA

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar como en efecto confirma la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un (01) mes al doctor F.O.L.M., médico general, identificado con c.c No.....expedida en.... y Registro Médico No..... expedida por..... **ARTÍCULO SEGUNDO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **AARTÍCULO TERCERO:** Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**Bogotá, cuatro (4) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019).**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1472 DEL CUATRO (4)  
DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE (2019)**

**REF: Proceso No. 1074, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas.  
Contra: Doctor J.I.A.H.  
Denunciante: Doctor N.C.L.  
Asunto: Recurso de Apelación**

**Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández  
Providencia No. 76-2019**

**VISTOS**

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en Sala Plena del 9 de junio de 2019, resuelve no aceptar los descargos presentados por el doctor J.I.A.H. y resuelve imponer sanción consistente en **Amonestación privada**. El 12 de agosto de 2019, el apoderado del implicado interpone recurso de apelación contra dicha providencia que el tribunal Ac quo concede mediante auto del 13 del mismo mes y envía las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de su competencia.

El expediente, un (1) cuaderno que contiene 200 folios, fue recibido en este Tribunal Nacional el 15 de agosto de 2019; puesto el asunto para reparto en Sala Plena el 31 del mismo mes, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

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

### **HECHOS**

El día 24 de octubre de 2014, se recibe en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas queja suscrita por el doctor N.C.L., contra el médico J.I.A.H., por presunta falta ética profesional y no cumplimiento de sus labores contractuales en la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, en la ciudad de Manizales.

Manifiesta el quejoso que el día 22 de octubre de 2014, en las horas del mediodía, el doctor J.I.A.H., no se había presentado a laborar en la Unidad de Estudios Ecográficos Doppler Vascular, teniendo pacientes programados desde las 11:30 a.m. Después de varias llamadas llega al servicio a las 12:46 pm por lo que el Dr. C.L., Coordinador del Servicio de Cardiología no Invasiva, procedió a preguntarle el motivo de su tardanza. El doctor A., le respondió “en forma soez y tono de voz inapropiado e insultando, que en primera instancia no había llegado antes porque no sabía que tenía agenda programada y con posterioridad manifestó que se le había presentado un problema personal y por último que el estaba muy viejo para recibir reclamos y que no tenía por qué obedecer a ningún tipo de coordinador que era su problema si llegaba o no a realizar los procedimientos”.

El tribunal seccional aceptó la queja y en Sala Plena del 31 de octubre de 2014 ordena apertura de instrucción y designa al doctor Tulio Marulanda Mejía, como magistrado instructor. Durante el proceso se tomaron pruebas documentales y testimoniales incluyendo ratificación de la queja y diligencia de versión libre por parte del médico implicado. El 14 de agosto de 2018, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas resuelve que existe mérito para formular cargos contra el doctor J.I.A.H. El abogado defensor, JOSÉ FERNANDO ORTEGA CORTÉS, presenta recusación contra la magistrada Luz Emilia Restrepo Marín por considerar que se encontraba impedida para actuar en el proceso por tener “amistad íntima” con el médico que presentó la denuncia.

La Sala Plena del tribunal seccional rechaza la recusación y el 21 de mayo de 2019, el galeno acusado en compañía de su abogado rinde diligencia de descargos. El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas,

en Sala Plena del 9 de junio de 2019, resuelve no aceptar los descargos presentados por el doctor J.I.A.H. y resuelve imponer sanción consistente en **Amonestación privada**, por violación de los artículos 1º, numeral 9, 29, 42 y 45 de la Ley 23 de 1981. El 12 de agosto de 2019, el apoderado del implicado interpone recurso de apelación contra dicha providencia que el tribunal A quo concede mediante auto del 13 del mismo mes y envía las diligencias al Tribunal Nacional.

### RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El abogado defensor del acusado, J.F.O.C., solicita que se absuelva al doctor J.I.A.H. y se revoque el fallo proferido en su contra por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas. Argumenta que se le endilgan faltas a su prohijado que no están contempladas en la ley sino en la declaración de principios (artículo 1, numeral 9). Por otra parte, con relación a la violación de los artículos 29 y 45 de la misma norma, “no establecen un mandato prohibitivo sino imperativo, que resulta de una conducta bilateral, recíproca, sinalagmática, sin que la misma tenga carácter prohibitivo”. Para finalizar, el artículo 42 que se refiere al cumplimiento del horario, “tiene como verbo rector el *incumplimiento cabal*, aspecto que no fue valorado ni motivado dentro del fallo confutado”. Considera que “la reacción del doctor J.I.A.H., fue justificada, frente a un “reclamo” que hizo el quejoso, respecto a un comportamiento que no incumplía a cabalidad con los deberes como médico, pues llegar retardado no puede considerarse como si no llegase, aun cuando los pacientes se atienden en el mismo orden estipulado y de manera completa.”

Con relación a la vulneración de los artículos 29 y 45 de la Ley 23 de 1981, este tribunal nacional ha enfatizado en que la relación del médico con sus colegas constituye una parte fundamental del profesionalismo médico, y los atentados contra la misma no revisten menos gravedad que aquellos en contra de la relación entre el médico y sus pacientes. Del médico se espera que ostente un intachable comportamiento hacia los otros seres humanos incluyendo sus colegas, y aunque con frecuencia se puedan presentar discrepancias, la resolución de las mismas debe limitarse al terreno científico.

Es inadmisibles la agresión verbal o física entre los médicos. La conduc-

ta profesional en lo referente a la relación con sus colegas, se encuentra regulada en nuestro país y en el mundo; desde los tratados Hipocráticos los códigos y normas internacionales sobre ética médica han considerado como pilares del profesionalismo las relaciones interpersonales del médico. La Asociación Médica Mundial contempla como deberes de los médicos “...comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él... cuando sea médicamente necesario, comunicarse con los colegas que atienden al mismo paciente. Esta comunicación debe respetar la confidencialidad del paciente y limitarse a la información necesaria.”<sup>1</sup> Y la Declaración de Ginebra exhorta a los médicos a mantener a toda costa, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica y “tratar a los colegas como hermanos y hermanas”<sup>2</sup>

Por otra parte, con relación a la vulneración de los principios establecidos en el artículo 1º de la Ley 23 de 1981, esta superioridad en anteriores providencias se ha referido al respecto. En providencia No. 60 del 23 de Octubre de 2018, que se cita a continuación, se hace una amplia explicación sobre el tema.

“Estamos acostumbrados a abreviar en el texto constitucional para evidenciar los derechos y libertades que el Constituyente quiso consagrar en pro de los ciudadanos, pero excepcionalmente acudimos en busca de ese mismo texto para verificar cuáles son los deberes que nos han sido impuestos y que debemos cumplir en relación con el Estado, con la Nación y con nuestros conciudadanos.

---

<sup>1</sup> [www.wma.net/es/30\\_publications/10\\_policies](http://www.wma.net/es/30_publications/10_policies). Consultado el 29 de julio de 2013.

<sup>2</sup> *Adopted by the 2nd General Assembly of the World Medical Association, Geneva, Switzerland, September 1948 and amended by the 22nd World Medical Assembly, Sydney, Australia, August 1968 and the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983 and the 46th WMA General Assembly, Stockholm, Sweden, September 1994 and editorially revised by the 170th WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005 and the 173rd WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2006*

<sup>3</sup> **ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado:** servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. ( Lo destacado no lo es en el texto ).

En el artículo 2º de la Carta Política se señala como uno de los fines esenciales del Estado el garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución,<sup>3</sup> y ello es entendible que sea ese uno de los objetivos políticos del Estado, porque éste, concebido como un instrumento de realización del hombre para que obtenga y concrete sus deseos, esperanzas y expectativas tanto a nivel individual como comunitario, es claro que una trascendental finalidad de este ente concebido por el hombre, sea el de consagrar los derechos y libertades que el hombre requiere para el libre desarrollo de su personalidad,<sup>4</sup> garantizar su libre ejercicio, velar porque dentro del mismo no se vayan a vulnerar los derechos y libertades de los otros miembros de la Nación, surgiendo de manera necesaria la consagración de los deberes, el imperativo cumplimiento de los mismos por parte del conglomerado e indispensable sanción para quien no cumpla con los constitucional y legalmente impuestos.

En la parte final de esa misma norma se determina que las autoridades están instituidas no solo para proteger a las personas en sus derechos, sino para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Lo anterior es claro porque en esa constante interrelación entre deberes y derechos, se hace indispensable el cumplimiento de los primeros para el libre y seguro ejercicio de los segundos.

Sería imposible la concepción de una sociedad utópica que solo concibiera la consagración de los derechos y la inexistencia o la no exigencia imperativa de los deberes. Los primeros existen por el estricto cumplimiento de los segundos y es apenas natural afirmar que el ejercicio de los derechos es solo posible por el cumplimiento estricto de los deberes.

Esta concepción estatal y social es universal, porque todos los Estados y todas las sociedades con diferencias no significativas funcionan a través del establecimiento de una estrecha interrelación entre el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos. Con base en tal universalidad en relación con esta estructuración del funcionamiento normativo y social, se establece en la Carta Política que los deberes y derechos consagrados en esta codificación, deberán ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales que sobre derechos humanos hayan sido ratificados por nuestra Patria.<sup>5</sup>

Posteriormente de manera clara se establece esa inescindible interrelación entre del goce de los

---

<sup>4</sup> **ARTICULO 16.** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

<sup>5</sup> **ARTICULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconozcan los derechos humanos y que prohíban 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. ( Lo destacado no lo es en el texto ).

derechos y el cumplimiento de los deberes al establecerse que: “*El ejercicio de los derechos y libertades en esta Constitución implica responsabilidades*”, debiendo precisar que éste último vocablo se identifica semánticamente con el significado de “deberes”.

Es por tal razón que en la misma norma se establece que todas las personas están obligadas a cumplir con la Constitución y las Leyes, agregándose además la consagración de múltiples deberes que deberán ser cumplidos por todas las personas y ciudadanos.

Entre los mismos se encuentra el debido respeto de los derechos ajenos y la prohibición de abusar de los propios, se impone la solidaridad social respecto de las personas que se encuentren en situación de peligro, la obligación de respetar y apoyar a las autoridades democráticas, legítimamente constituidas para mantener la independencia y la soberanía nacionales, el deber de defender y difundir los derechos humanos con fundamento en la convivencia pacífica de la Nación; la obligación de cumplir con los deberes políticos, sociales y comunitarios; luchar por la consecución y el mantenimiento de la paz; *el deber de todos los colombianos de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia*; la obligación de proteger los recursos culturales y naturales del país y el insoslayable deber de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.<sup>6</sup>

Entre los anteriores, no podemos menos que destacar el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, que surge del deber de solidaridad constitucionalmente consagrado, que lo impone no solo al Estado, sino a todos y cada uno de los ciudadanos, porque solo con la colaboración y ayuda mutua es factible la sostenibilidad pacífica de la comunidad.

Es indiscutible que en cualquier tipo de sociedad el correcto funcionamiento de la administración de justicia es esencial para conservar la paz y la convivencia entre los integrantes de la Nación. La inexistencia de la justicia o su mal funcionamiento convierten cualquier sociedad en anarquía y es uno de los elementos fundamentales para la estructuración del Estado de Derecho, tal como se encuentra diseñado en la Carta Política.

---

<sup>6</sup> **ARTICULO 95.** La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

Como principio constitucional la solidaridad aparece consagrado en el artículo 1° de la Constitución al establecer:

“**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).

Impuesto normativamente en la Constitución de una manera trascendente puesto que se afirma que Colombia como Estado Social de Derecho se encuentra *fundada* en el respeto a la dignidad humana, en la solidaridad y en la prevalencia del interés general; lo anterior significa que los habitantes de este territorio tienen como deberes fundamentales respetar a sus conciudadanos como seres humanos y de colaborar y ayudarlos cuando se encuentren en situación de peligro o de crisis, porque la solidaridad debe ser entendida como una expresión generosa de todas las personas en relación con todos y cada uno de los miembros de la Nación, debiendo proyectarse en el auxilio de todos cuando las circunstancias impongan la necesidad de ser auxiliados por circunstancias dramáticas de la vida individual o social.

La Corte Constitucional refiriéndose a este deber ha dicho:

“.....se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, *al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley.* (Lo destacado no lo es en el texto).

Dentro de la misma ilación ideológica

“Ha sostenido esta Corporación que la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios.<sup>7</sup>

Dentro de tales parámetros ideológicos y normativos es absolutamente claro que del principio de solidaridad surgen cascadas de deberes para los particulares, en relación con los miembros de la familia, con respecto a la comunidad y los bienes que son de todos, y finalmente para con el Estado en sus diversas manifestaciones.

Es por esta concepción de Estado y Nación impuesta en el primero de los artículos de la Carta, que a renglón seguido se dispone que son fines esenciales del Estado garantizar efectivamente los derechos y los deberes, estableciéndose que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado *y de los particulares:*

---

<sup>7</sup> Sentencia C-459/04. M. P. Jaime Araújo Rentería, 11 de mayo de 2004.

“ **ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.* (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese como la Carta Política siempre establece una estrecha relación entre el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes, y es claro que nadie podría exigir el ejercicio de los derechos, si no cumple previamente con los deberes que todos tenemos con nosotros mismos, con todos los miembros del conglomerado social, con el entorno medioambiental y con el Estado.

Es indudable que los deberes deben tener un determinado poder coactivo y su incumplimiento de manera regular conlleva la imposición de diversas sanciones, que garantizan el correcto comportamiento por lo menos de la mayoría de los que integran la Nación Colombiana y la consecución de una sociedad en paz y en sana convivencia.

El incumplimiento de los deberes normativamente impuestos conlleva la imposición de cargas negativas para quien incumple tales deberes con los suyos y con los otros, es decir, con quienes integran la comunidad social.

Dentro de los reproches establecidos legalmente por el incumplimiento de ciertos deberes, algunos lo han sido con características delictivas como sucede con el incumplimiento de los deberes alimenticios de los padres respecto de los hijos, o la omisión de ayuda respecto de la persona que se encuentra en una determinada situación de riesgo, y muchos otros que no es del caso mencionar.

Pero evidentemente la inmensa mayoría de los reproches sociales por el incumplimiento de los deberes de solidaridad se encuentran en el ámbito contravencional y disciplinario; en el primer ámbito, como consecuencia de la interrelación diaria, que minuto a minuto se produce entre el Estado por el cumplimiento de sus deberes específicos respecto de sus vasallos y de éstos para con aquel.

Es una realidad que el incumplimiento de los deberes de solidaridad y de los deberes normativamente impuestos en unas escasas circunstancias, al igual que el incumplimiento de los deberes, generan reproches de naturaleza delictiva; y por el contrario, en un número infinito de situaciones el incumplimiento de la solidaridad social y de los deberes impuestos individualmente a todas las personas generan incontables reproches sociales, muchos de los cuales desde la perspectiva legal se convierten en reproches disciplinarios y contravencionales.

Es por esta realidad social, que mientras en el ámbito del derecho penal los principios de legalidad y de tipicidad exigen la descripción inequívoca de las conductas para el establecimiento de las conductas delictivas que van a ser objeto de reproche social, en el ámbito disciplinario las exigencias estrictas de esa legalidad y de esa tipicidad son menores, porque el número de conductas que pueden ser objeto del reproche disciplinario son infinitas y ello haría que la

tipificación estricta de todas ellas fuera imposible desde la perspectiva normativa. En tales circunstancias, de manera regular en el plano disciplinario no existen conductas descritas gramaticalmente de manera inequívoca, sino que simplemente se acude a la concreción de tipos abiertos, de tipos en blanco o se acude a la imposición de deberes que pueden ser objeto de ese reproche disciplinario.

Es claro que para que los deberes sean exigibles y se cumplan de conformidad con las previsiones legales, deben tener un cierto poder coercitivo, de tal manera que su incumplimiento conlleve un perjuicio a quien no cumplió con los mandatos normativos. El deber que no sea exigible con el mandamiento de un daño futuro deja de serlo en la realidad, porque en tal caso los mismos quedan en el campo de la ética y de los mandatos morales que son inexigibles coactivamente en en las sociedades contemporáneas.

Ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que el derecho disciplinario hace parte de los instrumentos por medio de los cuales el Estado ejerce el *ius puniendi*, esto es la facultad persecuidora y sancionadora que cumple en el ejercicio de su soberanía interna. Se ha sostenido que el derecho disciplinario reúne las características que definen y estructuran el derecho penal y por ello se lo ha considerado como una de sus extensiones.

Pese a lo anterior debe reconocerse que sus principios y garantías no son exactamente iguales y que en el derecho disciplinario las mismas son más laxos, y es así como en el ámbito de la legalidad y de la tipicidad, mientras en el derecho penal se impone la necesidad de la descripción inequívoca de la conducta objeto del reproche penal, en el derecho disciplinario las exigencias son menos rigurosas y es así como se ha aceptado y la realidad legislativa lo demuestra, que las definiciones conductuales son más ambiguas, más gaseosas o nebulosas, y menos precisas en descripción la conducta que es objeto de reproche.

El profesor Luis Jiménez de Asúa, sostiene en relación con la temática propuesta:

“No negaremos que el Derecho penal disciplinario es un conjunto de normas que asocian a las infracciones de naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste el carácter de pena. Pero sí afirmamos que ese ordenamiento disciplinario debe separarse claramente del Derecho penal propiamente dicho (“Derecho penal criminal”). En este sentido no nos parece satisfactoria, por prestarse a equívocos, la resolución del Tercer Congreso internacional de Derecho comparado, tenido en Londres el año 1950, en la que se dice que el Derecho penal y el disciplinario son de idéntica esencia y que representan dos variedades del Derecho social de reprimir ejercitándose en medios distintos; en suma, a creer a los congresistas de Londres, esa dualidad de posición explica y limita su existencia paralela.

*En primer término, son radicalmente distintos los principios en que se fundan. El Derecho penal se propone previa la acuñación de tipos, reprimir y prevenir la delincuencia mediante penas de finalidad múltiple.* El Derecho penal disciplinario se limita a mantener a los funcionarios en su dependencia jerárquica, mediante sanciones, que si bien asumen la indole de las penas, tienen mero carácter correctivo. Max Ernesto Mayer ha dicho exactamente “que el ejercicio de la potestad disciplinaria, es administración y el de la potestad criminal, es justicia”.

En orden a garantías liberales, el Derecho penal disciplinario suele estar ayuno de las más sustantivas, aunque queden recursos procesales. *La falta de tipo legal se señala por Mayer (p. 5) como una de sus características. 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 característica del Derecho penal disciplinario la ausencia de tipo. Más extremadamente dice Manzini, que “mientras en el Derecho penal domina el principio nullum crimen nulla poena sine lege, el Derecho disciplinario no está sujeto a tal reserva de la ley”* (p. 98). Parece que semejante libertad está admitida aun hoy en que las preocupaciones liberales se han hecho más agudas. En realidad, el Derecho penal disciplinario deberá procurar en el futuro mejores garantías que los meros recursos administrativos.

No se agota, con el Derecho penal jerárquico, el ancho campo del Derecho disciplinario. Otro aspecto del mismo está constituido por el conjunto de sanciones correctivas, que se incluyen en los reglamentos de organismos, instituciones y corporaciones públicas, como las Cámaras parlamentarias, los Tribunales, las Universidades, etc. También puede considerarse el grupo de infracciones de los deberes del individuo respecto de la corporación a que pertenece (abogados, médicos, etc.), de que ha tratado Kempermann, y que se ha denominado Derecho penal corporativo.

Y finalmente existe una potestad disciplinaria de las sociedades privadas, que ya no puede llamarse Derecho penal. Si éste reviste carácter público (vid supra núm. 7), es obvio que esas correcciones no asumen el carácter de pena. R. Garraud, nos dice que el derecho disciplinario puede pertenecer no sólo a las corporaciones o asambleas de actividad reconocida por el Estado, sino también a los individuos. (T., t. I, págs. 3 y sigs.).

Una distinción se precisa. El Derecho penal disciplinario pertenece realmente a la Administración pública. Entonces puede recibir el nombre de “pena” la sanción que el superior impone. Mucho más discutible sería permitir que asumiera el rango de Derecho penal, aunque se subdijere de “disciplinario”, a los preceptos correctivos de los organismos, instituciones y corporaciones públicas aludidas antes. Y nunca podrá aceptarse aquella categoría de “derecho penal”, para las medidas disciplinarias que una sociedad prescribe. En este sentido está en lo cierto Eusebio Gómez (p. 92). *Antes de ahora lo hemos afirmado también nosotros (La Ley y el Delito, págs. 17-18), destacando que la vaguedad del tipo, permitida aquí, adopta proporciones mucho más grandes que cuando se trata del auténtico Derecho penal disciplinario:* el Reglamento de una sociedad sólo dice que será impuesta una corrección o que se separará del seno de los socios, al que “observe mala conducta”, al que “realice actos groseros”, etc. Tan cierto es lo que decimos que los penalistas —von Liszt y nosotros siguiendo su tesis— han discurrido a propósito de la calificación jurídica

---

<sup>8</sup> Tratado de derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, págs. 43 a 45, Tomo I. Editorial Losada, Buenos Aires. 1957.

de esas correcciones disciplinarias de una sociedad privada y han llegado a considerar la ausencia de carácter injusto en tales actos, localizándolas entre las causas de justificación consistentes en el “ejercicio de un derecho”.<sup>8</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese, como ese extraordinario penalista español que tuvo que sembrar su semilla luminosa en América, por las arbitrarias persecuciones de que fue objeto en su patria por parte del Franquismo radical, concuerda en el hecho de la existencia de conductas vagamente descritas en el derecho disciplinario y como el extraordinario penalista alemán Max Ernesto Mayer se atrevió a hablar de ausencia de tipo en el derecho disciplinario, al igual que el también italiano Vincenzo Manzini, de manera similar afirmó que mientras el derecho penal estaba estrictamente sometido al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, no sucedía igual con el derecho disciplinario.

En el mismo sentido, pero ya en el plano nacional, con el apoyo jurisprudencial de la Corte Constitucional, Gómez Pavajeau y Reyes Cuartas, coinciden en afirmar la no existencia de una tipicidad estricta en el ámbito disciplinario. En tal sentido sostienen:

“La sentencia C-181 de 2002 es muy tímida en extraer de los postulados constitucionales la técnica de los “tipos abiertos” o de los “tipos en blanco”, limitándose a afirmar que **no es inconstitucional la consideración de “descripciones incompletas” que puedan ser complementadas por otras por virtud de la remisión**, pues ello hace parte de la libertad de configuración del legislador.

Empero, en la sentencia C-948 de 2002 se avanza significativamente, pues muy a pesar de que no invoca norma constitucional alguna sino la jurisprudencia precedente, se efectúa una afirmación vinculada con la fórmula jurídica de la responsabilidad de los servidores públicos en un Estado de Derecho, mediante la cual se establece que estos sólo pueden hacer lo que les está permitido y mandado; **en consecuencia resulta imposible aprehender jurídicamente todo lo que no está permitido y mandado por virtud de la lógica con que se maneja la materia: afirmación indefinida (artículo 6 de la Carta Política). De allí que la sentencia afirme la imperiosa necesidad de trabajar con tipos disciplinarios abiertos “ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos”, doctrina que se reitera por sentencia C-155 de 2002**

.....

Las faltas disciplinarias se tipifican “en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador”, puesto que “al legislador le está permitido describir los tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación y acudir a una técnica de tipos abiertos que configura un margen valorativo para el aplicador de la norma”, con lo cual no se hace otra cosa que reconocer lo que ya la doctrina ha admitido en la órbita de las relaciones especiales de sujeción: “por la propia naturaleza de las cosas, ciertas relajaciones que, en todo caso habrán de ser matizadas”, son admitidas antes que negar su vigencia.

**No es posible describir en comportamientos abstractos todo aquello que se encuentre desautorizado por el ordenamiento jurídico, puesto que lo no permitido tiene tendencia hacia el infinito y como tal resulta inaprehensible cuantitativamente.** Lo permitido es

<sup>9</sup> Estudio de Derecho disciplinario, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, José Fernando Reyes Cuartas. Págs. 34 y ss Ediciones Nueva Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá. 2004.

lo cuantificable, por tanto, la norma se ocupa de ello en tanto se capta en descripciones que, si la conducta particular realizada no se corresponde con el modelo a seguir, revelan inmediatamente lo antijurídico.<sup>9</sup>

Es entonces una realidad que las exigencias respecto de la definición de las conductas objeto de reproche son mucho menores en el derecho disciplinario que en el derecho penal, porque como ya se decía, en la primera de las normatividades estamos en el plano del cumplimiento de deberes normativamente impuestos que exigen la no realización de ciertas conductas que podrían ser infinitas y que por tanto son de imposible cobertura por medio de normas típicas.

Gómez Pavajeau, con el auxilio del pensamiento de varios doctrinantes sostiene que el ilícito disciplinario deviene del incumplimiento de los deberes formalmente impuestos:

“Trayter, muy a su pesar, afirma: “No obstante, en la actualidad, resulta fácilmente constatable que gran parte de la doctrina mantiene la concepción de la infracción disciplinaria como una acción que no atenta contra los bienes jurídicos sino, cosa muy distinta, contra los deberes del servicio funcionarial.

De este modo, se define la falta administrativa como cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que les afectan”.

De Palma del Teso también termina por aceptar tipos disciplinarios en los cuales se sanciona “la mera inobservancia de un deber”.

Alessi precisa que la responsabilidad disciplinaria emana de “la transgresión de deberes administrativos” impuestos a los servidores públicos y a otras personas cobijadas por una “relación de especial supremacía accesoria de determinadas relaciones particulares que rigen frente a determinados sujetos”, con lo cual se tiene que el ilícito disciplinario tanto de los servidores públicos como de los particulares que ejercen funciones públicas y de los profesionales pertenecientes a las profesiones intervenidas tiene el mismo fundamento.<sup>10</sup>

La existencia de los deberes, y la necesidad de su cumplimiento, al igual que la imposibilidad de adecuación normativa de todas las conductas que no están autorizadas por el ordenamiento jurídico crea en la realidad exigencias más laxas en cuanto a la descripción de las conductas disciplinarias objeto de reproche.

La Corte Constitucional ha reiterado las diferencias existentes entre el derecho penal y el disciplinario, de la misma manera cómo la tipicidad tal como se entiende en el primero es inaplicable en el segundo:

#### **4.2.1. La potestad sancionatoria del Estado, sus proyecciones y la especificidad del derecho disciplinario.**

##### *4.2.1.1 Los diversos regímenes y sus diferencias.*

De tiempo atrás esta Corporación, siguiendo los criterios que ya había enunciado la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional,

---

<sup>10</sup> Dogmática del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2017. 6 Edición.

el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment".

También ha señalado la jurisprudencia que si bien hay elementos comunes a los diversos regímenes sancionadores, lo cierto es que las características específicas de cada uno de ellos exigen tratamientos diferenciales.

En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que "entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal." -subrayas fuera de texto-

En la doctrina se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del *ius puniendi* del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta[37]), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem.

Así mismo dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido.

#### *4.2.1.2 La especificidad del derecho disciplinario*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Sin embargo, en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerarse como lo ha señalado reiteradamente la Corporación, sus particularidades (C.P., art. 29) .

Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones, en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen

de los cargos planteados por el actor, ello son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) ***el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria*** y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.

Al respecto cabe recordar en efecto que esta Corporación en relación con la imposibilidad de asimilar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario ha señalado que:

*"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."*

Y en otra ocasión, la Corte expresó:

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

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

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

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

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a

una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123).

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

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

En este sentido también ha dicho la Corte que, si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia.

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

Ha dicho la Corte:

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

*'La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que*

*permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

*Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron"*

***De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.***

Con base en las anteriores precisiones la Corte procede a efectuar el examen de los cargos planteados por el actor en relación con los artículos enunciados en el presente acápite de esta Sentencia.

#### **4.2.2. El análisis de los cargos planteados en la demanda en contra del artículo 5 de la Ley 734 de 2002.**

Para el actor el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 debe ser declarado exequible pero bajo el entendido que la afectación del deber material a que alude la norma debe ser material y no formal. Petición que la vista fiscal considera improcedente por cuanto la norma no hace otra cosa que desarrollar la naturaleza del derecho disciplinario basada en el encauzamiento de la conducta de quienes cumplen funciones públicas con el objeto de que se cumplan los fines del Estado, por lo que en su concepto el resultado material de la conducta no es esencial para que se estructure la falta disciplinaria, pues el solo desconocimiento del deber es el que origina la antijuricidad de la conducta.

Al respecto la Corte constata que la norma traduce la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuricidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.

Cabe recordar en efecto que en el proyecto inicial presentado a consideración del Congreso el artículo quinto acusado era de un tenor sustancialmente diferente del que ahora se examina. Dicho artículo señalaba lo siguiente:

Artículo 5°. *Lesividad.* La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas solo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función

pública.

La exposición de motivos sustentaba dicho texto basada en las siguientes consideraciones: "Otra de las innovaciones en materia de principios rectores con contenido garantista la constituye la consagración expresa del principio de lesividad, refiriéndolo específicamente a la función pública, como único bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro amerita reproche disciplinario. Debido a la falta de claridad de la legislación vigente sobre este aspecto, la jurisprudencia y la doctrina plantearon tesis encontradas que el proyecto pretende resolver mediante una regulación expresa e inequívoca, en aras de la seguridad jurídica. El principio de lesividad se estructura como una garantía adicional en favor de los destinatarios de la ley disciplinaria, pero en el caso de este proyecto, claramente diferenciado del principio de lesividad o de antijuridicidad material que se desarrolla en la legislación penal vigente; el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro."

Este texto no fue acogido por el Congreso, que adoptó finalmente el texto que ahora se examina por la Corte. Para sustentar el abandono del texto inicial en la Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes del proyecto que se convertiría en la Ley 734 de 2002 se hicieron las siguientes consideraciones:

"La expresión "lesividad" es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que, si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.

Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 2º, 6º y 122 inciso 2º de la Carta Política).

Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y el orden jurídico desarrolla.

No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.

Ello es lo que se busca con la redacción inicial, empero, la misma resulta equívoca en la medida en que trata de buscar una autonomía e independencia del derecho penal a través de la utilización de las categorías dogmáticas de éste.

En efecto, la exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda derecho penal y derecho disciplinario, señalando a éste como un "sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios"<sup>1</sup>, precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del "principio de lesividad o de antijuridicidad material"<sup>2</sup>.

Pues bien, si ello es así, como lo es por resultar correcto, no se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión lesividad, habida cuenta que la misma denota un sistema de injusto montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuricidad material como categoría dogmática.

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

Si, como lo afirmó la exposición de motivos "el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro"<sup>3</sup>, tal cometido, sin que se presente a interpretaciones diferentes, se logra con la modificación propuesta."

*Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones[56]. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.*

*El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.*

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria[57].

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.

No asiste razón, en consecuencia, al actor cuando solicita la constitucionalidad condicionada de la norma, pues como se ha visto ella simplemente traduce la especificidad propia de la falta disciplinaria en relación con la antijuricidad de las conductas que sanciona la Ley disciplinaria, por lo que la Corte declarará la exequibilidad pura y simple del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, pero circunscrita al cargo analizado y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia. Sent 948 02 (Lo destacado no lo es en el texto)

Es más que evidente que siendo la medicina una profesión liberal, su

ejercicio es bien diverso del de las otras profesiones, y que por sus objetivos y finalidades el médico, en el ejercicio de la misma tiene implícitos una infinidad de deberes que se encuentran plasmados en el juramento Hipocrático y que dan origen a una serie de principios propios de la profesión médica, que todo profesional debe cumplir, so pena de vulnerar los principios éticos que la profesión le impone.

El artículo 2 de la Ley 23 de 1981, correspondiente al Juramento Hipocrático establece:

**“ARTICULO 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 MEDICO

*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 éstos se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;*

*Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;*

*Solemnemente y espontánea, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.*

Del Juramento Hipocrático, se desprenden infinitos deberes médicos; para citar solo algunos: “*Consagrar mi vida al servicio de la humanidad*”, o “*Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia*”. Pretender concretar normas respecto a los citados principios, que permitan exigir el cumplimiento de los deberes que de ellos se derivan, sería una labor interminable e imposible de cumplir.

Esta Superioridad comparte el análisis juicioso del tribunal seccional

que lo llevó a determinar la sanción, y aunque comprende los factores que en esta situación particular pudieron influir sobre el estado de ánimo del inculpado, no puede pasar por alto la falta presentada por lo que se procederá a confirmar la decisión.

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

**RESUELVA:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** CONFIRMAR, como en efecto confirma la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas de sancionar al médico J.I.A.H., con Amonestación privada, por violación de los artículos 1º, numeral 9, 29, 42 y 45 de la Ley 23 de 1981. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO TERCERO:** Devolver el expediente al tribunal de origen. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Presidente – Magistrado Ponente; HERNÁN JIMÉNEZ ALMANZA, Magistrado; ARIEL IVÁN RUIZ PARRA, Magistrado; JOSÉ MIGUEL SILVA HERRERA Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y CLAUDIA LUCIA SEGURA ACEVEDO, Abogada – Secretaría.

**Bogotá, primero (01) de marzo del año dos mil dieciséis (2016)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1308 DEL PRIMERO (01)  
DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DIECISEIS (2016)**

**REF: Proceso No. 2963, Tribunal Seccional de Ética Médica de  
Cundinamarca**

**Contra: Doctora E.C.G.S.**

**Denunciante: Doctor J.P.R.**

**Asunto: Recurso de Apelación**

**Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega**

**Providencia No. 15-2016**

**VISTOS**

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, el 9 de febrero de 2016, resolvió conceder la apelación presentada por el defensor de la doctora E.C.G.S., contra la decisión tomada en Sala Plena del 14 de diciembre de 2015, dentro del proceso 2963 abierto con base en la queja presentada por la jefe de la oficina de Control Disciplinario Interno de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas de la ciudad de Soacha, Cundinamarca, apoyada en lo manifestado por el doctor J.P.R., médico de dicho hospital, por lo que envió el expediente a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibido el expediente el 11 de febrero de 2016, fue puesto para reparto en Sala Plena del 16 de febrero y correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

### HECHOS

El 28 de mayo de 2014 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca la comunicación enviada por la jefe de la oficina de control disciplinario interno de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas de la localidad de Soacha, con base en la queja presentada por el médico J.P.R., contra la doctora E.C.G.S., porque presuntamente se negó a cumplir con sus deberes durante un turno de urgencias, en la noche del 7 de diciembre de 2013.

Según el escrito de queja, la doctora G.S., para la fecha mencionada, médica rural y tenía asignado turno de urgencias, durante el cual “a la 01:30 am se refirió (sic) que ella no pasaba a procedimientos porque no tenía experiencia y se fue a dormir”. Hace la afirmación transcrita la subgerente comunitaria J.M.C.V., citando un correo electrónico recibido del doctor J.M.M., coordinador médico, quien a su vez dice repetir “informe del doctor J.P.R., médico de procedimientos de la noche”.

El tribunal seccional aceptó la queja, abrió investigación formal y dentro de ella recibió por medio de comisión al tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia, versión libre sin juramento de la médica disciplinada, quien actualmente habita en ese departamento; oyó en testimonio juramentado al doctor J.P.R.M.; recibió el informe de conclusiones del magistrado instructor y con esa base formuló pliego de cargos contra la doctora E.C.G.S. “por posible violación al artículo 42 de la Ley 23 de 1981” y le señaló fecha para la presentación de sus descargos. Cumplida la diligencia de descargos el 12 de mayo de 2015 con asistencia de la disciplinada y de su defensor, el abogado Luis Hernando Valero Montenegro, el tribunal de primera instancia recibió como prueba solicitada por la defensa el testimonio juramentado del doctor J.M.M.N., pero no fue posible lograr la comparecencia del otro testigo, el enfermero César Andrés Pachón Alonso.

Con base en el acervo probatorio obtenido, el tribunal seccional de Ética Médica de Cundinamarca resolvió no aceptar los descargos de la doctora G.S. y le impuso la sanción de amonestación, en providencia del 15 de diciembre de 2015. Contra tal decisión presentó y sustentó dentro de términos

el abogado defensor, recurso de apelación que fue concedido por el tribunal de primera instancia y que se resuelve mediante la presente providencia.

### **RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS**

Al sustentar la apelación, sostiene el recurrente que la médica disciplinada “de ninguna manera incumplió sus deberes” porque ella “no se negó a prestar apoyo en el servicio de procedimientos la noche del 7 de diciembre de 2013 (función con la cual cumplió) sino que se negó a hacerse cargo del servicio de procedimientos”. En apoyo de este argumento, cita en testimonio del médico coordinador de Urgencias, doctor J.M.M.N, quien bajo juramento explicó que la función de la doctora G. era “realizar consulta médica en urgencias y apoyo al área de procedimientos, según lo requiriera el médico de procedimientos de la noche”. Enseguida, el recurrente explica que el galeno a cargo del servicio de procedimientos era el doctor J.P.R., que la doctora E.G., era médica rural de apoyo; que el acervo probatorio no dio pie para sostener que la doctora G., se hubiera ido a dormir, como lo admite el tribunal de primera instancia en el texto de la sentencia recurrida, pero que tampoco permite afirmar que se negara a prestar apoyo al doctor R. en sus procedimientos de la noche de autos.

Para este Tribunal Nacional, tales argumentos del recurrente son de recibo por las siguientes razones:

1- En su declaración juramentada, el doctor R., anota que no rindió informe escrito sobre la presunta actitud de la médica disciplinada y al ser interrogado sobre la afirmación de que “la doctora E., a la 1:30 de la mañana del día sábado 7 de diciembre de 2013 le refirió que ella no pasaba a procedimientos porque no tenía experiencia y se fue a dormir”, contestó: “Eso no fue lo comunicado al doctor M., al doctor M., se le comunicó que el médico encargado de apoyar procedimientos no asistió al área encargada y que me habían dicho que era una médico (sic)”. Ante la pregunta sobre si tenía certeza sobre quién era la persona encargada de apoyarlo en el área de procedimientos, contestó: “No tengo certeza de qué médico era el encargado de apoyar procedimientos”, lo que explica porque el médico que aparecía en la lista de turnos había renunciado unos días antes y a él, R., no se le informó quien era la persona “directamente encargada de procedimientos y prestarme apoyo”.

2- La clara afirmación de la médica disciplinada sobre su negativa a hacerse cargo del servicio de procedimientos pero no a prestar el apoyo que se le pidiera, no fue controvertida ni desvirtuada en el proceso; de hecho, como lo señala enseguida el recurrente, ni siquiera hay prueba de que se le solicitara tal apoyo, aunque ella estuvo a lo largo de toda esa madrugada en el consultorio que le asignaron y que al parecer estaba físicamente muy cerca del servicio de procedimientos.

3- Tampoco está desvirtuada en el proceso la afirmación de la disciplinada, en el sentido de que por intermedio de la enfermera de turno informó al doctor R. su disposición para darle apoyo si lo requería, a lo que él habría respondido que “continuara en el consultorio y que de necesitarse apoyo la mandarían a llamar”.

El recurrente termina señalando que, aun si se aceptara como totalmente creíble el testimonio del doctor R., al enfrentarlo con las exculpaciones de la profesional acusada “y ante la ausencia de algún otro medio de prueba que pueda acudir para inclinar la balanza en uno u otro sentido, surge necesario reconocer que nos hallamos ante una duda inzanjable, debiéndose en consecuencia proceder a la aplicación del in dubio pro disciplinable y por la vía de la duda llegar al mismo resultado, el de la absolución”. Este argumento también puede ser de recibo en el caso.

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

### **RESUELVA**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Revocar, como en efecto revoca, la decisión adoptada por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca en el proceso 2963 y en cambio, absolver a la doctora E.C.G.S., de los cargos que le fueron endilgados como consecuencia de la queja presentada por la Unidad de Control Disciplinario Interno del Hospital Mario Gaitán Yanaguas de Soacha, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **ARTÍCULO TERCERO:** Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente -Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

**Bogotá D. C., julio diez (10) del año dos mil uno (2001)**

**SALA PLENA SESION No. 669 DEL DIEZ (10)  
DE JULIO DEL AÑO DOS MIL UNO (2001)**

**REF: Proceso disciplinario ético-profesional No. 216 del Tribunal de  
Ética Médica de Risaralda**

**Denunciante: Dr. J.A.M.F.**

**Contra: Drs. J.C.R.V. y C.P.C.**

**Magistrado Ponente: Dr. Hernando Groot Liévano**

**Providencia: No 19-2001.**

**VISTOS**

El Tribunal Nacional de Ética Médica entra a considerar la apelación que presenta el doctor J.A.M.F., contra la resolución inhibitoria proferida por el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío dentro de las diligencias de investigación preliminar adelantadas contra los doctores J.C.R.V. y C.P.C., con motivo de la queja del citado doctor M., quien en sus propios términos denunció los siguientes.

**HECHOS**

“...Laboré en el Hospital de San Jorge de la ciudad de Pereira por espacio de ocho años, inicialmente como pediatra y posteriormente como pediatra NEONATOLOGO, una vez mi subespecialización en la Universidad del Valle, constituyéndome en el primer y único neonatólogo que hasta ha tenido la institución, sin embargo, a pesar de los lazos de afecto y gratitud que tengo con el Hospital, el pasado 01 de mayo me vi en penosa obligación de renunciar, por considerar que el seguir allí ponían en peligro mi

trayectoria como médico y como persona de bien que soy.

“Durante el tiempo que pertencí a la institución serví en ella con dedicación desinteresada, una vez regresé de realizar el fellow, en febrero de 1996 asumí la coordinación de la Unidad de Neonatología por espacio de quince (15) días, toda vez que el doctor J.C.R., me lo expresó que “él tenía más experiencia que yo en el manejo de los neonatos y yo era una persona vulnerable”. Así las cosas pasé a ser subordinado del doctor R., en calidad de médico asistencial de la Unidad, cargo que desempeñé a cabalidad definiéndolo y apoyándolo en el desempeño de su cargo, hasta 1998, siendo esa fecha relativamente tolerable mi permanencia en la Unidad ya que para evitar problemas con el Dr. R., mantuve deliberadamente un bajo perfil.

“Sin embargo, en 1999 por una situación coyuntural y dado que la Unidad de Neonatología se encontraba en un total caos, pasé a la Coordinación de dicho servicio, bajo la dirección del Dr. J.A.R., momento en el cual el Dr. R., solicita su retiro de la Unidad y pide traslado para UCI PEDIATRIA, el que finalmente no se dio permaneciendo en la unidad, para lo cual se hizo necesario la intervención del Dr. R., con el fin de limar asperezas y mejorar el clima laboral, lo que realmente no se logró y luego de ocho (8) meses renuncié a la Coordinación ya que así lo expresé en mi carta de renuncia “la sensación que experimento es de resistencia pasiva en muchos integrantes del equipo”, vale la pena anotar que dicha resistencia fue a instancias del Dr. R., es en ese momento en que el Dr. R., me advierte sobre la situación que se me venía (a pesar que el Dr. R., posteriormente se retractó), recomendándome que justificara todos los manejos adecuadamente a través de las historias clínicas, recomendación que seguí al pie de la letra hasta la fecha de mi retiro, evitando así que mi nombre se hubiera visto envuelto quien sabe en que atrocidades, por que una vez se inició la Coordinación del Dr. C., amigo entrañable del Dr. R., las actuaciones de este último sobrepasaron todos los límites, al punto de anotar en la Historia Clínica del hijo de M.E.R.J. el 27 de septiembre de 1999: “HIPOGLICEMIA IATROGENICA” (ver historia clínica hoja No.10, reverso), siendo conocedor el Dr. R., que el paciente el 24 de septiembre, luego de recibir únicamente líquidos endovenosos a base de solución salina, por que ya venía hiperglicémico, presenta glucometer de 529 mg%, por lo que tomó la decisión de administrar un bolo de insulina cristalina que lo lleva a una hipoglicemia de difícil manejo.

“Cuando el Dr. R. es confrontado por mí, haciéndole yo la observación del cuadro clínico que el paciente presentaba y sobre su conducta desleal y de anticolegaje al dejar la anotación, hecha por él, con las consecuencias legales que ella ocasionaría, máxime que no había de mi parte ninguna actitud deliberada, el mencionado doctor procede a borrar el calificativo de **iatrogénico**.

“Este proceder es a todas luces desleal por que sí bien es cierto el Dr. R., no está obligado a sentir aprecio por sus colegas si está obligado a mantener unos principios éticos, fundamentales en el ejercicio de nuestra profesión, no anteponiendo odios frente a la sana practica de la MEDICINA y una historia clínica es un documento legal de alto valor que no permite manipulaciones tendenciosas ya que está de por medio la salud y por que no la vida de un paciente.

“Pese a todo lo anterior el mal ambiente persistió llegando al punto de que se buscaba cualquier pretexto para cuestionarme, es así como la raíz de la enfermedad de mi madre, la que fue sometida a dos angioplastias coronarias en la ciudad de Cali, me vi en la necesidad de pedir autorización al Dr. C., para ausentarme del trabajo, dicho Dr. Manifestó (y así consta en la carta que él envió a la Junta Directiva). Que “algunos funcionarios me preguntaron si ya había constatado que realmente la señora presentaba la complicación pues al parecer anteriormente el Dr. M., había usado pretextos de enfermedades de familiares para ausentarse del trabajo”, lo que dista de ser una apreciación de un Coordinador imparcial.

“La actitud hostil del Dr. C., continuo, siendo increpado posteriormente por él, a su juicio (vale la pena anotar que el Dr. C., no tienen ningún conocimiento del área) un mal manejo de un paciente icterico, y con una actitud no solo descortés sino irrespetuosa, toda vez que hablaba y golpeaba con sus manos la historia clínica en presencia de varias personas, entre ellas los Drs. C.E. y J.A., médicos de planta.

“ la semana siguiente del anterior incidente tenían listas tres historias clínicas de neonatos fallecidos en mis turnos para análisis de mortalidad, pero cuando cayeron en cuenta de la selectividad de sus acciones no lo hicieron.

“El Dr. R., no desaprovecha la entrega del turno a siete de la mañana para hacerme quedar mal ante mis colegas, aprovechando mi ausencia, a tal gra-

do de haber manifestado a raíz de una remisión de la Clínica COMFAMILIAR, y en presencia de la terapeuta respiratoria L.M.J. “que el Dr. M., ha ido aprendiendo algo” manifestación por demás sarcástica y mordaz. El médico de planta Dr. C.E., en varias ocasiones me expresó que antes de entrega de turno de las 7:00 a.m. experimentaba pánico esperando la ronda con el Dr. R., por todos los comentarios que hacía criticando mis conductas en presencia de los internos y médicos de planta.

“Esta situación se agravó cuando no lo llamé para formar grupo en la apertura de la Unidad de Cuidados Intensivos NEONATAL de la Clínica COMFAMILIAR, incrementándose las críticas y las intrigas.

“Se llegó a tal grado la persecución de estos dos doctores que el Dr. J.M., MÉDICO DE PLANTA DEL Hospital, me informó que el Dr. C., lo había interrogado respecto al cumplimiento de mi horario de trabajo, si contestaba llamadas rápidamente, si pasaba ronda los fines de semana y le advirtió sobre cualquier irregularidad que observara se la presentara por escrito.

“No descansó el Dr. C., hasta abrimme investigación por una acusación de la enfermera M.L.R., por hechos sucedidos en 17 de diciembre del año anterior y sólo fueron denunciados en mayo, pero a instancias del mismo doctor quien la obligó a presentar queja por escrito bajo la teoría de que no se le puede dar veracidad a acusaciones verbales, cuando y en la carta mencionada anteriormente se evidencia, le había dado credibilidad a rumores de personas malintencionadas.

“Todos estos hechos fueron tan continuos que el clima laboral se tornó insostenible como ya lo dije, viéndome OBLIGADO renunciar, pues fue tal la tensión a la que me vi sometido que afectó hasta mi vida familiar.

“Vale la pena anotar que no he sido en único en sufrir los atropellos aquí denunciados, esas mismas circunstancias las vivió el Dr. C.H.F., el Dr. J.R., y han sido víctimas del comportamiento autocrático del Dr. C., muchos médicos, entre los cuales se encuentra un grupo de obstetras que no conformes con esta situación se pronunciaron ante las directivas del mismo Hospital San Jorge con copia a la Procuraduría.

“Mi interés en todo esto no va más allá de evitar que estos hechos se repi-

tan con otros médicos, que prevalezca en el ejercicio de la profesión médica la rectitud, la honestidad, que esas prácticas tendenciosas desaparezcan y que los médicos puedan ejercer su profesión libre de las presiones que éstas conductas malintencionadas general y sobre todo evitar que en el futuro, por actitudes egoístas los pacientes de escasos recursos no pueda contar con la debida atención médica de personal calificado, ya que priman los intereses personales con el de los médicos aquí denunciados.

“Lamento profundamente no haber podido continuar sirviendo a una comunidad tan desfavorecida como los recién nacidos de bajos recursos que en el HUSJ se atendían pues esa es la única posibilidad de buena atención que ellos tienen y que se vio truncada por los hechos aquí expuestos...”.

### LA ACTUACION

El Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío una vez conocida la denuncia llamó a declarar al Dr. M., quien ratificó sus quejas insistiendo especialmente en la falta de ética del Dr. R., al anotar el término “hipoglicemia. iatrogénica” en la historia clínica del niño hijo de M.E.R.J., el cual presentaba hipoglicemia después de la administración de un bolo de insulina por haber tenido algún tiempo antes hiperglicemia ( glucometer de 529 mg%), administración en la cual aparentemente intervino el Dr. M. Insistió también el Dr. M., en el trato descortés que le habría dado su superior administrativo, el Dr. C. “elevando la voz, golpeando la historia clínica con la mano” y diciéndole “que este paciente fue muy mal manejado” en el curso de una reunión académica administrativa en la que varias personas analizaban “caso clínicos”. También insistió el Dr. M., en acusar al doctor C., de presionar a la enfermera M.L.R. para que escribiera alguna queja contra el propio Dr. M.

Por solicitud expresa del Doctor M., el Tribunal recibió las declaraciones de ocho testigos sobre los hechos de su denuncia. El resumen de estas declaraciones es el siguiente:

Tanto el doctor J.deJ.R.P., como el doctor J.M., como la terapeuta L.M.J., afirman que no les constaba nada sobre la acusación que hacía el doctor Me., a los doctores R. y C., de hostigamiento, persecución y falta de lealtad.

Los doctores J.A.V y C.E. declararon que las discusiones de que habla el

doctor M., fueron siempre de tipo científico. El doctor R.T., informó que no tiene reparos contra la conducta del doctor R., pero sí cuestiona la labor administrativa del doctor C., aunque no le consta nada sobre los hechos denunciados.

El doctor Cé.H.F.M., declaró que por información que daban los médicos de la planta del servicio de Neonatología, donde trabajaba el doctor M., si sufría éste persecución por parte del doctor C. La Enfermera L.R. afirmó que en ningún momento el doctor C., la amenazó ni la obligó a escribir acusación alguna.

Además fueron llamados a declarar los siguientes seis médicos del Hospital San Jorge relacionados en grado variable con las actividades de los doctores M., R, y C.: G.M. (pediatra) B.H.G.C. (pediatra); J.R.D. (internista y antiguo coordinador de pediatría), A.A. (antiguo gerente del Hospital) y J.G.L. (subgerente de área asistencial) quienes coinciden en no haber tenido conocimiento de los hechos denunciados por el doctor M. Además el Dr. J.G.L., por ser superior inmediato del Dr. C., hizo la averiguaciones del caso sobre la inculpación que se le hizo a este último de presionar a la enfermera L.R., para escribir una nota acusatoria contra el doctor M., y no encontró nada anormal en la conducta del Dr. C. También declaró la señora E.R., presidenta de la Fundación Revivamos que prestaba apoyo a la Universidad de Neonatología que no le constaba que hubieran perseguido al Dr. M., aunque este sí le hubiera relatado tal persecución; indicó también que el doctor M., es conflictivo e irritable fácilmente. Sobre el carácter del Dr. M., también se expresó la doctora B.H.G. quien indicó “se angustia muy fácil, tiene un delirio de persecución, se siente señalado” y el doctor R., quien declaró en los siguientes términos “tiene una sensibilidad especial a cualquier cosa que se le diga y en ocasiones malinterpreta lo que se le dice, se siente amenazado en ocasiones por sus colegas y sus jefes sin que realmente eso sea verdad”.

Respecto del doctor C., si bien el Dr. R.T.V., se expresa diciendo “comparto plenamente las afirmaciones del doctor J.M., en cuanto a su comportamiento hostigante para con sus subordinados” el Dr. J.A.R.R., anterior compañero del doctor M., declara “sabíamos que el Dr. C., como administrador siempre se ha caracterizado por ser una persona que ha exigido el cabal cumplimiento de todas las normas institucionales de los horarios”. Y el Dr. H.J.G., superior del Dr. C., sobre este decía: “tiene un enfoque

minucioso sobre las cosas y muy enfocado a que el personal bajo su cargo cumpla con las responsabilidades asignadas. Entiendo que en algunas oportunidades le han criticado como la forma de relacionarse en el sentido del manejo de la autoridad pero en la administración hay unos enfoques y el estilo es eminentemente personal. Como persona lo que conozco es que es una persona honesta, decente y responsable”.

Las declaraciones de los médicos contra quienes se quejó el Dr. M., se pueden resumir así:

El Dr. J.C.R., dice que las discusiones de los casos clínicos en las rondas clínicas como aquellos que menciona el Dr. M., se hacen siempre en términos puramente científicos y en relación con el término “hipoglicemia, iatrogénica” se expresa así “se considera que iatrogenia es la respuesta a un manejo médico o quirúrgico puede ser buena o mala, intencional o no intencional. En este caso concreto existe una hipoglicemia por un manejo médico y como tal se califica como hipoglicemia iatrogénica, en ninguna forma ni verbal ni escrita se utiliza este diagnóstico para implicarlo con la familia o las directivas hospitalarias y ante la respuesta personal del doctor de que se sentía agredido eliminamos el término, iatrogénico para que no tuviera ninguna implicación de tipo legal o jurídico”.

El doctor C., ante la queja del Dr. M., de haber sido irrespetado, en frente de terceras personas por un presunto mal manejo de una paciente icterico, explicó que el caso había sido estudiado como un “caso clínico”, en términos científicos, en una reunión Académico-administrativa y expuso “normalmente yo hablo en voz alta, gesticulando pero en ningún momento le falté al respeto a ninguno de los presentes ni insinué que había mal manejo por parte del doctor”. También indicó el Doctor C., que autorizó al Dr. M., a viajar a Cali para acompañar a su madre a un procedimiento médico sin constatar si había necesidad de tal viaje. En relación con la denuncia de que el doctor C., había presionado a la enfermera L.R., para escribir una queja contra el doctor M., el doctor C., explicó que habiendo recibido una queja verbal de la enfermera sobre maltrato que le había dado el doctor M., él indicó a la enfermera que la enviara por escrito para que el Hospital hiciera la investigación del caso.

El Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío hizo las siguientes consideraciones:

“Como quedó consignado en las declaraciones de los testigos que el doctor J.A.M.F., solicitó se citaran a testificar, a ninguno de ellos le consta que los doctores J.C.R. y C.P.C.P., hayan faltado a la ética en su comportamiento con el doctor J.A.M.

“Las discrepancias de tipo científico no pueden tipificarse como una persecución, falta de colegaje o desconsideración con el colega. En los dos casos específicos narrados por el doctor M., y que corresponden a la hipoglicemia iatrogénica; y a la presión bajo amenaza ejercida por el doctor C., sobre la auxiliar de enfermería M.L.R., el magistrado instructor, hace el siguiente análisis basado en la definición que hace el Diccionario de Ciencias Médicas, Novena Edición Librería El Ateneo Editorial Buenos Aires Lima, México, Barcelona.

“ Iatrogenia (iatro+génesis). Aparición de problemas adicionales o complicaciones a raíz de un tratamiento médico o quirúrgico”.

“Iatrogénico: Que resulta de la actividad de los médicos. Término aplicado a los desórdenes provocados en un paciente por autosugestión basada en el examen, el trato o en comentarios del médico; en la actualidad el término se aplica a cualquier estado adverso que aparece en un paciente como resultado del tratamiento que hace un médico o cirujano”.

El lenguaje científico debe ser preciso, objetivo y carente de ambigüedad, es informativo y no pretende demeritar ni exaltar a nadie, es pues esencialmente técnico.

Por lo tanto no puede interpretarse la nota clínica como tendenciosa ya que no se está acusando de negligencia impericia o imprudencia (mala praxis) a quien utiliza el medicamento.

En cuanto al caso de la enfermera L.R., es enfática en afirmar que no fue presionada ni obligada por el doctor C., a elevar por escrito la queja mencionada. Niega igualmente que la conversación telefónica se haya dado en los términos expresados por el doctor J.A.M.F.

El control administrativo estricto del doctor C., reconocido por él, admirado por algunos de los llamados a declarar, criticado por otros declarantes y motivo de la queja del doctor J.A.M.F., no puede catalogarse como falta

a la ética médica, al menos en el caso aquí investigado, sin embargo el estilo administrativo “punitivo, aterrador y persecutorio” como lo califica el demandante corresponde al ámbito de la Procuraduría.

Y como conclusión declaró que “no existe mérito para abrir proceso ético disciplinario a los doctores J.C.R.V. y C.P.C.P.”.

El doctor M., apeló de la decisión anterior mediante su memorial de 18 de abril de 2001 en la que en primer lugar expresa: “ la relación entre colegas fundada en la lealtad y la consideración mutuas (Art.29 Ley 23 de 1981) se deteriora y echa a perder cuando un médico procede en la forma en que lo hicieron conmigo los doctores R. y C., denigrando, murmurando y comentando con intención de producir mi descrédito; ésta conducta “iatrofágica” como la llama el doctor V.C., amerita, a mi juicio, una sanción por parte del Tribunal de Ética Médica”, y en segundo lugar reitera su acusación al doctor R., cuando dice: “ La prueba del trato desleal a que hago referencia se encuentra en el simple análisis del hecho resaltado por mi en la queja: No tiene un médico porqué colocar en la historia clínica el adjetivo “iatrogénico” si no tiene mala intención en contra del colega” adjunta también numerosas citas sobre los varios tipos y definiciones de iatrogenia.

### CONSIDERANDOS

El Tribunal Nacional de Ética Médica después de estudiar todo el proceso coincide tanto con las consideraciones del Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío tanto como con la decisión de este último de declarar que no existe mérito para abrir proceso disciplinario a los doctores R. y C.

Vale la pena repetir que de los ocho testigos que el doctor M., solicitó se citaran a testificar a ninguno de ellos le consta que los doctores R. y C., hubieran fallado a la ética médica en su comportamiento con el doctor M.. En términos similares se expresaron otros seis médicos del Hospital San Jorge así como la presidenta de la Fundación Revivamos.

El usar el término “iatrogénico” no puede considerarse como deslealtad. El caso de la presunta presión sobre la enfermera L.R., quedó explicado sin que pueda concluirse que el Dr. C., la presionó para que denunciara y el

estricto control administrativo del doctor C., no puede considerarse como falta a la ética médica.

Las diferencias entre el doctor M. y los doctores R. y C., fueron técnicas o administrativas entre profesionales con personalidades y susceptibilidades, diferentes sin que con ellas se vulnerase la ética médica.

Ahora, con respecto a los argumentos de la apelación, debe establecerse claramente que el empleo del adjetivo “iatrogénico” no implica mala intención del médico que con tal término califica la acción de un colega.

Iatrogenia puede entenderse en el sentido lato que le da el Diccionario de la Real Academia Española (1974) y la Enciclopedia Salvat (1973) cuando define iatrógeno/a como “toda alteración del estado del paciente producido por el médico” o en un sentido restringido como “situación o condición anormal producida por un médico” según el Diccionario Médico de Tabers (1977), o todavía más restringido como “aparición de problemas adicionales o complicaciones a raíz de un tratamiento médico o quirúrgico”, según el Diccionario de Ciencias Médicas Novena Edición, librería El Ateneo, Editorial Buenos Aires, Lima, México, Barcelona.

Entendiendo la palabra iatrogenia en cualquiera de estos sentidos no es ofensivo el usarla y por consiguiente el médico que la emplea para calificar la acción de otro médico no está faltando a la ética médica.

Por las consideraciones anteriores el Tribunal Nacional de Ética Médica,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar la resolución del Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío mediante la cual se declaró que no existe mérito para abrir proceso ético disciplinario a los doctores J.C.R.V. y C.P.C.P. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Devolver al Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío para lo de su competencia. **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. HERNANDO GROOT LIEVANO, Presidente- Magistrado Ponente; HERNANDO MATIZ CAMACHO, Magistrado; EDUARDO REY FORERO, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR

SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaría.

**Bogotá, febrero veintiuno (21) del año dos mil once (2012)**

**SALA PLENA SESION No. 1120 DEL VEINTIUNO (21)  
DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

**REF: Proceso No. 729 del Tribunal de Ética Médica del Cauca  
Contra: Dr. G.Q.O.  
Denunciante: Dra. E.P.R.P.**

**Magistrado ponente: Efraim Otero Ruiz.  
Providencia No. 12-2012**

VISTOS

Mediante providencia del 15 de diciembre de 2011 el Tribunal de Ética Médica del Cauca decidió no reponer y en subsidio conceder la apelación al fallo del 5 de octubre de 2010 mediante el cual resolvió reponer para revocar el pliego de cargos y ordenar la preclusión de la investigación a favor del Dr. G.Q.O. , por supuesta infracción a la ética médica durante la operación cesárea el 7 de junio de 2009 a la Sra. V.V., en que, según la quejosa, ginecoobstetra que había atendido antes a la paciente, el Dr. Q., anotó en el record de anestesia y en la historia clínica afirmaciones que ella consideró desobligantes. La apelación fue enviada al Tribunal Nacional y recibida el 16 de diciembre de 2011, en vísperas del cierre de actividades por las vacaciones de fin de año. Puesta para reparto en Sala Plena del 16 de enero de 2012, correspondió por sorteo al Magistrado Efraim Otero Ruiz.

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

**HECHOS**

En su queja, presentada ante el Tribunal seccional el 29 de julio de 2009, la Dra. R., solicita “se investigue al Dr. G.Q., por hacer anotaciones indebidas en el record de anestesia de la Sra. V.V., con historia clínica No...., quien fue intervenida quirúrgicamente de urgencia en el Hospital Susana López de Valencia el 7 de junio de 2009 con los diagnósticos de embarazo a término y cesárea previa, en trabajo de parto. Paciente que había sido valorada previamente por el Dr. F.C., médico ginecólogo del mismo Hospital, quien pasó el turno para cirugía, la cual realicé a las 15 y 15 horas del mismo día, una vez hubo disponibilidad de quirófanos para realizar el procedimiento. Antes de iniciar el acto quirúrgico y una vez anestesiada la paciente se presentó una confrontación con el Dr. Q., a la cual yo me refiero en términos académicos y ajustados a la paciente (sic) refutando sus afirmaciones verbales desobligantes y es para mi sorpresa que el Dr. Q., coloca en el record de anestesia las siguientes afirmaciones escritas *la pte no es conocida en el preoperatorio por el cirujano Dra. R., y como nota marginal la pte es intervenida sin valoración preoperatoria por parte del cirujano obstetra Dra. R.* (En bastardilla en el original, Folio 1). Después de señalar que puede haber infracciones a los artículos 29 y 45 de la Ley 23 de 1981, añade, en un párrafo final: “Creo conveniente enterarlos que en el año 2007 fui agredida verbalmente por este señor en el área de recuperación de quirófanos del Hospital Susana López de Valencia. En ese entonces no instauré la queja ante las directivas del Hospital porque no me gusta este tipo de escenas, me considero una persona convencida de la sana convivencia dejando de lado este tipo de impasses pero ahora veo con preocupación que se me agrede y de forma escrita.

## RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Dentro del cuaderno de 108 folios se allegan los siguientes documentos aportados como pruebas:

1. Queja enviada el 29 de julio de 2009 y luego ampliada en declaración juramentada ante el Tribunal seccional el 11 de mayo de 2009 por la Dra. E.P.R.P., en que niega los cargos planteados por el anestesiólogo Dr. G.Q. en carta que éste envió el 8 de junio de 2009 al Director del Hospital, Dr. O.O. (Folios 1 y 2 y 25 a 17)
2. Copia de la historia clínica del Hospital Susana López de Valencia correspondiente a la sra. V.V., de 22 años de edad, con el record completo de

anestesia –que incluye las anotaciones motivo de la queja- y la descripción del acto quirúrgico realizada por la Dra. R. (Folios 3 anv. y rev. y 4)

3. Resolución del 1 de septiembre de 2009 en que el Tribunal de Ética Médica del Cauca, ante la queja recibida, designa como Magistrado instructor al Dr. Julio César Klinger (Folio 5).

4. Copia de las tarjetas profesionales del Dr. G.Q. (anestesiólogo) y de la Dra. E.P.R. ginecobstetra-cirujana que los acreditan debidamente como especialistas (Folios 11 y 12)-

5. Poder otorgado por el Dr. Q. en octubre de 2009 a la Dra. Olga Lucía Salazar Sarmiento, abogada de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE) para que lo represente como defensora en el proceso en referencia (Folio 13)

6. Versión libre rendida ante el Tribunal seccional el 13 de abril de 2010 por el Dr. G.Q., de 65 años, anestesiólogo del Hospital Susana López de Valencia, con 39 años de experiencia en su especialidad, en que, al ser preguntado en qué consistió y cómo se dio la atención de la paciente, contestó: “El día 7 de junio de 2009 fue solicitado un turno para cesárea urgente de la sra. V.V., de 22 años de edad, cuya indicación era la cesárea previa. Al valorar la paciente encontré que tenía una anemia sintomática, motivo por el cual solicité a la Dra. E.P.R., que si conocía a la paciente para que me informara del estado preoperatorio de ella, quien me contestó que no conocía a la paciente actitud que desarrolló en forma descortés y descomedida afirmando que ella la operaba de todas maneras y que yo era el único anestesiólogo conflictivo con esta clase de cirugías. Y en vista de lo anterior valoré la paciente personalmente sin la ayuda de ella y la encontré que tenía una hemoglobina de 8, hematocrito de 29.2 y una anemia muy sintomática, en la historia clínica no había ninguna valoración por parte de ella, la paciente se intervino con este impasse y afortunadamente, pero el feto sí nació un poco mal, hubo que hacerle la reanimación que lo amerita. Y en base a lo anterior el día siguiente –y eso fue el día 8 de junio de 2009- comuniqué al Director del Hospital, Dr. O.O. y a manera de una queja para tomar las medidas preventivas del caso, carta que me permito dejar para anexar al expediente (Folios 18 al 20).

7. Resolución No. 50 del Tribunal seccional del 29 de septiembre de

2010 en que el Tribunal seccional, por recomendación del Magistrado instructor en su informe de conclusiones resuelve abrir pliego de cargos contra el Dr. G.Q. por presunta violación de los artículos 19 y 45 de la Ley 23 de 1981.

8. Recurso de reposición presentado ante el Tribunal seccional el 9 de julio de 2010 por la Dra. Olga Lucía Salazar, Defensora del Dr. G.Q., en que afirma que con las anotaciones del anesthesiólogo no hubo violación en el manejo de la historia clínica y cita la resolución 1995 de 1999 que dice. “Integralidad: la historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en sus diversas fases”, lo que obligó al anesthesiólogo a registrar la realidad de lo sucedido y, por tanto, solicita se revoque la resolución 50 de 2010 mediante la cual se decidió abrir pliego de cargos contra el Dr. Q.”. (Folios 34 a 41).

9. Resolución del 27 de julio de 2010 mediante la cual el Tribunal seccional designa al Dr. Ancízar Morales como Magistrado ponente (Folio 42).

10. Historia clínica completa de la Sra. V.V., en el Hospital Susana Valencia de López de Popayán solicitada y verificada por el Magistrado ponente (Folios 43 a 89).

En sus consideraciones del fallo definitivo el Tribunal seccional concluye que, desafortunadamente, se trata de viejas rencillas entre médicos de la misma institución y hace recomendaciones a quienes en ellas intervinieron, de uno y otro lado para que cesen y vuelva a reinar la armonía entre ellos.

Este Tribunal Nacional, de acuerdo con la jurisprudencia ya establecida para casos anteriores (Procesos 1107 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca y 805 y 1114 del Tribunal del Cauca), procede a estudiar el recurso de apelación interpuesto.

En vigencia de la ley 600 de 2000 y de conformidad con la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se sostuvo durante su vigencia que la víctima o el denunciante solo podía apelar el auto inhibitorio y que no tenían ningún otro derecho a participar en el proceso por no ser interviniente procesal.

Pero siendo la codificación procesal, (ley 906 de 2004) una normatividad dirigida en muchos de sus aspectos a proteger a la víctima, es claro que la situación procesal varió por expresa voluntad del legislador y de conformidad con esa orientación legislativa este Tribunal ha venido sosteniendo que la víctima tiene derecho a participar en el proceso como interviniente, puesto que varias normas de esta codificación así lo reconocen de manera expresa.

En tal sentido esta corporación en providencia No. 32-2010 del 20 de abril de 2010, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora en la que sostuvo:

“...Las facultades procesales del quejoso:

En el sistema procesal de la ley 600, el quejoso solo podía interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, porque cuando se abría formalmente proceso, el denunciante al no ser sujeto procesal le estaba vedada su participación dentro del proceso y por tanto no podía interponer recursos en el transcurso del mismo.

Hoy la situación es diversa, porque en el sistema procesal acusatorio, Ley 906 de 2004 la víctima tiene derecho de participación en el proceso.

Así se dispone:

**ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.** El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en

los términos de este código;

d) A SER OÍDAS Y A QUE SE LES FACILITE EL APOORTE DE PRUEBAS;

e) A RECIBIR DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES Y A CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS QUE CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INJUSTO DEL CUAL HAN SIDO VÍCTIMAS;

f) A QUE SE CONSIDEREN SUS INTERESES AL ADOPTAR UNA DECISIÓN DISCRECIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN DEL INJUSTO;

g) A SER INFORMADAS SOBRE LA DECISIÓN DEFINITIVA RELATIVA A LA PERSECUCIÓN PENAL; A ACUDIR, EN LO PERTINENTE, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, Y A INTERPONER LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR;

h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. (Lo destacado no lo es en el texto ).

En las circunstancias precedentes, habría de concluirse el derecho de las víctimas de interponer recursos y entre ellos, por ejemplo, el de apelar el auto de preclusión en el momento de la calificación del mérito de la investigación....”

Este Tribunal Nacional, por otra parte, no encuentra nada nuevo en los argumentos de la quejosa en su apelación, que contribuya a esclarecer los cargos esgrimidos por ella y está de acuerdo en el llamado que hace el Tribunal seccional para que reine la armonía entre los médicos y las observaciones o reclamos se hagan manteniendo el nivel científico y académico de las instituciones. Quiere, eso sí, llamar la atención en la demora sufrida por este proceso, sin que se encuentre una explicación de la misma ni la razón en los cambios en las designaciones de los Magistrados ponentes.

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

### **RESUELVA:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar, como en efecto confirma, el fallo del Tribunal de Ética Médica del Cauca mediante el cual resolvió revocar el pliego de cargos contra el Dr. G.Q. y ordenar la preclusión del proceso por supuestas infracciones a la ética médica durante la atención a la paciente V.V. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO TERCERO:** Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado –Presidente,  
EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA  
VEGA, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistra-  
da; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA  
BOTERO CASTRO, Secretaría.

**Bogotá, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016).**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1337 DEL VEINTISIETE (27)  
DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)**

**REF: Proceso No. 653 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima**

**Denunciante: H.F.L.A.**

**Contra el Doctor: J.O.R.N.**

**Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez  
Providencia No. 81-16**

**VISTOS**

Tema e inconformidad: Presuntos malos tratos por parte del Anestesiólogo Dr. J.O.R.N., a los Ginecólogos y personal de salas de cirugía.

Mediante providencia del 28 de abril de 2016 el tribunal seccional de ética médica del Tolima declara que existen méritos para elevar cargos en contra del Dr. J.O.R.N.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima en sesión de sala plena ordinaria número mil sesenta y uno (1061) de fecha once 11 de agosto de dos mil diez y seis (2016) no acepto los descargos del médico implicado y le impuso una sanción de suspensión en el ejercicio profesional por el término de treinta (30) días.

El 5 de septiembre de 2016 la apoderada del implicado interpone recurso de apelación contra la decisión del 11 de agosto de 2016.

Por providencia del 9 de septiembre de 2016 el tribunal Seccional concede

el recurso de Apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. El cuaderno de doscientos nueve (209) folios que contiene las diligencias fue recibido en el tribunal nacional el 15 de septiembre 2016 ; fue puesto para reparto el día 20 de septiembre de 2016 y correspondió por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez, quien procede a resolver el recurso de acuerdo a los siguientes:

### **HECHOS**

El día 12 de diciembre de 2013 a las 14:15 ingresa a la sala de partos del Hospital Federico Lleras Acosta- sede LIMONAR, de la ciudad de Ibagué, la paciente C.N.D.R., de 23 años de edad, con un segundo embarazo a término, en fase latente de trabajo de parto. El trabajo de parto evoluciona normalmente, según notas de las 13:30, 16:00. A las 20 Horas se informa (folio35) Tensión arterial normal, pulso normal, actividad uterina F: 2/10, D: 50, tono uterino normal, dilatación 3 cm borramiento 60%, fetocardia 145x min, y se hace una apreciación de: actividad uterina regular, trabajo de parto en fase latente, y se continúa con la atención del parto.

A las 23:00 existe una nueva evaluación por el Ginecobstetra, que encuentra una actividad uterina normal, con F: 3/10, fetocardia de 143x min dilatación 4.5cm, y borramiento de 80%, procediendo entonces a realizar amniotomía, y evidenciando un prolapso del cordón umbilical, programa inmediatamente para cesárea, obtiene el consentimiento informado, y además la paciente le expresa su deseo de que le realicen un Pomeroy por lo que también firma el consentimiento.

A las 00:05 del día doce (12) de Diciembre se inicia la cesárea, a las 00:10 nace producto de sexo femenino. Con Apgar al minuto de 6, con quejido y dificultad respiratoria, por lo que el pediatra ordena traslado a la unidad de cuidado intensivo neonatal. La cirugía termina sin complicaciones a las 01:00. Y la evolución posterior de la paciente fue satisfactoria, siendo dada de alta del Hospital dos días después.

La queja fechada el 18 de diciembre de 2013 interpuesta por el Doctor Y.S.J., coordinador de Gineco-Obstetricia, ante el coordinador de Anestesia, Dr. L.A.P., con copias a la gerencia y sub gerencia de la institución dice:

“Cordialmente le informo que el pasado Jueves 12 del presente mes y año en las horas de la noche llegó la paciente C.N.D.R. identificada con CC...., quien se encontraba en trabajo de parto, pero a las 11:20 presenta prolapso del cordón umbilical, requiriendo una cesárea urgente, por lo que se solicitó sala y hasta después de 20 minutos llegó el anestesiólogo de turno Dr. R...; disártrico, hablando y gritando obscenidades. Además de referirse con lenguaje soez e insinuaciones sexuales al personal de enfermería” (folio2)

## **RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS**

Habiendo encontrado méritos para iniciar una investigación preliminar, y posteriormente para formular un pliego de cargos en contra del Dr. J.O.R.N., y cumpliendo con todas las etapas del debido proceso, el Tribunal seccional de Ética del Tolima consideró que el Dr. R., violó los numerales 9 y 10 del artículo primero de la ley 23, los artículos 15, 29, 36 y 45 de la misma ley, y el artículo 5 de la resolución 1995 de 1999, (folios 192 y 193), y al no aceptar los argumentos expuestos en la diligencia de descargos decidió sancionarlo con la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de treinta (30) días.

La defensora del Dr. J.O.R.N., fundamenta el recurso de apelación en los siguientes puntos:

### **1.-DEMORA EN EL PROCEDIMIENTO ANESTÉSICO**

Alega la defensa que el tiempo transcurrido entre el ingreso de la paciente a salas de cirugía y el inicio del proceso anestésico fue de 15 minutos, y que “previo a que la paciente ingresara al quirófano no podía suministrarse la anestesia” (folio198), cuando la interpretación del tribunal seccional es que se dio aviso al personal de salas de cirugía veinticinco (25) minutos antes de que se iniciara la cirugía. No sobra decir que esta diferencia de apreciación de apenas diez (10) minutos es crucial en el desenlace de una situación de urgencia como es el prolapso del cordón y que puede significar desde grados diferentes de anoxia cerebral fetal con graves consecuencias, hasta la muerte por asfixia. Lo anotado en la historia clínica es que a folio 189 reverso, se escribe la hora en que se avisa a salas de cirugía de la urgencia y esta corresponde a las 11:40, es decir 25 minutos antes de

iniciarse el acto anestésico.

La anestesia no es solamente el acto de “encontrar un paciente acostado en salas de cirugía, ponerle unos medicamentos para, que pierda la conciencia, intubarle la vía aérea y soportar su respiración durante el tiempo que dure el procedimiento quirúrgico”. Es mucho más que eso, implica una relación médico paciente igual que la de las otras especialidades médicas, exige el conocimiento del estado de salud de su paciente, los antecedentes y posibles alergias medicamentosas, y, tiempo para explicar al paciente el procedimiento y cerciorarse mediante la aceptación de un consentimiento informado, que a propósito, no figura en ninguna parte del expediente, como si figuran los de Ginecobstetricia.

No es de recibo el argumento de que dada la premura de la situación, se hayan omitido estas etapas fundamentales de cualquier acto médico. Lo más relevante y básico de este interrogatorio, la explicación del procedimiento, y firma del consentimiento se hubieren podido realizar en un lapso de diez minutos, mientras se realizaban otro tipo de preparativos en la sala de cirugía, aún en las más difíciles circunstancias de urgencia, máxime estando la paciente consciente y en pleno uso de sus capacidades.

Tampoco es de recibo el argumento de que como “No se causó daño a la madre y a su bebe, no hay culpa”.

Es aceptado universalmente y en la legislación Nacional, que la medicina genera una obligación de medios y no de resultados, y en muchísimas oportunidades tanto los tribunales seccionales, como o este tribunal Nacional, usando este argumento y comprobando la prudencia, idoneidad y diligencia en el proceso de atención de un paciente, han declarado que no hay culpa a pesar de desenlaces adversos e incluso funestos. Curiosa interpretación de la norma en el presente caso en la que se aduce que como todo salió bien, no hay razón para pensar que hubo fallas en el proceso, y en la relación entre el anesthesiólogo y su paciente.

En conclusión, dadas las circunstancias de tiempo, es decir demora injustificada para asistir una urgencia y lugar, una clínica obstétrica especializada donde los especialistas están de turno precisamente para atender casos complejos, si hubo violación, por parte del Dr. J.O.R.N., al artículo 15 de la ley 23 de 1981 “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injusti-

ficados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”

## 2.- MALOS TRATOS POR PARTE DEL DR. J.O.R.N.

En las declaraciones testimoniales los otros tres médicos presentes en la sala de cirugía, los dos Ginecobstetras y el Pediatra afirman: “Él se ha comportado siempre así y a veces echa la madre en el quirófano” testimonio del Pediatra Dr. J.C.N.B. (folio 111 reverso).

El Ginecólogo y obstetra Dr. J.M.M.R., a folio 98 reverso dice: “en general su disposición anímica es de choque y molestia en general en contra del personal asistencial, médico y pacientes.”

Y el Dr. A.F.F.R., señala: “el comportamiento no es el de una persona con un nivel educativo universitario y no es el común denominador del actuar de sus colegas.” (Folio 100 reverso)

Por su parte la defensa cita la declaración del Dr. J.O.R.N., en la que dice “si en algún momento pronuncié palabras de grueso calibre, estas no iban dirigidas a nadie en particular, solo fueron expresiones desprevenidas producto de la exaltación del momento, que como ya lo mencioné se trata de un hecho aislado que en ningún momento pensé desencadenaría una investigación en mi contra 2 (folio 172 reverso).

Tanto la queja “La pregunta que siempre surge del equipo de ginecología es... ¿hasta cuándo se tolera esa actitud del Doctor R.,?, Hasta cuando sucedan hechos irreparables?, pérdidas de vidas?, o que el hospital se envuelva en demandas legales involucrando al equipo de Ginecólogos? “ (folio 2), como las declaraciones de los médicos presentes en el momento de los hechos, así como las propias expresiones de la defensa: “ Por otro lado, bien es conocido por parte de algunos colegas del disciplinado su carácter explosivo, como rasgo propio de su personalidad...”(folio 203) desmienten la versión de que el comportamiento del Dr. R., es “ un hecho aislado”, sino que ratifican que es una situación que se repite.

No es tampoco de recibo por esta superioridad el argumento de que la

exaltación del momento, del estrés y de la urgencia sean atenuantes para justificar el lenguaje soez y la actitud del Dr. R., frente a la situación presentada, es claro que toda situación de urgencia especialmente obstétrica genera situaciones de estrés para médicos, y personal auxiliar, pero no tiene ninguna presentación que un Anestesiólogo con 22 años de experiencia no pueda dominar su estrés y que lo manifieste irrespetando verbalmente a las personas presentes en la sala de cirugía, incluida la paciente que aún se encontraba en estado de alerta.

Violó entonces el Dr. R., el artículo 1 numerales 9 y 10 de la ley 23 de 1981, así como los artículos 29 y 45 de la misma norma.

### 3.-DEL SUPUESTO ESTADO DE EMBRIAGUEZ

Comparte plenamente este Tribunal Nacional la conclusión del tribunal Seccional, de que: “No es de recibo de la Sala el argumento de la defensa de exigir la existencia de una prueba técnica que determinara el estado de embriaguez del doctor R.N., para la noche de los hechos objeto de investigación, pues esto implicaría el absurdo de disponer en los servicios hospitalarios, equipamiento para pruebas de alcoholemia o de abuso de sustancias psicoactivas para ser practicadas a los distintos profesionales antes de realizar sus actos médicos; los criterios de la prueba clínica de embriaguez aplicados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, validos legalmente, incluyen los signos evidenciados en el doctor R.N., (actitud eufórica, vociferante, disártrico, coprolático y con aliento alcohólico), lo que lleva al convencimiento de esta Sala, que el disciplinado se encontraba la noche del trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013) al momento de suministrar anestesia a la paciente C.N.D.R., en estado de embriaguez.

“Pretender la implementación de pruebas técnicas de alcoholemia para los médicos en el desarrollo de sus funciones, llevarían a presumir que nuestros actos puedan asimilarse a las actividades peligrosas (en las cuales es mandatario la práctica de estos controles como norma de seguridad previa al desarrollo de la actividad), lo que respaldaría la reciente errada tendencia jurisprudencial de las altas Cortes que buscan hacer de la medicina una actividad peligrosa y que disminuirían aún más, la consideración social que el ejercicio honesto, altruista y profesional de la medicina ha logrado escalar en los escenarios actuales”.

Desde hace ya varias décadas nuestra legislación en materia probatoria superó el sistema de la prueba tarifada, en la que el legislador de manera previa señalaba cuál era el valor de cada prueba y con qué medios de convicción se podían probar determinados hechos.

Hoy el sistema universalmente aceptado es el de la libertad probatoria según el cual los hechos y circunstancias objeto de investigación de un proceso pueden ser probados por cualquier medio probatorio.

Esta libertad probatoria está consagrada en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, Código Procesal Penal actualmente vigente:

“...Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos...”

En este caso concreto es claro que la embriaguez podría demostrarse mediante el dictamen de alcoholemia, pero igualmente podría ser probado por dictamen médico, caso en el cual el médico legista le realiza una serie de pruebas de equilibrio y de coordinación motora, pero de la misma manera podría ser probado por testigos que declaren sobre el comportamiento anormal en su dicción, en su coordinación motora o cualquier otra manifestación propia de un estado de embriaguez.

Llama la atención a esta Sala que, ante la gravedad de esta imputación, el disciplinado haya guardado silencio en su diligencia de descargos, y la defensa se haya limitado a acatarlo, se reitera, alegando la inadmisibilidad de una prueba técnica que demostrara el estado de embriaguez del doctor J.O.R.N., desconociendo la facultad que le asiste al juzgador de, que con base en inferencias logico-jurídicas, pueda, soportado en los indicios, concluir el inexcusable estado en que encontraba el disciplinado al momento de suministrar anestesia a la señora C.N.D.R., el día de los hechos objeto de investigación.” (folio 190).

Pretender como lo hace la defensa, desestimando que existen diferentes grados de embriaguez, que el hecho de que el paciente no presente nistagmos, incapacidad para la marcha sin ayuda, incoordinación motora, y que haya podido realizar su trabajo con éxito, significa que el acusado no

se encontraba en un estado avanzado de embriaguez, y que esos signos y síntomas podrían corresponder a otras causas que no necesariamente obedecen a la ingesta de alcohol o algún otro tipo de sustancia embriagante.

Además de aceptar tácitamente, que si los presentaba, confirma que el Dr. J.O.R.N., no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales y de coordinación psicomotora, baste examinar el registro de anestesia arrimado al expediente a folio 42, para observar el resultado de la incoordinación motora de su autor.

#### 4.- REGISTRO ANESTÉSICO

Tanto el testigo de la defensa, Anestesiólogo Dr. C.E.M., como el testigo perito Anestesiólogo Dr. L.E.P.B., coinciden en que el registro anestésico es en muchas partes ilegible, confuso y no aporta información indispensable, y agrega el Tribunal seccional a folio 191 revés “Confirma lo anterior el desgreño, evidenciado por esta sala, en su elaboración, y que trasgrede el artículo 36 de la ley 23 de 1981, concordante con el artículo 5° de la resolución 1995 de 1999. Afirmación que comparte este Tribunal Nacional de Ética Médica, no siendo de recibo argumentos como la mala caligrafía del Dr. J.O.R.N. o que dedicó más tiempo al cuidado de la paciente que a la elaboración del registro anestésico.

Finalmente, ni el tribunal Seccional, ni el Tribunal Nacional cuestionan la calidad técnica del Dr. J.O.R.N., sino la conducta ética del profesional a la luz de los postulados de la ley 23 de 1981, reconocen además el valor probatorio de los testimonios de su defensa en cuanto a la demostración de las calidades personales, profesionales y académicas, pero que no desvirtúan ninguno de los cargos, que se le imputan y que por lo tanto no constituyen atenuantes de la culpa, el único atenuante reconocido por el tribunal seccional es que el Dr. J.O.R.N. no presenta en su contra antecedentes personales ni disciplinarios ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima.

Ante la evidencia de no atender en forma inmediata el llamado hecho por la emergencia obstétrica, de realizar un registro anestésico ilegible, de presentarse a la sala de cirugía en estado de embriaguez, y de alterar con su conducta el normal discurrir de los presentes en el quirófano, el tribunal seccional califica la falta de grave y sanciona al profesional con

la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de treinta (30) días, sanción benigna para la magnitud de la falta, pero que en aras de la norma no puede ser aumentada.

Bastan las consideraciones anteriores para que el tribunal Nacional de ética Médica, en uso de las facultades que le otorga la ley

### RESUELVA

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima de sancionar al Dr. J.O.R.N., identificado con la cédula de ciudadanía número.... de...., y tarjeta profesional N...., expedida por el Ministerio de Salud, con la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de treinta (30) días, por violación a los numerales 9 y 10 del artículo primero de la ley 23, los artículos 15, 29, 36 y 45 de la misma ley, y el artículo 5 de la resolución 1995 de 1999. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Compulsar copias de esta decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su conocimiento y fines pertinentes. **ARTÍCULO TERCERO:** Compulsar copias de esta decisión al Hospital Federico Lleras Acosta, para lo de su conocimiento y fines pertinentes. **ARTÍCULO CUARTO:** Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **ARTÍCULO QUINTO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado –Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado Ponente; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

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

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

**REF: Proceso No.1313. Tribunal Seccional de Ética Médica de  
Antioquia  
Contra: Doctor C.M.B.I.  
Denunciante: Doctor E.A.R.H.  
Asunto: Recurso de APELACIÓN.**

**Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora  
Providencia No. 57-2010**

### **VISTOS**

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

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

El Tribunal Nacional de Ética Médica consideró entonces que no es lógico

solicitar la suspensión o alteración de la diligencia de descargos en el proceso ético médico disciplinario, pues en el presente caso se encuentra en pleno desarrollo. Las pruebas solicitadas por la defensa fueron concedidas por el tribunal de primera instancia y se encuentran en proceso de aporte para ser valoradas por el juez respectivo y sobre ellas y las demás que se encuentren ya integradas al proceso, se tome la decisión que corresponde.

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

El proceso continuó su curso y el 20 de abril de 2010, resolvió no aceptar los descargos dados por el Dr. C.M.B.I., y lo condenó a la sanción de Censura escrita y pública por vulneración al artículo 15 de la Ley 23 de 1981. Dentro de términos, el abogado HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN, apoderado defensor del Dr. B.I., apeló el fallo condenatorio solicitando la revocatoria del fallo sancionatorio en contra de su prohijado y subsidiariamente solicitó decretar la nulidad de lo actuado, desde la providencia de formulación de cargos.

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

### **HECHOS**

El día 5 de diciembre de 2007 en la Clínica Antioquia cuando se iba a iniciar la cirugía del señor N.A.B.M., el anesthesiólogo, doctor E.R.H., le manifestó al ortopedista, doctor C.M.B.I., que se lavara nuevamente las manos, ya que este se había contaminado, pero el medico investigado le manifestó que eso no era cierto y se negó a lavarse las manos nuevamente y dio orden al instrumentador de que lo vistiera y se continuara con la cirugía, durante la cual no se presentó ninguna complicación.

En la queja presentada por el doctor E.R.H., ante el Gerente General de la Clínica Antioquia y remitida al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia el 6 de diciembre de 2007, se menciona que: "...no me parece adecuado que el Doctor B., ante el requerimiento respetuoso que le hago para

que repita su lavado de manos puesto que se contaminó la mano derecha, me responda "que no sea metido que a mi no me importa". Que me trate mal a mi es una cosa, pero el Doctor B., no puede atropellar a un paciente que ha depositando su confianza en todos nosotros y su conciencia; tampoco puede irrespetar de ninguna manera las normas de asepsia establecidas, reconocidas y aceptadas por todos y tampoco puede irrespetar a los otros miembros del equipo que tal vez por temor callan; menos aún puede poner en juego la institución..."

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

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

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

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

En el cuaderno No. 2 reposa copia de la historia clínica del señor N.A.B.M., enviada por la Clínica Antioquia, de la cual se tiene que A folio 2 obra un documento denominado: "PROCEDIMIENTOS DIAGNOSTICOS INVASIVOS Y QUIRURGICOS", donde aparece que el doctor C.M.B.I.,

realiza evaluación prequirúrgica al señor N.A.B.M.; igualmente aparece que el doctor E.R.H. realiza también evaluación preanestésica. En el vuelto del mismo folio aparece la nota operatoria, en la cual dice que se realiza procedimiento quirúrgico del paciente mencionado en fémur izquierdo, por haber presentado fractura. En la nota realizada por el doctor B.I., no se describe que se hubieran presentado complicaciones en la cirugía.

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

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

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

La llamada de atención que el doctor E.R.H. hace al doctor C.M.B.I., no puede interpretarse como una ingerencia del trabajo realizado por el ciru-

jano, puesto que en ese momento se está realizando un trabajo en equipo donde todos son igualmente responsables, por lo tanto, el doctor C.M.B.I., faltó a las normas de cuidado en el quirófano, poniéndose con ello en riesgo de contaminar al paciente.

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

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

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

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

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

Si los recursos no prosperan, y por lo tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron escuchados al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, se hace un gran esfuerzo dialéctico para efecto, le va a

quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria. Con merito en lo expuesto el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA por mandato legal, RESUELVE, PRIMERO: FORMULAR PLIEGO DE CARGOS al profesional de la medicina doctor C.M.B.I., de notas civiles y personales ya conocidas, por vulneración del artículo 15 de la ley 23 de 1981, concordado con el artículo 9 del decreto 3380 de 1981, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

El Tribunal Nacional respondió entonces:

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

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

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

Y resolvió no acceder a la petición de suspensión de la diligencia de descargos solicitada por la defensa del médico encartado, por los motivos

analizados en la parte considerativa de esta providencia.

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

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

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

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

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

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

Además, está de acuerdo con el artículo 457 del CPP

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

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA**

### **NULIDADES EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO**

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

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

La Nulidad es la última forma de reparar esos errores.

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

### **PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION**

#### **1- PRINCIPIO DE LA INSTRUMENTALIDAD O DE LA FINALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES:**

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

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

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

y continuación de esto, el procesado presenta recursos de reposición o de apelación y se sustenta. El acto cumplió su finalidad y no hay necesidad de que se repita la actuación ni de que se declare la nulidad.

## 2- PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN:

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

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

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

## 3- PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA:

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

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

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

de defensa técnica.

#### 4- PRINCIPIO DE LA CONVALIDACIÓN:

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

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

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

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

#### 5- PRINCIPIO DE LA MEDIDA ÚLTIMA:

Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de Nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio, en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia:

Es la última medida que debe tomarse para corregir un acto irregular, es de-

cir que es residual la nulidad; porque primero existen los recursos; ejemplo si es una providencia interlocutoria: cabe recurso de reposición y de apelación. Si a pesar de ello subsiste el error se tiene que recurrir a la nulidad.

#### 6- PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD-TAXATIVIDAD:

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

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

#### 7- PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA:

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

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

No es bueno que se interpongan fácilmente las nulidades.

Hay Providencias que tienen ejecutoria material (Cuando una providencia constituye soporte, principio, base, fundamento o prerequisite de otra decisión) Ejemplo: el cierre de la investigación, una vez en firme tiene ejecutoria material, luego de su ejecutoria sigue la calificación del mérito del sumario. Otras tienen ejecutoria formal y que no producen seguridad jurídica, ejemplo: La Resolución Inhibitoria, porque se puede reabrir la investigación en cualquier momento.

### **NULIDADES PRINCIPALES**

Son causales de nulidad:

1. Falta de competencia del funcionario judicial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
3. La violación del derecho de defensa.

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

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

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

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

- Resolución de acusación mediante providencia de sustanciación: Acto nulo porque debe dictarse mediante providencia interlocutoria. Genera nulidad.
- Resolución de acusación anfibológica: (confusa, contradictoria).
- No precisión en Resolución de acusación sobre tipo subjetivo (error en la calificación de la culpabilidad a título de dolo o de culpa o de preterintención) u Objetiva (se refiere al tipo penal, porque toda la parte motiva se refiere a un tipo objetivo penal y en la parte de la decisión a otra).
- Indeterminación en la Resolución de acusación sobre la forma de intervención en la comisión de la conducta punible. Se habla que es en forma de autor o a título de participación (cómplice o determinador) y luego se refiere a otra cosa.
- Indeterminación en los delitos conexos o en grado de ejecución de la conducta punible. Hablar de los concursos pero deben individualizarse los tipos penales (hurto – lesiones personales y homicidio y en la Resolución

se le olvido al fiscal hablar de alguno de ellos.

- Falta de precisión en la época de la comisión de la conducta punible. No se habla de tiempo sino de la época. Ejemplo Junio del 2.000.

- No individualización del llamado a Juicio. Se dice que se llama a Juicio a Pedro Pérez y no más.

### 3. La violación del derecho de defensa:

Ejemplo:

- Se adelanta la investigación sin defensor del procesado.

- Si el defensor nombrado no adelanta estrategias de defensa.

- Si el Magistrado Instructor no verifica citas importantes hechas para defensa del sindicado.

- Si a Pedro, nombrado en indagatoria de Juan como su colaborador en la conducta punible, solo se le vincula en el Juicio.

- Si no notifica personalmente la Resolución de acusación a sindicado o a su defensor.

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

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

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

un procedimiento judicial se hace mal y sin cumplir con lo establecido para ello en el Código Procedimiento Penal. Entonces en estos casos se decreta la nulidad de oficio.

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

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

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

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

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

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

## RESUELVA

**ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de descargos. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Remitir el expediente al tribunal de origen para lo su competencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMAN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

**Bogotá, enero treinta y uno (31) del año dos mil seis (2006)**

**SALA PLENA-SESION No. 857 DEL TREINTA Y UNO (31)  
DE ENERO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006)**

**Ref: Proceso No. 188 del Tribunal de Ética Médica del Tolima  
Contra el doctor R.A.C.  
Denunciante: B.F.S.**

**Magistrado ponente: Dr. Miguel Otero Cadena  
Providencia No.04-2006**

**VISTOS**

Por decisión del 24 de agosto de 2005, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, resolvió no aceptar los descargos rendidos por el médico, Dr. R.A.C., y como consecuencia le impuso sanción de censura escrita pero privada, por considerarlo responsable de la infracción a los artículo 45 de la ley 23 de 1981, por no guardar la debida consideración con el personal paramédico y sus subalternos.-

El defensor del disciplinado interpuso los recursos de reposición y apelación, el primero de los cuales fue negado por providencia del 2 de noviembre de 2005, concediéndose el recurso de apelación, subsidiariamente interpuesto.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes

**RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.**

El proceso disciplinario se inició como consecuencia de la denuncia instaurada por la señora B.F.S., quien funge como auxiliar de enfermería del Hospital San Rafael de esa ciudad, ante la Personería Municipal de El Espinal. Dice estar vinculada a dicho centro asistencial desde quince años atrás,

donde presta sus servicios el médico R.A.C., de quien afirma:

“...siempre ha tenido una actitud agresiva, grosera e irrespetuosa con el personal de enfermería; trato cruel, degradante e inhumano que se ha intensificado desde que el citado profesional empezó a estudiar derecho en la Universidad Cooperativa de Colombia.-

Son comunes y frecuentes expresiones como: IMBÉCIL, CRETINA, BRUTA, ANIMAL, BASURA, INEPTA; frases acompañadas con actitudes de lanzar las pinzas y demás elementos al suelo en plena cirugía, con todos los riesgos que implican para los pacientes. Pero lo más grave aún, es que el Dr. A.R. Médico Anestesiólogo, está asumiendo la misma actitud sin que a la fecha no se haga nada por parte de las directivas de la institución. Es decir, que ya son dos los médicos que irrespetan al personal de enfermería. No sobra informar, que los pacientes y sus familiares están recibiendo un trato similar por estas personas.

El recurrente luego de hacer algunas consideraciones sobre los elementos del hecho punible, considera que no se encuentra demostrada la tipicidad, ni la antijuridicidad de la conducta, pues no se demostró la calidad de servidor público del disciplinado, de la misma manera que no se ha demostrado la calidad de paramédicas de las presuntas ofendidas, ni tampoco la calidad de subalternas del acusado.

Critica la providencia recurrida, porque estima que se limitó la Corporación que la emitió a hacer una relación de las pruebas, pero que en ningún momento se hizo un análisis y valoración de las mismas.

Considera un error de la decisión impugnada, que no se hayan aceptado los descargos del médico disciplinado, sobre todo cuando los testigos L.C.G.S. y M.Z.P. “dan fe absoluta de la probidad de mi defendido en diferentes momentos, tanto a nivel personal como profesional”.

Estima una grave omisión que en la providencia no se haya expresado si existían causales excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad, puesto que de conformidad con algunos testigos las expresiones reprochadas habrían sido formuladas en momentos de gran tensión por el estado de salud de sus pacientes, la escasez de tiempo y la precariedad de las condiciones logísticas en que debía de prestar el servicio.

No comparte la Sala los cuestionamientos que el recurrente le hace a la providencia cuestionada, porque en el proceso disciplinario médico, es evidente que el sujeto activo de la conducta debe ser cualificado, esto es reunir sobre si la calidad de médico graduado de una Universidad reconocida oficialmente; si la acusación versa por conductas cometidas por un médico

que además de ésta calidad, ostenta la de servidor público, es evidente que no es indispensable que se prueba su condición de empleado público, trabajador oficial, contratista de servicios profesionales, o cualquier otra condición legal, como cargo de elección popular, como equivocadamente lo pretende el recurrente.

Como ya se dijo, la precisa calidad que desempeña funja el servidor público solo sería indispensable, si el proceso disciplinario fuera adelantado por los organismos de control (Procuraduría o Contraloría ) o que el médico estuviese siendo investigado penalmente por la Fiscalía, por presuntos delitos cometidos en su calidad de servidor público; porque debe precisarse que aquí se lo juzga es como médico y por presuntas infracciones a la ley de ética médica realizadas en la ejecución de actos médicos.

En las circunstancias precedentes no son de recibo las críticas que en tal sentido formula el recurrente, porque el mismo, olvida la sede en las cuales las está formulando y pareciera querer asimilar el proceso disciplinario médico, con los procesos disciplinarios, fiscales y penales que se adelantan contra los servidores públicos, en los que se hace abstracción de la calidad profesional del servidor investigado.

Tampoco comparte la Sala, las críticas formuladas por el recurrente, por supuestamente no haberse probado la calidad de paramédicas o de subalternas, que ostentaban las presuntas ofendidas con las expresiones que les formulaba el médico disciplinado.

En relación con esta crítica, tampoco la comparte la Corporación, porque olvida el recurrente que en el proceso penal y el disciplinario comparte la naturaleza y estructura del proceso penal, tanto que en sus vacíos, debe remitirse al procedimiento penal como expresamente lo autoriza el artículo 82 de la ley de ética médica<sup>1</sup>, existe libertad probatoria, tal como expresamente

---

<sup>1</sup> **ARTICULO 82.** En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

**Conc. D. 3380/81. Art. 47. "En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal".**

<sup>2</sup> **ARTICULO 237. LIBERTAD PROBATORIA.** Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

lo autoriza el C. de P. P.<sup>2</sup>

Si existe libertad probatoria, es claro que la condición de subalternas de la quejosa y de las demás personas que hacen mención a sus dichos, se encuentra probado no solo por dicho de las declarantes que afirman ser empleadas del citado centro hospitalario, sino por lo reconocido por el propio disciplinado, que acepta la calidad de auxiliar de enfermería en la señora B.F.S., al igual de las otras personas que deponen en tal sentido.

Se equivoca el recurrente al pretender que para probar la calidad de auxiliar enfermería dentro del proceso disciplinario médico fuera menester allegar a la investigación el título académico que le acredite tal condición profesional, o copia del contrato de trabajo o nombramiento en caso de ser servidora pública que establezca la condición laboral de la declarante y el error del recurrente surge precisamente, por olvidar que en el proceso penal existe libertad probatoria y por tanto la afirmación hecha por cada una de las declarantes en el sentido de desempeñar tales funciones y de ser subalternas del acusado, condición no desconocida, ni desmentida por el mismo, son elementos probatorios más que suficientes para demostrar la calidad de subalternas y empleadas del referido centro hospitalario.

Igualmente se encuentra errado, cuando increpa a la primera instancia no haber analizado la posibilidad de que la conducta hubiese sido realizada en alguna de las causales de irresponsabilidad penal, esto es en las causales excluyentes de antijuridicidad y de culpabilidad y se encuentra en posición errada, porque si el disciplinado niega la realización de la conducta, mal podría pretender se le reconozca una eximente de responsabilidad que se fundamenta o tiene como presupuesto sine qua non, precisamente la realización de la conducta; pero esta no es la situación más deficiente de la alegación del impugnante, porque alude a tales causales de exclusión, aceptando a medias que la conducta ha podido ser realizada bajo una gran presión psicológica por la situación de los pacientes, el exceso de trabajo, la precariedad de tiempo y de medios logísticos; pero aceptar tal pretensión sería tanto como admitir que los subalternos de los médicos serían una especie de trabajadores malditos, puesto que de manera permanente tendrían que aceptar el maltrato de sus jefes, porque es evidente que la mayoría de los galenos trabajan por múltiples circunstancias a máxima presión, puesto que su trabajo cotidiano es una lucha difícil y angustiosa contra la enfermedad y la muerte y en muchas ocasiones, por no decir que casi en la totalidad

de los casos, por circunstancias legales y patronales, se ven avocados a un trabajo que desborda las capacidades normales de un profesional y en muchas ocasiones les toca laborar con máximas precariedades locativas, instrumentales, farmacológicas y logísticas.

La crítica que formula el recurrente a la primera instancia, es más reprochable en la defensa, porque bien se sabe que las causales de irresponsabilidad son múltiples y si avizoraba que la conducta de su cliente podía encajar en alguna de ellas, ha debido precisar cual y realizar las argumentaciones pertinentes para demostrar su existencia y proponer su reconocimiento a los tribunales juzgadores, pero en su precariedad argumentativa, no esboza ni siquiera la posible causal de irresponsabilidad en que podría haber actuado su representado.

Creemos más bien, que las falencias argumentativas del recurrente surgen precisamente de la imposibilidad dogmática al tratar de adecuar la conducta del disciplinado en alguna de las causales de irresponsabilidad previstas

---

<sup>3</sup>ART. 32. **Ausencia de responsabilidad.** No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
9. Se obre impulsado por miedo insuperable.
10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la

y reconocidas por el legislador en el artículo 32 del C. P.<sup>3</sup>

Estima si la Corporación que le asiste la razón al recurrente, cuando critica al Tribunal de primera instancia de haberse limitado a hacer una relación de los medios de convicción, sin profundizar en su análisis, ni hacer una valoración adecuada de los mismos, porque como se demostrará a continuación, no todos los testimonios que aparentemente corroboran el dicho de la quejosa, llevan a establecer la existencia de un comportamiento reprochable por parte del médico acusado.

La demostración de la existencia real y cierta de las conductas imputadas al Dr. R.A.C., no se encuentran probadas con claridad y certidumbre, porque además del testimonio de la denunciante B.F.S., los otros testimonios, presentan incoherencias y falencias que les restan credibilidad, e incluso algunos dichos son de referencia o de oídas, en algunos de los aspectos sobre los que deponen, como es el caso de la enfermera especializada en atención geriátrica M.I.B.L. ( f 23 ), quien al ser interrogada sobre las acusaciones de la quejosa, afirma no constarle los hechos y haberlos oído de boca de otra persona, en tal sentido afirma:

“ Con respecto al altercado que hubo el 15 de mayo del presente año, con el doctor R.A.C., **NO TUVE CONOCIMIENTO DEL ALTERCADO YA QUE YO HABÍA TERMINADO MI JORNADA LABORAL. AL DÍA SIGUIENTE AL LLEGAR AL HOSPITAL A RECIBIR TURNO ME ENTERÉ DE LA SITUACIÓN y subí a visitarla a la habitación donde se encontraba hospitalizada, ella narró la situación e informó que había pasado por escrito la situación dada.** Con relación al maltrato por parte del doctor R.A.C., **ÉL COMO PROFESIONAL CUANDO QUIERE SER BUENA GENTE Y EXCELENTE MÉDICO LO ES, PERO EN OCASIONES LLEGA OFUSCADO, GRITA, POR EJEMPLO EL CASO MÍO MUCHAS VECES ME TRATÓ DE JEFECITA USTED QUIEN ES PARA TOMAR DECISIONES, A ESO USTED QUE LE IMPORTA?, yo soy el médico especialista Y LA ÚLTIMA VERSIÓN FUE LA QUE FUE DADA A LA AUXILIAR DE ENFERMERÍA M.M., EN LA CUAL SIMPLEMENTE POR DARLE UNA SUGERENCIA EN EL USO DE UNA SUTURA LA RESPUESTA ES ME IMPORTA UN CULO, SI NO HAY LA SUTURA Y EL HOSPITAL NO ME GARANTIZA EL PROCEDIMIENTO, YO NO LO HAGO.** La auxiliar de enfermería

ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

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

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

ya estando todo listo le sugiere nuevamente la utilización de la sutura que se tenía disponible, respondiéndole nuevamente me importa un culo, **ESTE COMENTARIO FUE DADO POR LA AUXILIAR DE ENFERMERÍA M.M., QUIEN AL DÍA SIGUIENTE ME COMENTÓ**, en ese momento el Dr. R.A.C. llegaba del servicio de cirugía y le dije que por qué había tratado así a M.M., volvió y dijo jefecita mientras que el hospital no tenga las cosas me importa un culo y no voy hacer las cosas, yo le dije doctor si usted no quiere hacer las cosas, no nos trate así y diga más bien no quiero hacer nada, ante esta situación yo me desplacé a la oficina de la doctora A., donde casualmente él también se encontraba allá, entramos a entrar ( sic ) con la doctora A., yo narré los hechos e igualmente seguía insistiendo que si el hospital no le garantizaba las cosas él no podía ejercer sus funciones como especialista, igualmente le dije yo que la forma de tratarnos y de utilizar esas palabras grotescas no eran de un profesional que si igualmente era médico, nosotros también teníamos nuestra profesión y no era necesario tratarnos así, el manifestó que el actuaba así porque eran patrones de crianza. PREGUNTADO La denunciante señora B.F.S., es reiterativa en afirmar que son comunes y frecuentes expresiones como imbécil, cretina, bruta, animal, basura, inepta, frases acompañadas con actitudes de lanzar las pinzas y demás elementos al suelo en plena cirugía, con todos los riesgos que esto implica para los pacientes. Sírvase indicar al despacho cómo son ciertas si ó no estas afirmaciones. Explique su respuesta. CONTESTO: **COMO JEFE DE CIRUGÍA DURANTE CASI DIEZ AÑOS ESTAS ACTITUDES DEL DOCTOR SON CIERTAS**, cuando él cometía estas anomalías se informaba verbalmente a la gerencia, nunca se hizo nada por escrito. (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese como comienza por afirmar, que los hechos que motivaron la queja no fueron presenciados por ellos, para a renglón seguido, afirmar que a veces es muy ofuscado y grita, que en ciertas ocasiones le dijo, jefecita, quién es usted para tomar decisiones; pero téngase en cuenta que no hace referencia a que las maltrate con groserías o palabras soeces, pues no hace referencia a tal tipo de afirmaciones.

Luego relata un supuesto incidente que a ella no le consta, sino que dice haberlo conocido por boca de la auxiliar M.M., por tanto no le consta, cuando supuestamente el disciplinado, dijo que si el hospital no tenía los elementos le importaba un culo, y si el establecimiento no le proporcionaba la sutura, no hacía el procedimiento.

Solo cuando el investigador le pregunta en concreto sobre los insultos, con los que según la denunciante frecuentemente las maltrata, viene a sostener que esas actitudes son ciertas.

Obsérvese que a lo largo de toda su exposición no acusa al médico de la utilización de graves insultos o palabras soeces, pues cuando hace referencia a uno de ellos, lo hace es como un testigo de oídas pues se limita a afirmar lo que supuestamente escuchó a una de las auxiliares y viene a sostener que los insultos que le atribuye la denunciante son ciertos, solo

cuando el interrogador se los pone de presente.

No es creíble para la Corporación que frente a calificativos tan insultantes y degradantes como los que le atribuye la denunciante al médico disciplinado como: **“IMBÉCIL, CRETINA, BRUTA, ANIMAL, BASURA, INEPTA”**, los haya olvidado y los haya omitido mencionar en su relato y solo diga que si son ciertos cuando el interrogador se los pone de presente.

Lo normal y natural, es que quien haya sido insultado de manera tan grave y haya recibido tratos tan degradantes y ofensivos, los recuerde y los repita frente al investigador que está precisamente realizando pesquisas para demostrar la veracidad de los mismos; pero obsérvese, que cuando hace referencia al trato recibido de manera personal por el médico, se limita a increparle que le hubiera dicho: **“...ÉL COMO PROFESIONAL CUANDO QUIERE SER BUENA GENTE Y EXCELENTE MÉDICO LO ES, PERO EN OCASIONES LLEGA OFUSCADO, GRITA, POR EJEMPLO EL CASO MÍO MUCHAS VECES ME TRATÓ DE JEFECITA USTED QUIEN ES PARA TOMAR DECISIONES, A ESO USTED QUE LE IMPORTA?”**.

Si hubiera sido cierto que los calificativos utilizados por el acusado fueron los que afirma la denunciante, en ese momento de su declaración los hubiera recordado y los hubiera mencionado con precisión, porque esa clase de insultos no son objeto de olvido, por lo menos, en la generalidad de las personas normales.

La auxiliar de enfermería M.B.M.O. (f 26), hizo su propio relato sobre los hechos sucedidos de la siguiente manera:

“Empiezo con un problema que sucedió con una auxiliar de enfermería de nombre B.F.S., y el doctor R.A., y el doctor A.R., el cual yo estaba presente ese día que sucedieron los hechos. Ese día el doctor R.A.C. mandó subir un paciente a cirugía, B.F., se encontraba en recuperación, cuando el paciente llegó la auxiliar lo devolvió a urgencias porque el paciente no se encontraba rasurado, según ella lo hizo porque esos son los protocolos que existen en cirugía, el doctor R.A.C., preguntó que si ya habían traído al paciente, entonces alguien contestó, no recuerdo quien, no lo han subido, él inmediatamente llamó al servicio de urgencias de allá le contestaron que B.F., lo había devuelto porque el paciente no iba rasurado, **EL DOCTOR SE MOLESTÓ Y LE DIJO A B., QUE ACASO QUIEN ERA ELLA, QUE ELLA ERA UNA SIMPLE AUXILIAR Y QUE EL CIRUJANO ERA ÉL, EN TONO DE VOZ MUY ALTA**, ellos siguieron discutiendo, B., le hacía mucho énfasis en los protocolos y él le decía que eso para él no valía nada, que primero estaba el paciente. **B. SE ASUSTÓ MUCHO QUE ERA TANTO EL SUSITO QUE EL DIO ELLA VERLO QUE ESTABA DE NEGRO O MORADO DE LA RABIA Y FUE CUANDO ELLA LE DIJO CÁLMESE DOCTOR, CÁLMESE, EL LE CONTESTÓ**

**BUENO B., ENTONCES ENTRAMOS A LA CIRUGÍA**, duraría dos hora más o menos, el paciente pasó a recuperación luego.....PREGUNTADO: La señora B.F.S., en su condición de auxiliar de enfermería del hospital San Rafael del municipio del Espinal, Tolima, en su escrito de queja textualmente afirma”...dentro del equipo de trabajo se encuentra el doctor R.A., médico cirujano, quien siempre ha tenido una aptitud ( sic ) agresiva, grosera e irrespetuosa con el personal de enfermería; trato cruel, degradante e inhumano que se ha intensificado desde que el citado profesional empezó a estudiar derecho...” Diga como es cierta si o no esta afirmación ?. Explique su respuesta. CONTESTÓ: **NO VOYA DECIR SI NO VOYA DECIR NO, PERO ÉL EN OCASIONES SE PORTA DESPECTIVO, DE PRONTO UN POQUITO IRÓNICO CON EL PERSONAL, PERO AHÍ QUE TENER EN CUENTA, QUE EN UNA SALA DE CIRUGÍA, SE MANEJA MUCHO ESTRÉS DE PRONTO ÉL ES UN POCO ESTRICTO EN SU TRABAJO, YA NOSOTROS NOS MOLESTA DE PRONTO SU TONO DE VOZ, SU FORMA DE HABLAR QUE TIENE TAN DURA**. PREGUNTADO: Igualmente en el escrito de queja se afirma que son comunes y frecuentes expresiones como imbécil, cretina, bruta, animal, basura, inepta, frases acompañadas con actitudes de lanzar pinzas y demás elementos en plena cirugía, con todos los riesgos que implica para los pacientes. Que nos puede manifestar al respecto. CONTESTÓ: **DE TIRAR LAS PINZAS AL SUELO LO HACE TODO ESPECIALISTA, DE QUE NOS DIGA TONTAS SI, A VECES NOS DICE BRUTAS, TAMBIÉN PERO ESAS SON PALABRAS QUE YO PERSONALMENTE LE ESCUCHADO QUE ME LAS HA DICHO A MI TAMBIÉN, ESA ES MANERA DE DESESTRESARSE**. ..... PREGUNTADO Considera usted personalmente que su relación laboral con los doctores R.A. y Avelino Rodríguez, esté enmarcada dentro del concepto : “ actitud agresiva, grosera e irrespetuosa “ CONTESTÓ: **NO, NO ME SIENDO AFECTADA** porque llevo mucho tiempo trabajando con el doctor R.A.C., y ya conozco su forma de ser y además somos un equipo de trabajo..... PREGUNTADO. Describa su relación con los doctores R.A.C., y A.R.,CONTESTÓ: **ACTUALMENTE LA RELACIÓN AMBOS ES BUENA, AUNQUE CON EL DOCTOR R.A.C., EN UNA OCASIÓN TUVE UN PROBLEMA PORQUE SI LE SUGERÍA QUE UTILIZARA UN TIPO DE SUTURA CON UNA PACIENTE Y ÉL SE DISGUSTÓ Y FUE DURO CONMIGO ÉL ME CONTESTÓ MUY DURO INCLUSIVE DELANTE DE LA PACIENTE, EN UNA OCASIÓN HABLANDO CON ÉL ME DIJO QUE YO HABÍA SIDO IMPRUDENTE, YO LO ACEPTÉ** PREGUNTADO. Sírvase manifestar si tiene algo más que agregar, suprimir o enmendar a la presente diligencia CONTESTÓ: Yo pienso que esto no debió haberse llevado a estos extremos, se había podido solucionar internamente con el jefe de personal, o en la gerencia, como lo dije anteriormente hay que tener en cuenta que en cirugía se maneja mucho estrés y **QUE EL DOCTOR R.A.C., ES UN GRAN CIRUJANO PERO EL PROBLEMA DE ÉL ES SU GENIO Y SU TONO DE VOZ TAN FUERTE**..... (Lo destacado no lo es en el texto ).

Primero que todo, debe destacarse que la imputación que le hizo la jefe de enfermeras, de cierta expresión soez, pero escuchada de M.M., no es corroborada por esta, situación que le quita todo grado de verosimilitud, pues lo lógico y lo normal, es que si esta testigo fue la afectada con el insulto, lo hubiera mencionado en su declaración.

En relación con el problema propiamente denunciado, nunca le atribuye expresiones soeces, sino de haberle increpado a la quejosa, de ser una simple auxiliar, que el cirujano era él, en voz muy alta. Si se hubiesen producido los insultos y calificativos groseros y grotescos, tenemos la certidumbre

que esta declarante los hubiera repetido. Llama la atención lo afirmado por esta testigo, porque asustada la denunciante de verlo tan airado, le había dicho que se calmara y aquel le habría dicho, bueno B., entremos a cirugía, comportamiento que no se habría dado, si los hechos se hubiesen desarrollado como los menciona la quejosa.

Cuando es interrogada en relación al comportamiento del disciplinado que haya podido ser agresivo, grosero e irrespetuoso con el personal de enfermería o trato cruel, degradante e inhumano, lo único que acepta es que en ocasiones es despectivo e irónico, y que les molesta su tono de voz porque es muy estricto en su trabajo. De manera concreta afirma:

**“NO VOY A DECIR SI NO VOY A DECIR NO, PERO ÉL EN OCASIONES SE PORTA DESPECTIVO, DE PRONTO UN POQUITO IRÓNICO CON EL PERSONAL, PERO AHÍ QUE TENER EN CUENTA, QUE EN UNA SALA DE CIRUGÍA, SE MANEJA MUCHO ESTRÉS DE PRONTO ÉL ES UN POCO ESTRICTO EN SU TRABAJO, YA NOSOTROS NOS MOLESTA DE PRONTO SU TONO DE VOZ, SU FORMA DE HABLAR QUE TIENE TAN DURA.”**

En ninguna parte de su declaración, al igual que sucedió con la anterior testigo, hace mención a groserías e insultos de grueso calibre y solo las viene a reconocer, cuando el interrogador se los repite, de conformidad con la versión de la denunciante y solo en ese momento, sin hacer una acusación clara y precisa solo se atreve a decir:

**“DE TIRAR LAS PINZAS AL SUELO LO HACE TODO ESPECIALISTA, DE QUE NOS DIGA TONTAS SI, A VECES NOS DICE BRUTAS, TAMBIÉN PERO ESAS SON PALABRAS QUE YO PERSONALMENTE LE ESCUCHADO QUE ME LAS HA DICHO A MI TAMBIÉN, ESA ES MANERA DE DESESTRESARSE. ....**

Pero téngase en cuenta, que ni siquiera en ese momento, le atribuye al Dr. R.A.C., las gravísimas acusaciones que le hace la denunciante y solo habla de los calificativos de tontas y brutas. Pero si lo anterior fuera cierto, porque a lo largo de su declaración no los había mencionado y solo hacía referencia a la molestia que les ocasionaba el tono de su voz, que fuera tan estricto y que en ocasiones era despectivo e irónico?.

Es curioso que estas dos testigos solo vengan a recordar y afirmar la existencia de los insultos, cuando el interrogador de manera concreta se los menciona particularizadamente.

Más adelante en su declaración dice no sentirse afectada con el supuesto mal trato recibido del Dr. R.A.C., que su relación actual con el mismo es cordial, recuerda un incidente que tuvo con el mismo, cuando delante de un paciente le recomendó un determinado tipo de sutura y le respondió de manera muy fuerte, diciéndole que no fuera imprudente, recriminación que dice haber aceptado. Pero ni siquiera en este caso afirma haber sido insultada y degradada con palabras soeces o vejámenes de grueso calibre.

Finalmente termina reconociendo que el disciplinado es un muy buen cirujano, pero que lo malo del dr R.A.C., es su genio y su tono de voz tan duro.

Y en el testimonio de esta auxiliar de enfermería, podemos encontrar la génesis del problema que ha sido motivo de investigación, porque surge con claridad de la investigación que el acusado es un buen profesional, estricto hasta en los procedimientos de menor importancia como así lo reconocen varias de sus subalternas, que es fuerte y utiliza un tono de voz muy alto y que les ha increpado sus errores y sus salidas de tono, porque es que no puede el Tribunal dejar pasar por alto, que es un hecho inaceptable desde todo punto de vista que una enfermera auxiliar, sin consultar con el cirujano que está en el área quirúrgica, decida devolver de la sala de cirugía a un paciente que se encuentra en muy mal estado de salud, - una peritonitis generalizada -, por que por tan absurda demora ha podido ocasionar la muerte del paciente; o que un médico, especializado en cirugía general, delante del paciente, aceptara las recomendaciones sobre el procedimiento que debe seguir, hechos por una enfermera auxiliar. Se trata en realidad de un verdadero desconocimiento de la autoridad del cirujano y un verdadero acto de rebeldía que no puede admitirse bajo ninguna circunstancia y una verdadera imprudencia en el segundo caso, que de ser aceptados, colocarían al sistema de salud en vías de su desaparición y a la ciencia médica postrada ante las recomendaciones de las subalternas hospitalarias de más baja formación profesional y científica como son las enfermeras auxiliares.

La auxiliar de enfermería M.E.C. (f 31 ), en relación con el comportamiento del acusado manifestó:

**“...RESPECTO DEL DOCTOR R.A.C., EL SIEMPRE EN CUALQUIER PROCEDIMIENTO QUE VA HA HACER POR SENCILLO QUE SEA QUIERE TENER TODO COMPLETO Y SI NO REACCIONA TERRIBLEMENTE.....**, le pregunté a la señora que si ella tenía

inconveniente en comprar las dos sonditas y le expliqué el procedimiento, entonces la señora me dijo que no que no tenía inconveniente y el doctor pasó y me vio encargándole a la señora las dos sonditas y **ÉL SE PUSO FURIOSO, Y ME DIJO QUIÉN ES USTED QUIÉN LA AUTORIZÓ PARA ENCARGAR ESO, ESO ES UN DELITO GRAVE SE PUEDE IR A LA CÁRCEL, ESTO ESTÁ PROHIBIDO EN LA INSTITUCIÓN ENCARGARLE A LOS PACIENTES, ENTONCES COMO AHÍ LA JEFE M.B., ELLA ENCARGABA A LOS PACIENTES LO QUE HACÍA FALTA PARA QUE NO SE SUSPENDIERA LA CIRUGÍAS QUIRÚRGICAS, PORQUE ALLÁ SE NUEVE MUCHO Y YO NO ESTABA ENTERADA DE QUE ESTABA PROHIBIDO ENCARGARLE A LOS PACIENTES, ME ENTERÉ PORQUE ÉL LO MENCIONÓ AHÍ.** Entonces yo le dije doctor no me cree conflictos delante de la comunidad porque había mucha en el pasillo y si usted considera que debe suspender la cirugía.... **PORQUE LA VERDAD EL DOCTOR R.A.C., NO HA SIDO GROSERO CONMIGO.** (Lo destacado no lo es en el texto).

En esta declarante dice que el dr. R.A.C., no ha sido grosero con ella, que es una persona muy estricta y hasta en los procedimientos más sencillos es muy exigente, que es terrible si todo no se encuentra correctamente dispuesto. Reconoce que en cierta ocasión se puso furioso con ella, porque le estaba pidiendo a una paciente que debía de proporcionar ciertos elementos indispensables para la cirugía.

Con este testimonio se corrobora la apreciación que con anterioridad había planteado la Corporación, que el acusado es un buen profesional de la medicina, exigente con su propia conducta y con la de sus colaboradores. Creemos que el origen de la denuncia y de los testimonios tímidamente corroborantes surgen precisamente de la reacción de ciertos funcionarios incompetentes, negligentes y con poca vocación profesional frente a los médicos que les exigen diligencia y mayor compromiso profesional con actividad tan delicada como es la prestación del servicio de salud, donde siempre estará omnipresente la enfermedad y la muerte, inocultables y seguras.

La auxiliar de enfermería M.N.S. (f 32), en relación con los hechos manifestó:

**“EL DÍA EN QUE SUCEDIERON LOS HECHOS DEL PROBLEMA DE B.F., YO NO ESTABA ESE DÍA DE TURNO,** cuando llegué escuché el problema a las compañeras, **PERO A VECES SI EL DOCTOR R.A.C., LLEGA DE UN GENIO TERRIBLE Y NOS DECÍA USTEDES NO SIRVEN PARA MIERDA Y LLEGABA DE UN GENIO TERRIBLE, Y ASÍ ERA CON VARIAS COMPAÑERAS,** por lo menos con M.E.C. .... PREGUNTADO. En el escrito de queja que aparece a folio 3 y 4 del expediente la señora B.F.S., afirma que son comunes y frecuentes expresiones como: ...imbécil, cretina, bruta, animal, basura, inepta, frase acompañadas con actitudes de lanzar pinzas y demás elementos en plena cirugía con todos los riesgos que implica para los pacientes. CONTESTO..... **Y EL DOCTOR R.A.C., TAMPOCO, DESDE LA VEZ ESA QUE ME DIJO QUE ESO NO SERVÍA PARA MIERDA,**

**DESDE ESA VEZ NADA MÁS.** PREGUNTADO. Describa y califique su relación laboral con los doctores R.A.C., y A.R., CONTESTÓ **COMO LES DIGO YO NO TENGO CON EL DOCTOR R.A.C. NINGÚN PROBLEMA DESDE EL DÍA QUE ME DIJO ESO ÉL NO SE HAVUELTO A METER CONMIGO NADA..... Y EN CUANTO A LAS RELACIONES LABORALES CONMIGO SON CORDIALES TANTO CON EL DOCTOR A. Y EL DOCTOR R.A.C., HASTA LA PRESENTE** ( Lo destacado no lo es en el texto ).

Esta testigo afirma haber recibido en una ocasión una expresión grosera, pero al serle puesto de presente las afirmaciones degradantes que le atribuye la denunciante las niega y solo acepta haber tenido como único problema el incidente ya referido.

La auxiliar de enfermería, S.L.G.S., (f 33 ), en relación con los hechos manifestó:

“...Por un caso que tuvo el doctor R.A.C., con la auxiliar B.F.S., **YO DE LA DISCUSIÓN DE ELLA, NO ESTUVE PRESENTE EL DÍA EN QUE SUCEDIERON LOS HECHOS, ESCUCHÉ POR LAS COMPAÑERAS QUE ELLOS DOS HABÍAN TENIDO UN ENFRENTAMIENTO VERBAL.**.....PREGUNTADO En el escrito de queja que aparece a folios 3 y 4 del expediente la señora B.F.S., afirma que son comunes y frecuentes por parte del doctor R.A.C., expresiones como: “...Imbécil, cretina, bruta, animal, basura, inepta; frases acompañadas..... CONTESTÓ **SI ES CIERTA ESTA AFIRMACIÓN, ESE VOCABULARIO ES ÉL MANEJABA, EN LA ACTUALIDAD YA NO SE EXPRESA ASÍ, DE ESA MANERA.** Me consta porque yo trabajo en el servicio de cirugía y le he escuchado esas expresiones,, lo de las pinzas y que tire las cosas, la mayoría lo hace en un momento de estrés y lo hacen cuando no les sirve una cosa. (Lo destacado no lo es en el texto).

Esta declarante, al igual que ya había sucedido con dos de las anteriores, no hace referencia a insultos de ninguna naturaleza, pero cuando el interrogador, le menciona los supuestos adjetivos insultantes que la denunciante le atribuye al Dr. R.A.C., termina diciendo que esta afirmación si es cierta, pero a pesar de lo anterior, termina diciendo que ya ese vocabulario no es utilizado por este profesional.-

Sirva la ocasión para dejar por sentado que el interrogatorio realizado a los testigos fue mal dirigido, porque se les ha debido preguntar de manera general que es lo que sabían sobre el incidente objeto de investigación, para que hicieran un relato preciso de lo habían escuchado, pedirles que repitieran con la mayor precisión las afirmaciones que se hubieran podido hacer dentro del mismo y que refirieran en que tono se hicieron y si hubo frases insultantes o vocablos de grueso calibre.-

Solo cuando el testigo hubiera hecho una precisión detallada de todo el

incidente, mencionando todas las afirmaciones que se hubieran podido hacer, los insultos cruzados y los vocablos pronunciados, si no se hubieran mencionado los que se le atribuyen al disciplinado, se le ha debido preguntar cuál la razón, para que no los recuerde cuando la denunciante está haciendo referencia a que ellos son cotidianos respecto del trato recibido.

Y cuando solo vinieron a reconocer su existencia, cuando les fueron puestos de presente por el interrogador, este ha debido contrainterrogarlas, para que explicaran porque si los conocían no los habían mencionado en el curso inicial de la declaración.

Es precisamente por haber sido mal orientado el interrogatorio, que hemos podido precisar, como tres de las declarantes no hablan de los insultos que la denunciante le atribuye al Dr. R.A.C., pero cuando el interrogador se los menciona de manera precisa, terminan diciendo que si es cierto y que el médico acusado si los ha pronunciado.

Lo anterior, porque es la tendencia psicológica del testigo, frente a las preguntas sugestivas, de repetir las afirmaciones que se encuentran contenidas en la pregunta del interrogador.

Las fallas del interrogatorio hacen surgir un mar de dudas respecto de la credibilidad de tales testigos y por ello escapa la posibilidad de que los juzgadores lleguen a tener la certeza de cual fue la realidad de los hechos presuntamente sucedidos.

En su versión sin juramento el Dr. R.A.C., negó las acusaciones formuladas en su contra, destacando un claro enfrentamiento de la acusadora, con desconocimiento de su autoridad dentro del área quirúrgica. En tal sentido afirmó:

**“...MIRANDO LAS CONDICIONES CLÍNICAS Y EL ESTADO DEL PACIENTE, DE INMEDIATO ORDENÉ QUE SE SUBIERA A CIRUGÍA Y EN NINGUNA ORDEN MÉDICA ESTIPULÉ EL RASURADO DEL PACIENTE POR CUANTO NO LO AMERITABA Y TAMPOCO TENÍA QUE RASURARLE POR SU EDAD, inmediatamente subí a cirugía porque me correspondía cuadrar mi actividad quirúrgica de la tarde, postergar un par de pacientes programados para el día, PORQUE CONSIDERABA QUE ERA PRIORITARIO Y URGENTE PASAR ESTE PACIENTE LO MÁS PRONTO A CIRUGÍA y porque en la institución se labora solamente hasta las siete de la noche. PROCEDÍ A COLOCARME EL TRAJE QUIRÚRGICO YA ESPERAR EL PACIENTE, CUANDO AL CABO DE UNA HORA Y PREGUNTADO PORQUE NO LLEVABA EL PACIENTE A SALA DE CIRUGÍA, ME ENCUENTRO CON LA SORPRESA QUE UNA AUXILIAR LO DEVOLVIÓ A URGENCIAS,**

**DISQUE PARA QUE SE LE RASURARA CONDUCTA TOTALMENTE ARBITRARIA, NEGLIGENTE, DILATORIA PARA CON LAS CONDICIONES DE ESE PACIENTE**, como es lógico y por la responsabilidad que me asiste como cirujano y médico tratante del paciente en mención, **LE LLAMÉ LA ATENCIÓN EN RELACIÓN A LA ATRIBUCIÓN TOMADA SIN CONSULTARLA, DADO QUE YO ESTABA EN LA MISMA ÁREA QUIRÚRGICA Y CON LA SOLA PREGUNTA DE LA SITUACIÓN DE NO RASURADO DEL PACIENTE NO SE HUBIERA PRESENTADO ESE LLAMADO DE ATENCIÓN. POSTERIORMENTE ME VENGO A ENTERAR QUE LA DEVOLUCIÓN DEL PACIENTE NO ERA POR EL FAMOSO RASURADO DEL ÁREA PÚBLICA, SINO QUE LA FUNCIONARIA B.F.S., AL VER LAS NOTAS DE ENFERMERÍA DE UNA AUXILIAR L.C.G.S., TENÍA UNA ENEMISTAD ABIERTA Y CONOCIDA POR CUANTO ESTA ÚLTIMA SUPUESTAMENTE ES MUY AMIGA DE LA AMANTE DEL MARIDO DE B.F., ESTO ME IMAGINÓ QUE LE PROVOCÓ RABIA Y DE INMEDIATO HIZO REGRESAR AL PACIENTE SIN SIQUIERA EXAMINARLO** y posteriormente fue la misma L.C.S.G.S. quien subió personalmente al paciente y le hizo ver a B.F., que el paciente no tenía que rasurarse en ese momento se llegó hasta al punto que iba a hacer regresara nuevamente al paciente para que fuera rasurado en ese servicio y regresarlo nuevamente a sala de cirugía, momento en el cual cuando me entro y aparezco ya ahí a la entrada de cirugía, **VEO LO ABSURDO DE LA ACTITUD TOMADA Y NUEVAMENTE LE RECRIMINO A B.F. POR LA FALTA, EL IRRESPECTO Y EL MALTRATO A UN PACIENTE USUARIO DE LA INSTITUCIÓN, DE INMEDIATO EL PACIENTE SIN RASURARLE PORQUE NO SE TENÍA QUE RASURAR SE PASÓ A SALA DE CIRUGÍA, SE LE REALIZÓ UN LAPAROTOMÍA EXPLORATORIA, SE ENCONTRÓ UNA PERITONITIS GENERALIZA, TAN SEVERA QUE DE LAS POCAS QUE HE OPERADO DE TAL MAGNITUD**, se le hizo el procedimiento correspondiente..... (Lo destacado no lo es en texto ).-

Dice no constarle lo sucedido en la sala de cirugía por haber estado muy poco tiempo la auxiliar de enfermería L.C.G.S. (f 40); En relación con los hechos dijo:

“ .....preguntando que había pasado con el paciente que él había pedido, no recuerdo quien fue la que contestó el teléfono, yo dije que el paciente se había subido y que B.F. me lo había devuelto, que porque el paciente no estaba rasurado, entonces que el doctor dice que no que se lo suban que él lo necesita urgente, que ese paciente está mal, que él lo está esperando, entonces yo me devuelvo con el paciente, yo ya voy personalmente, subo al paciente a cirugía que queda en el segundo piso, y abro la puerta y B.F. estaba en la puerta esperando, entonces yo legué y le dije: B.F. que el doctor R.A.C., manda por el paciente que me lo reciba, entonces en esas sale el doctor R.A.C., y le digo doctor R.A.C., mire el paciente, y él dijo bueno, páselo de una vez a cirugía, .....PREGUNTADO Dentro del escrito de queja la señora B.F.S., afirma: son comunes y frecuentes expresiones como Imbécil, cretina, bruta, animal basura, inepta, frases acompañadas con actitudes de lanzar pinzas..... **CONTESTÓ PUES A MI NO ME CONSTA ESTO, PUES EN EL CORTO TIEMPO QUE ESTUVE EN CIRUGÍA NO HE RECIBÍ ESTE TRATO**. PREGUNTADO Describa y califique su relación laboral con los doctores R.A.C., y A.R., **CONTESTÓ ES NETAMENTE LABORAL, LO NORMAL, RESPETUOSA NUNCA ME FALTARON AL RESPETO, NI ME DIJERON MALAS PALABRAS, POR EL CONTRARIO ANTES ME ENSEÑARON MUCHAS COSAS DE LOS MANEJOS CON LOS PACIENTES EN CIRUGÍA.....**” ( Lo destacado no lo es en el texto ).-

El dr. A.R.D., niega que tales frases insultantes se hubieran producido (f 42).

Niega igualmente la existencia de tales hechos bochornosos J.O.G., auxiliar de enfermería (f 115 )

“...**AFORTUNADAMENTE NUNCA HE PRESENCIADO ESOS CASOS, LA VERDAD ES QUE NUNCA HE RECIBIDO POR PARTE DE ÉL MALTRATO Y NUNCA LE HE ESCUCHADO ESAS PALABRAS QUE ESTÁN AHÍ, LO ÚNICO QUE SE DE PRONTO ÉL NOS DICE QUE ES QUE DEBEMOS DE TRABAJAR CON LÓGICA, LAS COSAS HACERLAS CON LÓGICA, ES UN POQUITO ACELERADO, PERO NUNCA HE RECIBIDO MAL TRATO DE PARTE DE ÉL.** (Lo destacado no lo es en el texto).

Los Drs. C.F.H.H. (f 116) y G.F.T.G., negaron la existencia de las acusaciones y hablaron de la existencia de un trato cordial.

El testimonio de M.Z., madre del menor con cuya operación se generaron los hechos que han sido motivo de investigación al ser preguntada sobre los mismos dijo:

“PREGUNTADO Díganos si el cirujano que usted nombra en varias oportunidades se llama el doctor R.A.C., y si le consta que en el episodio en la sala de cirugía, él se dirigió al personal subalterno en malas palabras o palabras soeces al personal CONTESTÓ Si, es el doctor R.A.C., él es uno bajito, gordito, **ÉL PREGUNTÓ QUE PORQUE NO LO HABÍA AFEITADO, QUE EL MUCHACHO ESTABA GRAVE, QUE TENÍAN QUE OPERARLO INMEDIATAMENTE, QUE TENÍAN QUE HACER LAS COSAS BIEN HECHAS, ESO FUE LO QUE ESCUCHÓ, NO FUE MÁS.**.....PREGUNTADO. Puede usted afirmar al Tribunal que el trato que usted vio que el doctor R.A.C., dio a las enfermeras fue siempre cordial CONTESTO **QUE YO ME HAYA DADO CUENTA Y MIENTRAS ESTUVE FUE CORDIAL, NUNCA VI QUE LAS REGAÑARA, NUNCA VI QUE LES DIJERA NADA MAL,** él a veces iba solo, iba con los otros médicos (Lo destacado no lo es en el texto).(f 122).

Todos los anteriores declarantes niegan que el comportamiento del Dr. R.A.C., haya sido como lo predica su denunciante, y es evidente que lo afirmado por éstos últimos deponentes va en favor del acusado, porque si fuera cierto lo afirmado de manera tan imprecisa por los otros testigos, como algo cotidiano en la conducta del Dr. R.A.C., es obvio que tales hechos hubieran sido de conocimiento de todos los funcionarios que laboran en esta entidad hospitalaria.

El no haberlos escuchado, ni presenciado, nos indica, que se trata más bien de una retaliación de algunos subalternos, contra un profesional de

la medicina que posiblemente en un tono de voz fuerte les ha hecho saber que las decisiones correspondientes a actos médicos solo pueden ser tomadas por los médicos, y que no permite que le falten al respeto, aceptando las recomendaciones médicas que le hace una auxiliar de enfermería en presencia de sus pacientes; o recriminando a las enfermeras auxiliares, la criticada conducta de exigirle a los pacientes el aporte de los insumos médicos indispensables para sus tratamientos o cirugías.

Se sabe, incluso por algunas de sus acusadores que es un médico estricto, que es un buen cirujano, que utiliza un tono de voz alto y que les recrimina los errores cometidos; estos hechos y circunstancias llevan a esta Corporación a dudar de la credibilidad de las acusaciones que se formulan en contra del galeno disciplinado, porque se trata de denuncias que tienen sabor a venganza y retaliación.-

Superada las nefastas épocas del *non liquen*, todas las fallas probatorias y las consecuentes dudas que le impidan al juzgador para llegar a la certeza, de manera necesaria tienen que resolverse a favor del sindicado, por medio del reconocimiento del democrático *in dubio pro reo*, que será reconocido en el presente caso, razón por la cual se revocará la sentencia sancionatoria, para en su lugar absolver al médico inculcado.

### **El vocablo presunción significa de conformidad con Cabanellas:**

“Conjetura, suposición, indicio, señal, sospecha, decisión legal, excepto prueba en contrario, inferencia de la ley que no cabe desvirtuar.

### **El mismo Cabanellas nos informa sobre éste concepto cuando sostiene:**

" De la presunción decían Las Partidas que quería decir tanto como sospecha, que en algún caso vale tanto como averiguamiento de prueba. En la doctrina moderna se considera también como verdad legal provisional o como consecuencia que la ley o el juzgador saca de un hecho conocido para establecer otro desconocido.

" Según Caravantes: " La palabra presunción se compone de la preposición prae y el verbo sunco, que significa tomar anticipadamente; porque por las presunciones se forma o deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos ".

" Definiendo y diferenciando, De la Plaza expresa que: " la presunción es el resultado del proceso lógico que consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido; indicio es el hecho conocido de que se parte para establecer la presunción; y la conjetura arguye una vacilación en

la exactitud del hecho inicial, que puede trascender a la formación legítima de la presunción".

...

" Hay, pues, dos especies de presunción, a saber: la determinada por la ley, que se llama presunción legal o de derecho, y la otra que forma el juez, por las circunstancias, antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, y se llama presunción del hombre. La primera es de dos clases; pues o tiene tanta fuerza que contra ella no se admite prueba, y entonces se llama presunción "*juris et de jure*", de derecho y por derecho; o sólo se considera mientras no se prueba lo contrario, y en tal caso se llama presunción "*juris tantum*" sólo de derecho. La presunción de hombre o juez es de tres modos, a saber: vehemente o violenta, probable o mediana, y leve, según el mayor o menor grado que tiene de probabilidad, de verdad, de realidad.<sup>4</sup>

### **De manera concreta en relación con la presunción de inocencia el autor antes citado nos dice:**

"En materia penal existe una suposición que, aun no escrita en la ley o los códigos, no resulta menos fundamental: consiste en la presunción de inocencia. En virtud de la misma, la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado; y éste debe ser tratado como inocente, hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva. Por ello los jueces no han de ver automáticamente en el acusado al culpable, por más que a ello tienden los legos ni más que la acusación fiscal. Compensadoramente, no hay que ser tan inocente, ahora como juez, para estimar que la condena sólo surge de pruebas plenas; bastan también los indicios vehementes, numerosos, concordantes y bien interpretados".<sup>5</sup>

### **La presunción de inocencia es una trascendental garantía que hace parte del concepto constitucional del debido proceso, precisamente establecido en el artículo 29 al determinarse:**

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

.....  
 Toda persona se presume inocente **MIENTRAS NO SE LA HAYA DECLARADO JUDICIALMENTE CULPABLE.....**” (Lo destacado no lo es en el texto).-

### **Igualmente aparece consagrado en el Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968 ) al precisarse:**

Artículo 14°.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **MIENTRAS NO SE PRUEBA SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY.** (Lo destacado no lo es en el texto).

<sup>4</sup> Diccionario Enciclopédico de derecho usual. Guillermo Cabanellas. pág 390 Tomo VI. E. Heliasta 1.996.

<sup>5</sup> Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas pág 391 tomo VI Ob. Cit.

### **Igual sucede en la Convención Americana de Derechos humanos (Ley 16 de 1972 ) al señalarse:**

Art. 8o. Garantías judiciales 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia ***MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA LEGALMENTE SU CULPABILIDAD.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

**Aparece como una de las grandes conquistas de los revolucionarios franceses que la consagraron en el artículo 9 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 al determinarse:**

“ 9°. ***Debiendo presumirse todo hombre inocente MIENTRAS NO SEA DECLARADO CULPABLE,*** si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.- (Lo destacado no lo es en el texto).

**Hace parte igualmente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A ( III ) de 10 de diciembre de 1948 al señalarse:**

“ Art. 11°. - ***Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD,*** conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa.- (Lo destacado no lo es en el texto).-

**Este principio es reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá en 1948 al determinarse:**

“ Art. XXVI.- ***Se presume que todo acusado es inocente, HASTA QUE SE PRUEBE QUE ES CULPABLE.***- (Lo destacado no lo es en el texto).-

**No ha sido un principio pacífico, porque la verdad es que son muchos los autores que lo han atacado, considerando que no es una verdadera presunción, que se constituye en un obstáculo para la persecución penal, o que en la legislación donde sea reconocida no puede existir la detención preventiva, porque la primera excluye la posibilidad de la privación de la libertad.**

**Vélez Mariconde en relación con los enemigos de la presunción de**

## inocencia destaca:

“Las primeras censuras partieron de Garófalo, según recuerda Longhi: “Considero que el principio debilita la acción procesal del Estado, porque constituye como un obstáculo para tornar eficaces resoluciones en contra de los inquiridos, especialmente en materia de detención preventiva, hasta favorecer la libertad de los imputados, aún cuando ella pudiese constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, aun cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia “ o hubiese sido solemnemente proclamada por decisiones jurisdiccionales aún no firmes. “ A quienes repiten la sólita vanidad y absurda frase de la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, respondo que muchas veces el juicio es anticipado y la condena pronunciada por el tribunal de la opinión pública “. Por eso estima Garófalo que “en el juicio, al imputado no se lo debe presumir inocente ni culpable. Es lo que es: imputado, es decir, que existen razones por las cuales el magistrado que lo envía ante los jueces lo ha creído culpable“.

Una opinión semejante fue expresada por Berenini, mientras que Ferri la reafirmó hasta cierto punto, demostrando su incompreensión. Sostiene en efecto, que la “presunción de inocencia, y con ella la regla más general, *in dubio pro reo*, tiene seguramente un fondo de verdad y hasta es obligatoria cuando se trata del período preparatorio del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples suposiciones o indicios. Esta presunción, derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se prueba lo contrario, goza por ella de una base positiva incontestable, puesto que los delincuentes no son más que una escasa minoría en comparación con el numeral total de la gente honrada.

Pero esta presunción – dice Ferri – ilógica cuando es absoluta y no se hace distinción alguna, sólo puede “ valer en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado. Cuando se trata de un flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece que tenga la misma fuerza lógica o jurídica. Y todavía la tiene menos cuando el procesado no es un delincuente ocasional.... que entra en los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión.....el autor de una forma de criminalidad atávica.

Radical y cortante, en cambio, es la voz de Manzini cuando niega categóricamente la existencia de una presunción de inocencia a favor del imputado. “ Si es erróneo – escribe - el criterio de que las normas procesales penales son esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que el procedimiento penal valga ( más aún: “ milite “, como se dice en jerga forense ) a favor del imputado deberá ser considerado inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable condena “.

“ Nada más burdamente paradójico e irracional. Basta pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instrucción y en hehecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de delincuencia, ella debería constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. ¿ Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia .....”.

“Las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta – agrega – por los que se llega a un determinado convencimiento, absoluto o relativo, sobre la base de la común experiencia. Ahora bien, ¿ de qué inocencia se trata ? O lo uno y lo otro a la vez ?. Y entonces, ¿ por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿ Por qué no abolir la detención preventiva ?.

En el mismo equívoco incurren Mortara y Aloisi cuando se ocupan del “ritornello che canta doversi presumere linnocenza delli imputato”. “Es una máxima errónea – dicen – que ha seducido a muchos intelectos proclives a la debilidad, y que ha tenido una suerte que no merecía. Podemos y debemos estar de acuerdo en que el imputado no es un delincuente declarado; pero decir que la delincuencia no se debe presumir en su daño es azás diverso que decir que se debe presumir su inocencia. La presunción de inocencia protege a todos los sujetos que no sean sospechados de haber cometido un delito. Quien es sospechado de haberlo cometido cesa de ser protegido por aquella presunción....Tomada a la letra haría imposible el ejercicio de la acción penal porque siempre es absolutamente ilícito obra contra el inocente. Un individuo resulta imputado precisamente cuando viene a menos la presunción normal de inocencia que existe a su favor.<sup>6</sup>

### **Ha tenido igualmente acérrimos defensores entre los que debe destacarse al maestro de la Escuela Clásica. Carrara hace un gran elogio de la presunción de inocencia cuando afirma:**

“Hay a favor del imputado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción es asumida por la ciencia penal, que hace de ella su bandera para oponerla al acusador y al inquisidor, no con el fin de detener el movimiento de ellos en su legítimo curso, sino con el fin de restringirlos en sus modos, encadenándolos a una serie de preceptos que sean freno para el arbitrio, obstáculo para el error y, por consecuencia, protección del ciudadano. He aquí el fin del rito procesal, que forma el objeto de la segunda parte de la ciencia penal. El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia y así la negación de la culpa..... Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente; así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad..... con los modos y las formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón”.

El rito penal es, pues, la salvaguardia de los hombres de bien; la ciencia en esta parte ejercita la protección de los honestos.

Ob sérvese que ya el pensamiento de Carrara – más valioso que su expresión – coincide en sustancia con el que más adelante enunciaré, desde que el maestro admite que el imputado es inocente hasta que no se prueba lo contrario.....por sentencia firme.

Por su parte y en igual sentido Lucchini enseña que “no ya por consideraciones unilaterales o por motivos sentimentales, sino en obsequio a los principios de razón y evaluando los intereses sociales en su esencia y plenitud, frente al estado de imputación del individuo perseguido surge y se contrapone la “presunción de inocencia”, que en todo el curso del procedimiento debe atemperarlo y equilibrarlo.....”, la cual es “corolario lógico del fin racionalmente asignado al proceso. Si tal fin práctico consiste en el descubrimiento de la verdad con respecto a la imputación del delito, es natural que se contraponga a él la hipótesis de que el imputado sea inocente, es decir, que todo ciudadano debe reputarse tal hasta que no sea demostrada su culpabilidad. Cuando ésta no se demuestre, pues, el imputado debe ser absuelto sin exigir la demostración de su inocencia y debe reintegrarse a la sociedad sin mancha alguna, precisamente porque.....su inocencia es presunta”.

---

<sup>6</sup>CDerecho Procesal Penal, Alfredo Vélez Mariconde. Pág 34 y ss Tomo II. Actualizada por los Drs. Manuel N Ayán y José I. Cafferata Nores.- Editora Córdoba. Córdoba 1982.

Entiende el autor citado, por lo tanto, que “la presunción de inocencia constituye la primera y fundamental garantía que la ley de procedimiento asegura al ciudadano, presunción *iuris*, como suele decirse, o sea, válida hasta la prueba en contrario, hasta que no se haya demostrado la verdad de la imputación mediante la sentencia de condena “. A su criterio, el principio produce dos efectos: “primero, tener despierto y vigilante el interés represivo en torno al fin práctico a conseguir: la demostración real y concreta de la culpabilidad; segundo, que cuando se presente el eventual conflicto entre los dos supremos intereses procesales, en el curso del procedimiento o en su definición, no se abandone el *in dubio pro reo*.<sup>7</sup>

Del principio de la presunción de inocencia se derivan dos trascendentales garantías a favor del procesado: a) el *in dubio pro reo* y b) la carga de la prueba.

Para que pueda producirse una sentencia condenatoria es menester que en el intelecto del juez se haya formado la certeza de la culpabilidad y la responsabilidad,<sup>8</sup> es decir que debe tener la íntima convicción de que se produjo la infracción a la norma penal y que la persona o personas procesadas son los autores de la misma y que por los medios de convicción allegados al proceso se tiene la certidumbre que sobre ellos debe recaer un juicio de responsabilidad penal.

Cuando por una investigación deficiente, exista incertidumbre, o duda respecto a la existencia del hecho, vacilaciones, indecisiones o perplejidades, respecto a la realización de la conducta, sombras sobre alguno de los ~~elementos del delito~~, el juez en el cumplimiento de sus deberes debe dictar sen-  
<sup>7</sup> Derecho Procesal Penal, Alfredo Vélez Mariconde. Pág 32 y ss Tomo II. Actualizada por los Drs. Manuel N Ayán y José I. Cafferata Nores.- Editora Córdoba. Córdoba 1982.-  
<sup>8</sup> ART. 232.—***Necesidad de la prueba.*** Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

**No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.**

( Lo destacado no lo es en el texto ).

<sup>9</sup>La ley procesal tiene efecto general e inmediato.

ART. 7º—***Presunción de inocencia.*** Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal.

**En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado.**

Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales. ( Lo destacado no lo es en el texto ).-

tencia absolutoria dando aplicación al principio del *in dubio pro reo*,<sup>9</sup> según el cual todo tipo de dudas o incertidumbres sobre alguno de los aspectos antes destacados debe llevar al juez a reconocer la duda a favor del procesado.

Debe precisarse que la garantía del *in dubio pro reo*, surge no solo del principio de la presunción de inocencia, sino de los también constitucionales derechos de tener acceso a la justicia<sup>10</sup> y a un proceso sin dilaciones injustificadas.<sup>11</sup>

**Bien se sabe que el derecho a tener acceso a la justicia no solo significa el poder denunciar, querellar o participar como sujeto procesal, testigo o denunciante dentro del proceso, sino que de él dimana el derecho ciudadano a que el Estado decida el proceso con la mayor prontitud por medio de una decisión firme y definitiva.**

**Este principio tiene una estrecha relación con el derecho ciudadano a tener un proceso sin dilaciones injustificadas, que impide la posibilidad que en el pasado se dio, cuando una persona podía estar indefinidamente vinculada a un proceso.-**

El *in dubio pro reo* surge en el derecho moderno ante la imposibilidad del

<sup>10</sup> **ARTICULO 229.** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

<sup>11</sup> **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

.....  
 “.....Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa.....; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra;.....”.

<sup>12</sup> El juez no funda su sentencia. Se limita sólo a pronunciar un monosílabo. “ si “ o “ no “, así como en el derecho romano el pretor respondía: “ *condemno* “ o “ *absolvo* “ o “ *non liquet* “ y expedía su veredicto en una conchuela de ostras, donde se encontraban grabadas las iniciales de las palabras referidas “ A “, “ C “, y “ N. L “. O sea, un monosílabo, como en los veredictos de los jurados contemporáneos.

Tratado de Derecho Procesal Penal, Rafael Fontecilla Riquelme, pág 37 Tomo I. E. Jurídica de Chile, Santiago 1978.-

El *non liquet* se producía en el derecho romano, cuando el pretor consideraba que no tenía elementos de juicio suficientes para condenar o absolver, o cuando tenía incertidumbre respecto a la prueba o la norma legal a aplicar. Es claro que tal posibilidad constituye una verdadera aberración y sería una clara negación de lo que entendemos por Estado Social y Democrático de Derecho y las garantías ciudadanas que a él se encuentran vinculadas.

*non liquet*,<sup>12</sup> posible en el proceso penal romano y que hoy constituiría una verdadera denegación de justicia; lo que fue una realidad en el pasado, daba la posibilidad infame de que el ciudadano pudiera estar de por vida vinculado a un proceso, sin esperanzas de que el mismo le fuera fallado definitivamente.

El segundo principio que se deriva de la presunción de inocencia es el de la carga de la prueba, que surge de una sencilla interpretación gramatical tal como el principio es postulado en los diversos ordenamientos superiores. Como se puede observar de la enunciación del principio en las diversas normatividades surge con claridad que al presumirse a los ciudadanos inocentes, la destrucción de esta presunción corresponde al Estado, porque es este que como expresión de la soberanía interna quien ejerce el *ius puniendi*, y es por tanto, quien tiene el monopolio de la fuerza, de la represión y del castigo y quien tiene el deber y la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia de que gozan todos los habitantes del territorio nacional.

**Es por ello que dentro de las diversas normatividades analizadas, el ciudadano seguirá presumiéndose inocente:” ..... mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.....”, tal como se estipula en la Constitución; o “.....mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley.....” como se determina en el Pacto Universal; o “.....mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” como se señala en la Convención Americana.**

**De todas las anteriores expresiones gramaticales surge con nitidez, que el ciudadano no tiene que demostrar su inocencia, sino que es el Estado, quien con todo su poder represivo debe demostrar la culpabilidad.**

**Es a este deber u obligación que se ha denominado como “carga de la prueba “, que si bien es un principio que surge como expresión de los deberes procesales que les incumben a los actores dentro del proceso civil, fue trasladado al campo del derecho penal donde ha tenido plena receptividad, entendiendo por carga de la prueba la noción que con anterioridad se ha dado.-**

---

<sup>13</sup> Art. 305.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 135. *Congruencias*. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del

**Recuérdese que en el proceso civil el juez limitado por la imposibilidad del fallo ultrapetita que, lo obliga en principio a fallar de conformidad a lo pedido y probado por los diversos actores del proceso.<sup>13</sup> Lo anterior deriva del hecho de que tanto demandante como el demandado deben precisar muy claramente en la demanda o en la contestación de la misma, cuáles son sus pretensiones procesales y de conformidad con ellas producir todo el acervo probatorio que sea indispensable, para que el juez en la sentencia les reconozca lo que han pedido y demostrado.-**

**Es por las razones precedentes que al interior del proceso civil siempre se ha hablado de la carga de la prueba, entendiéndose por tal el deber procesal que tienen demandante y demandado de producir o aportar todos los medios de convicción necesarios para que sus pretensiones les sean reconocidas en la sentencia.**

Tal concepto trasladado al ámbito del proceso penal se debe traducir en la obligación que tiene el Estado de demostrar la existencia del hecho, la infracción a la norma penal, la autoría y la responsabilidad y los atenuantes o agravantes, y los eximentes de la misma, de conformidad con la obligación constitucional impuesta de la investigación integral.<sup>14</sup>

No podemos menos que compartir el criterio expresado por el profesor Edgar Escobar López quien critica las concepciones de algunas leyes que han pretendido invertir la carga de la prueba, especialmente en relación

---

pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

<sup>14</sup> **ARTICULO 250.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. ....”.-

.....  
**La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado,** y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten. ( Lo destacado no lo es en el texto ).-

con delitos como el enriquecimiento ilícito y el testaferrato y de las viciosas prácticas judiciales, impulsadas por el eficientismo, que estiman o consideran que es el procesado quien debe proceder a demostrar la licitud de sus bienes y obviamente su inocencia.

**En este sentido el Dr. Edgar Escobar López ha sostenido:**

“Y en el derecho procesal penal de hoy, con las excepciones que mencionaremos luego, impera el criterio de que en el **proceso penal no puede tener aplicación la doctrina de la carga probatoria**, porque es el Estado, por medio de sus agentes, el fiscal y el juez, “a quien corresponde el deber y el peso de la prueba, no siendo sino una manera impropia de hablar, tomada del derecho civil, aquello de que sólo compete tal deber al acusado o al acusador”. “A la copiada máxima de la obligación de probar del que afirma hay que añadir la **presunción de inocencia**, merced a la cual nadie tiene obligación de probarla cuando resulte gratuitamente negada, aunque sí debe hacerlo cuando se contradice en virtud de delincuencia probada. Cree, pues, que el imputado tiene la obligación de probar su inocencia cuando la prueba independiente ha destruido la presunción que le protege, errando así cuando admite una excepción”.

Esas excepciones al deber de probar la acusación por parte del Estado, a través de sus agentes, son numerosas en la legislación colombiana actual, donde se **invierte el principio de la carga de la prueba** y queda la obligación de demostrar su inocencia al procesado, desconociéndose de tajo el estado o condición de inocencia que se viene analizando. Veamos esas excepciones:

a) En el delito de **Enriquecimiento Ilícito** contemplado por el artículo 10° del Decreto 2266 de 1991, corresponde al sindicado y a su defensa la carga probatoria de demostrar la legalidad de la propiedad sobre los bienes y la lícita procedencia de los dineros con que fueron adquiridos. Pero la prueba del incremento patrimonial no justificado corresponde a la Fiscalía, organismo estatal que debe aportar la prueba en ese sentido y, por eso, la carga de la prueba es relativa en ilicitudes como estas. El procesado debe demostrar la legalidad de la propiedad sobre el bien y la procedencia lícita de los dineros, mientras que al Estado corresponde la demostración del nexo con la actividad ilícita y el incremento patrimonial injustificado.

b) En el **testaferrato**, consagrado por el artículo 7° del Decreto 2266 de 1991, el canon 4° del mandato 2390 de 1989, convertido en legislación permanente por el dispositivo 6° del Decreto 2272 de 1991, adiciona el primero de los mencionados mandatos al decir que quienes aleguen propiedad sobre los bienes decomisados u ocupados, deben comparecer "dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a su citación o emplazamiento, con el fin de que demuestren su propiedad sobre ellos, su procedencia legítima y el fin para el cual estaban destinados" Fuera de ello, autoriza al juez para que en la sentencia decida "en forma definitiva la destinación (sic) de dichos bienes y su devolución en caso que se demuestre plenamente la licitud de su procedencia y destinación". Y termina el Decreto diciendo que si "los terceros no se presentaren dentro del lapso señalado, se considerará como un indicio grave sobre la ilicitud de la procedencia y destinación de dichos bienes”.

Entonces, no es suficiente la sola manifestación de propiedad sobre los bienes, sino que se torna necesario establecer el nexo contractual entre el verdadero propietario y quien figura como dueño en la oficina de instrumentos públicos y el catastro municipal, por ser **tipos penales de los denominados permanentes o de tracto sucesivo**. Y con la expresión de considerar la no presencia dentro del perentorio termino como **un indicio grave sobre la ilicitud de la procedencia y destinación del bien**, se está creando, ni más ni menos, una presunción legal en tal sentido, ampliamente criticadas por el derecho penal moderno por presumir la responsabilidad y, de tal manera, contrariar el postulado constitucional de la presunción de inocencia basta tanto

la culpabilidad no se demuestre legalmente.

c) De otro lado, el inciso 2° del artículo 34 de la Constitución Política actual dispone que "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". Esa norma superior es desarrollada por el artículo 340 del Código Procesal de 1991, al reglamentar lo relativo a la **extinción de dominio sobre bienes**, cuando dispone que "por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social".

d) El artículo 6° de la Ley 40 de 1993, denominada **Estatuto Nacional contra el Secuestro**, se refiere al **enriquecimiento ilícito derivado del secuestro**, y allí se lee: "El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, y siempre que el hecho no constituya otro delito", será sancionado con las penas allí determinadas por el legislador.

En fin, la práctica judicial en la instrucción y fallo de procesos nos ha enseñado que no son pocos los textos legales donde se abre paso la **presunción de culpabilidad** porque, con la sola sindicación a un ciudadano de haber cometido un hecho punible, se le obliga a aportar los elementos de juicio probatorios demostrativos de su inocencia, es decir, que no es cierta la imputación que sobre él recae. Ello convierte al Estado y a los agentes encargados de administrar justicia, en fácil instrumento de los malvados con deseos de vindicta, de proclives intereses, mezquinos sentimientos, que atentan contra los derechos básicos de los buenos ciudadanos, de las personas indefensas, a quienes muchas veces se les imputan ilícitos en los que nada han tenido que ver o, por situaciones del destino, se ven abocados a un proceso penal y, al final de cuentas, se hallan atrapados en una red, en una maraña probatoria a veces preordenada de la cual difícilmente pueden encontrar la salida.

Es que si el Código Penal de 1980, que entró en vigencia el 29 de enero de 1981, tiene teóricamente una orientación culpabilista, porque en verdad ello no es exacto, echó de menos el **derecho penal de autor y acogió la moderna teoría del derecho penal de acto o de hecho**, contemplado en el artículo 21 de la normatividad y característico de los estados de derecho social democráticos, **derecho penal de acto o de hecho** que se desconoce impunemente al invertirse la carga de la prueba en esas conductas mencionadas, que en nuestro criterio no son más que desafortunadas normas de **presunción de culpabilidad**, donde la obligación de probar pesa en el sindicado y su defensa, y no en el Estado por medio de sus funcionarios judiciales. Esos rezagos del peligrosismo o positivismo deben erradicarse de una legislación moderna como la nuestra y de todas aquellas donde existan porque, **si desaparece la presunción de culpabilidad que las normas consagran, se fortalece el derecho de defensa y el estado de inocencia.**

**Es que la concepción moderna de la carga de la prueba del delito en cabeza del Estado, por intermedio de sus agentes, tiene como fundamento el carácter de interés público que determina el proceso penal, lo que significa que la obligación de investigar la verdad incumbe al Estado, sin que la actividad probatoria que al mismo le corresponde y el objeto de la prueba, del cual no puede disponerse por el mismo por ser de orden público, puedan encontrar límites derivados de la conducta de los sujetos procesales. Y si el proceso penal tutela la libertad personal y el imputado es inocente hasta que no se acredite y declare su culpabilidad mediante sentencia en firme, nos PARECE INDUDABLE QUE EL DOGMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 29 EXCLUYE EN ABSOLUTO LA CARGA PROBATORIA DEL IMPUTADO. ESTE NO TIENE EL DEBER DE PROBAR NADA, AUNQUE TENGA EL DERE-**

**CHO DE HACERLO, PUES GOZA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE NO REQUIERE SER CONSTRUIDA, SINO QUE DEBE SER DESTRUIDA. Y SI NO SE LE PRUEBA SU CULPABILIDAD SEGUIRÁ SIENDO INOCENTE Y, POR LO TANTO, DEBERÁ SER ABSUELTO, simplemente porque no se le ha probado la autoría o participación en el delito que se le imputa, máxime que según el ordinal 5° del artículo 250 de la Constitución Política, los fiscales, en todos sus niveles y especialidades, están en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos básicos y las garantías procesales que le asisten.**<sup>15</sup> (Lo destacado no lo es en el texto).

**Acudamos a la doctrina para tener un mejor entendimiento de lo que ha de entenderse por carga de la prueba:**

“ En el proceso civil, el principio de la carga de la prueba significa que quien afirma un hecho en el cual descansa su pretensión tiene el deber jurídico ( para consigo mismo ) de probarlo, de modo que – produciéndose una repartición formal de la carga probatoria entre el actor y el demandado – el Juez debe considerar inexistente el hecho cuando no lo ha probado quien tiene el deber de hacerlo; su incumplimiento perjudica al titular de la carga. El magistrado carece normalmente de un poder autónomo de investigación. La doctrina moderna aspira a concedérselo, por lo menos en cierta medida.

En lo penal, esta doctrina fue antiguamente afirmada lo mismo que en el civil, pero después fue decayendo poco a poco hasta ser abandonada. Bonnier morigera ya la máxima *reus excipiendo fit actor* cuando concluye que “ el acusado que alega un hecho justificativo o una excusa, no está obligado a justificarlo de una manera tan precisa, debiendo bastar la posibilidad del hecho alegado para motivar la absolución “. Framarino, por su parte, llega a considerar que “ el acusado que opone una justificación o una excusa, no tiene la obligación de la prueba completa ( como el demandado sobre la excepción ); le basta haber hecho creíble su afirmación “. En la actualidad, salvo alguna extraña excepción, impera el criterio de que en el proceso penal no puede tener aplicación la doctrina de la carga probatoria.

**Es cierto que esta concepción moderna reposa en el carácter público del interés que determina el proceso penal, lo que significa que la obligación de investigar la verdad incumbe a los órganos del Estado, sin que la actividad probatoria ( que a ellos les corresponde, en primer lugar ) y el objeto de la prueba ( indisponible ) puedan encontrar límites derivados de la conducta de las partes; pero si el proceso tutela la libertad personal, y el imputado es inocente hasta que no se acredite y declare su culpabilidad, ME PARECE INDUDABLE QUE EL DOGMA CONSTITUCIONAL EXCLUYE EN ABSOLUTO LA CARGA PROBATORIA DEL IMPUTADO; ESTE NO TIENE EL DEBER DE PROBAR NADA, AUNQUE TENGA EL DERECHO DE HACERLO, PUES GOZA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE NO REQUIERE SER CONSTRUIDA, SINO QUE DEBE SER DESTRUIDA; SI NO SE LE PRUEBA SU CULPABILIDAD SEGUIRÁ SIENDO INOCENTE, Y POR TANTO, DEBERÁ SER ABSUELTO.**<sup>16</sup> ( Lo destacado no lo es en el texto ).-

<sup>15</sup> La presunción de inocencia. Edgar Escobar López. Págs 81 y ss E. Leyer Bogotá 1998.

<sup>16</sup> Derecho Procesal Penal, Alfredo Vélez Mariconde. Pág 44 y ss Tomo II. Actualizada por los Drs. Manuel N Ayán y José I. Cafferata Nores.- Editora Córdoba. Córdoba 1982.

## Leo Rosemberg en relación con esta temática ha sostenido:

“El juez sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la existencia de las circunstancias que constituyen los presupuestos del precepto. De ello resulta que la norma jurídica deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la no-existencia de estos presupuestos sino también cuando le han quedado dudas acerca de su existencia. Los inconvenientes de esta incertidumbre recaen sobre la parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión. De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o - dicho más brevemente - soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. Soporta esta carga, porque aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos. Como se ha visto, la esencia de la carga de la prueba reside, precisamente, en la resolución con respecto a esta duda. La sentencia del juez se pronunciará en tal caso necesariamente en contra de la parte; no porque ella soporta la carga de la prueba, sino al revés: decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte porque en caso de incertidumbre sobre una característica definidora del precepto legal debe decidirse en perjuicio de esa parte. Solo al apreciar adecuadamente esta relación de causa y efecto, se comprenderá la coherencia de nuestro problema con la doctrina de la aplicación del derecho y se reconocerá la exactitud de nuestro punto de partida.

El Tribunal del Reich ha tenido varias veces la oportunidad de expresar claramente que para el resultado del pleito surge igual efecto el hecho de que el juez esté convencido de la no existencia de los presupuestos del precepto jurídico a aplicarse, que la circunstancia de que no esté convencido ni de su existencia ni de su no existencia.-

Así por ejemplo, en un caso en que el tribunal de apelación consideró no probado el que el derecho reclamado haya sido adquirido a base de una transacción, rechazando por eso la demanda, el tribunal supremo ha contestado a los ataques elevados contra esto por la revisión:

**“Esto basta completamente, porque el demandante tiene la carga de la prueba y, en consecuencia, no puede triunfar, si no suministra la prueba que le incumbe, sin que el tribunal de apelación tuviera que comprobar positivamente lo contrario, esto es, que el derecho no haya sido otorgado”**.<sup>17</sup>( Lo destacado no lo es en el texto ).-

## Micheli reflexionando sobre el mismo tema nos indica:

“El dogma de la carga de la prueba, como se verá en el desarrollo de esta primera parte, estudia precisamente los medios ofrecidos al juez para evitar un pronunciamiento de duda, cuando el derecho ofrecido no admita excepcionalmente fórmulas dubitativas, o para excluir la omisión de pronunciamiento, salvo cuando el *non liquet* dentro de determinados límites, es admisible (por ejemplo *absolutio ab instantia*). Pero obsérvese que en la primera serie de casos existe ya una regla de juicio, la cual da contenido definitivo (ya sea de aceptación, ya sea de rechazo) a un juicio de duda, y en la segunda decisión no incide en general sobre el contenido de la controversia, dejando sin prejuzgar el mérito de ella. Sentado esto, no me parece, por tanto, admisible el planteamiento del problema propuesto por Saraceno, según el cual el juez emite siempre una

<sup>17</sup> La carga de la prueba. Leo Rosenberg. Trad. Ernesto Krotoschin. Págs 11 y ss E. Jurídicas Europa América. Bogotá 1998.-

decisión, también cuando pronuncia un *non liquet*, puesto que el juez, como todo mortal, debe tomar siempre una decisión y esta puede concretarse, por tanto, también en una denegación para decidir, lo que equivaldría a un pronunciamiento negativo. Una decisión semejante, siempre para Sarraceno, contiene un pronunciamiento sobre la carga de la prueba, en cuanto la decisión negativa constituye el contenido de una providencia negativa, en lo que se comprende también la denegación de conceder la tutela jurídica a quien la solicite.

A mi entender, sin embargo, la doctrina de la carga de la prueba se plantea sobre bases más amplias y diversas de las que en hipótesis establece Sarraceno. Más amplias puesto que el programa que el legislador se propone resolver al dictar las reglas de juicio de la carga de la prueba no concierne solo a la prohibición del *non liquet*, de la omisión de pronunciamiento, en lo que se especifica el deber del juez de pronunciar en todos los casos, sino también la eliminación de pronunciamientos de contenido dudoso, esto es, de decisiones, las cuales aun conteniendo un juicio lógico, no definen la materia de la controversia.<sup>18</sup>

### **Carlos Climent Durán, comentando la relación existente entre la presunción de inocencia y la carga de la prueba sostiene:**

“La presunción de inocencia opera en el juicio penal imponiendo a los acusadores la carga de probar la perpetración de un hecho delictivo por parte del acusado. **ESTO SIGNIFICA QUE EL ACUSADO QUEDA EXENTO DE PROBAR SU PROPIA INOCENCIA O SU FALTA DE CULPABILIDAD, COSA QUE OBTIENIENDO LE RESULTARÍA MUY DIFÍCIL, POR NO DECIR IMPOSIBLE**: hoy día nadie admite que haya de ser el acusado quien tenga que probar su propia inocencia o la no realización del acto delictivo que se le imputa. Aunque, como luego se verá, esto no quita que el acusado tenga la carga de probar los hechos impositivos o extintivos que aduzca a su favor.<sup>19</sup> ( Lo destacado no lo es en el texto ).-“

### **Orlando Alfonso Rodríguez en relación con el tema de la carga de la prueba sostiene:**

“En el campo punitivo, no existe el concepto de la distribución de la carga de la prueba, que caracteriza los procedimientos privados, como el civil, sino que es del resorte exclusivo del acusador. Tiene entonces, importantes repercusiones **en relación con la carga de la prueba, que por su consagración constitucional de este principio le corresponde enteramente al Estado, a través de organismos especializados, con jurisdicción y competencia, dentro de los marcos del debido proceso, el deber, la obligación social y política en aras de defender los intereses generales de entrar a demostrar la existencia del hecho, la infracción a la ley penal, como la culpabilidad y consecuente responsabilidad del procesado**. Es el onus probandi entendido como obligación, interés, facultad o deber jurídico del Estado de probar, para desvirtuar la premisa menor de la presunción, en el sentido que el imputado no es inocente, y así debe declararse en sentencia.-“

Por el contrario, **el ciudadano procesado, titular del derecho primigenio de inocencia, está dispensado de probar su inocencia**, porque con base en la premisa mayor de la presunción, la generalidad de los hombres no delinquen y el imputado por el hecho de ser integrante de esa

<sup>18</sup> La carga de la prueba. Gian Antonio Micheli, Trad Santiago Sentís Melendo. pág 11 y ss. E. Temis Bogotá 1989.

<sup>19</sup> La prueba penal. Carlos Climent Durán. Pág 711 Tirant lo Blanch Valencia 1999.

sociedad, le da derecho a ser tratado como inocente, correspondiéndole a ésta – a través de sus instituciones – *probarle que delinquiró; de acuerdo con el axioma: quienes acusan deben tener pruebas, qui accusare volunt, probationes habere debent.*

Esta generalidad, se manifiesta como una garantía judicial con raigambre constitucional y legal, que presume la inocencia del ciudadano; su condición dentro del proceso es la de ser titular del derecho político fundamental, protegido con una presunción relativa en su favor, que admite prueba en contrario. La organización social, a través del Estado, tiene el deber, la obligación de demostrarle que violó la disciplina social, afectó uno de los intereses política y jurídicamente apuntalados, garantizándole un proceso judicial legal, justo y debido, acreditando la prueba mínima en contrario, con la suficiente vocación y capacidad para derribarla. **Es lo que en la semántica procesal se denomina la carga probatoria, esto es, la obligación estatal de probar que ese hombre en concreto afectó intereses que protege la sociedad en general, al no respetar las leyes vigentes, que estaba en el deber de observar.**

**ESTA DISPENSA DE LA CARGA DE LA PRUEBA, PERMITE QUE EL PROCESADO PUEDA ASUMIR UNA POSICIÓN PASIVA, INCLUSO, COMO PARTE DE UNA ESTRATEGIA DEFENSIVA, QUEDANDO A LA ESPERA QUE EL ENTE ACUSADOR DESARROLLE SU ACTIVIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE ALLEGAR LA PRUEBA DE CARGO. EN LA PRETENSIÓN DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN LEGAL QUE AMPARA SU CONDICIÓN DE INOCENTE.** Esa prueba debe reunir todas las condiciones de legalidad para que legítimamente sea apta para construir un eventual fallo de condena. El “derecho a la presunción de inocencia impone todo un conjunto de garantías constitucionales de la actividad probatoria en el proceso penal, esto es, la presunción de inocencia conlleva toda una serie de reglas de la actividad probatoria “, dice el tratadista español Ignacio Díez-Picazo Jiménez.<sup>20</sup> ( Lo destacado no lo es en el texto ).

### **El Tribunal Constitucional Español sobre ésta problemática ha sostenido:**

".....la presunción de inocencia exige para ser desvirtuada, en primer lugar, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y, en segundo, que dicha actividad probatoria sea efectivamente incriminatoria, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respeto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el encausado " Sent. 150, 25 IX 1.989 BOE, 18, X 1.989 Pon. Vicente Gimeno Sendra.<sup>21</sup>

### **En otra ocasión afirmó:**

".....el derecho a la presunción de inocencia, que alcanza rango de Derecho fundamental tras su constitucionalización en el art. 24.2 de la Norma Suprema, ha dado lugar a una constante jurisprudencia constitucional que se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a ) como consecuencia de la vigencia de esta presunción constitucional la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa, de tal manera que, en el proceso penal recae la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes han de probar en el juicio los

<sup>20</sup> La presunción de inocencia. Orlando Alfonso Rodríguez pag 274. E. Gustavo Ibañez. Bogotá. 2001.

<sup>21</sup> Diccionario de Jurisprudencia constitucional sobre el proceso penal. Francisco Javier Puyol Montero pág 325 E. Comares. Granada 1.995.

hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que se pueda constitucionalmente exigir a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos; b ) por prueba en el proceso penal, como regla general, tan sólo cabe entender la practicada bajo la inmediación del órgano jurisdiccional decisor y la vigencia de los principios constitucionales de contradicción y publicidad, esto es, " las pruebas a que se refiere el art. 741 son las pruebas practicadas en el juicio; c ) de la anterior regla general, tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquellos, con respecto de los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; d ) por consiguiente, no constituyen, en sí mismos, actos de prueba, los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias ( art. 297 LECr ), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un objeto de prueba; e ) por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts 297.2 y 727 LECr, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio, y f ) observadas las anteriores prevenciones, así como la obligación de razonamiento de la prueba, el órgano jurisdiccional de instancia es soberano en la libre apreciación de la prueba, sin que pueda este Tribunal entrar a conocer acerca de la valoración de la prueba efectuada por el Juez o Tribunal ordinario, toda vez que este Tribunal Constitucional no constituye Tribunal de apelación alguno ". Sent 182, 3, XI, 1.989. BOE 4 XII 1.989 Ponente Vicente Jimeno Sendra.<sup>22</sup>

### **En otra ocasión sobre el mismo tema aseveró:**

" ...la presunción de inocencia es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acuse aportar las pruebas destructoras de aquella presunción iuris tantum. Tiene, pues, razón la representación de los recurrentes cuando afirma que no puede imputarse, en principio, a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario " Sent 124, 21 XII, 1.983, BOE 14, I, 1.984 Pon. Francisco Tomás y Valiente.<sup>23</sup>

### **También sobre el mismo tema dijo:**

" El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2, del artículo 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extra-procesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determinada por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada " presunción de inocencia ", con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción, de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la

<sup>22</sup> Diccionario de jurisprudencia.....Francisco J. Puyol M. pág 345 Ob. Cit.

<sup>23</sup> Diccionario de jurisprudencia.....Francisco J. Puyol M. pág327 Ob. Cit.

decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos. Cuando el derecho a la presunción de inocencia es cuestionado, el control de la jurisdicción constitucional, en sede de amparo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, impone una revisión de las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos y señaladamente por los órganos del Poder Judicial, que permita constatar si ha existido o no violación del derecho con el fin de restaurarlo o preservarlo e su caso ( STC 109\1.986 FJ 1.".<sup>24</sup>

### **Eugenio Florian reflexiona sobre el tema de análisis de la siguiente manera:**

" No hay duda, pues, que en el régimen del libre convencimiento parece inútil y peligroso admitir, a propósito de las pruebas, una institución que ya no encuentra modo de manifestarse. Con arreglo a ese sistema la presunción de inocencia no puede tener más significado práctico que el que le da el principio de que para condenar se requiere la prueba de la imputación, sin la cual el reo debe ser absuelto. La presunción de inocencia no puede significar otra cosa sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se imputa, sino que bastará que no se haya obtenido la comprobación de ese hecho. El delito se exterioriza o manifiesta siempre en un movimiento corporal, aunque sea fugaz y hasta imperceptible, y a veces en un cambio, movimiento y cambio que se realizan en el mundo exterior. Ahora bien, si es principio de lógica y criterio dado por la vida práctica que si el acato y el cambio no son comprobados, ha de considerarse que no se modificó el estado anterior.

" Pero si la presunción de inocencia queda reducida a esto, su nombre no corresponde en manera alguna a la institución de la prueba, ya que se trata simplemente de un criterio de lógica. En el fondo no se presume nada, y la acusación debe probarse. Y dicho en términos más claros: los hechos, en sentido o en otro, deben comprobarse en el proceso y por el proceso ".<sup>25</sup> ( resaltado no original).

Compartimos el criterio en favor del reconocimiento de la presunción de inocencia, más no propiamente los argumentos, porque pensamos, que su existencia surge lógica del hecho de que el hombre en su dignidad, siempre ha de tenersele como ciudadano correcto y sin mácula hasta tanto no se le demuestre lo contrario.- Lo normal en la vida del hombre es la corrección y el vivir de conformidad con las normas que regulan su vida en sociedad, mientras que lo excepcional es la delincuencia y en tales circunstancias siendo la generalidad la situación del ciudadano sometido a la ley, lo lógico es que cuando surja una imputación en contra de un ciudadano debe ser el

---

<sup>24</sup> Derechos fundamentales y principios constitucionales. Francisco Rubio Llorente, pág 355. E. Ariel Derecho Barcelona 1.995.

<sup>25</sup> De las pruebas penales. Eugenio Florian pág 392 Tomo I. E. Temis Santafé de Bogotá 1.976.

Estado quien le demuestre que infringió la ley penal y consecuentemente su responsabilidad.

Creemos que el argumento se refuerza del contenido del artículo 83 constitucional que consagra la presunción de buena fe para la conducta de los ciudadanos y servidores públicos,<sup>26</sup> puesto que es una realidad que debemos confiar en la corrección de los demás, hasta tanto no se demuestre lo contrario.

La existencia de la presunción constituye una verdadera garantía para estas personas que habrán sido tratadas durante su vinculación procesal como lo que realmente eran: ciudadanos inocentes.-

### **La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una serie de interesantes conceptos sobre la inversión de la carga de la prueba y en uno de ellos opinó:**

**" En algunas ocasiones los tribunales especiales utilizaron las llamadas evidencias circunstanciales para presumir la culpabilidad del inculpado. Tal método, en sí, no es contrario a la presunción de inocencia del acusado.**

" En diversos sistemas judiciales se admite que, bajo determinadas circunstancias, el beneficio de la presunción de la inocencia desaparece y, consecuentemente, la carga de la prueba se invierte y recae sobre la persona del procesado, si surgen ciertas evidencias circunstanciales.

" La figura de la " evidencia circunstancial " hace desaparecer la presunción de inocencia y produce la inversión de la carga de la prueba por la abundante y coincidente presencia de indicios contra una persona sindicada de una acción. Según este criterio, cuando existen esas evidencias circunstanciales, el sindicado se reputa presuntamente culpable " ( Informe Nicaragua 1.981 ).

" Cabe subrayar que la inversión de la carga de la prueba sólo es lícita, según este mismo órgano, cuando las pruebas indirectas son " abundantes ". La inversión de la carga de la prueba con base en un solo hecho - como por ejemplo el ser partidario de una determinada facción política - ha sido condenada expresamente por la Comisión.

"Asimismo, este órgano ha subrayado que aun cuando la inversión de la carga de la prueba esté justificada, ello no exime al juez o al tribunal de valorar las pruebas de descargo ofrecidas por el acusado".<sup>27</sup>

### **De la redacción del texto constitucional y de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos surge con nitidez que la inocencia**

<sup>26</sup> Art. 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.

<sup>27</sup> Protección Internacional.....Daniel O´donell pág 171 Ob. Cit.

**existe proclamada por los Estados y se mantiene éste estado jurídico mientras los funcionarios del Estado que ejercen la represión no demuestren lo contrario, es decir mientras no prueben, con medios de convicción aportados por ellos, la culpabilidad y consecuente responsabilidad del ciudadano sometido a proceso.**

***El in dubio pro reo.***

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

**Este principio tiene su consagración legal en el segundo inciso del artículo 7º procesal antes citado, donde se reitera el principio de la presunción de inocencia, para a renglón seguido consagrar el in dubio pro reo.**

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

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

Miranda Estrampes nos dice en relación con la deficiencia probatoria que:

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

...

" En el proceso penal no tiene lugar, como hemos indicado, una distribución de la carga de la prueba. Tradicionalmente la solución a las situaciones de falta de prueba viene determinada por la aplicación del principio in dubio pro reo. Así, se considera que entre la alternativa de absolver a un culpable o condenar a un inocente la conciencia colectiva sufre menos cuando se opta por lo primero que no cuando se condena a una persona inocente. El principio del in dubio pro reo puede formularse, también, en los siguientes términos: quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad deberá absolverse al acusado ".<sup>28</sup>

**Es claro que las deficiencias investigativas o los errores cometidos en el recaudo de la prueba, de su aducción o de su evaluación no pueden trasladarse en cabeza del sindicado, que frente a un proceso en el que se ha agotado la etapa sumarial no puede recibir una calificación diversa que la acusación o la preclusión; o agotados todos los períodos probatorios del proceso no debe quedar otra alternativa que la sentencia condenatoria o absolutoria.**

**En el caso presente existen las mencionadas dudas, porque mientras existen algunos testimonios que incriminan al dr. R.A.C., lo cierto es que todos ellos tienen deficiencias que no permiten a esta Corporación darles plena credibilidad, y además son contradichos por un número importante de testigos que dicen no constarle la existencia de tales comportamientos reprochables por parte del médico investigado.**

La conducta asumida en este proceso por algunas de las subalternas del Dr. R.A.C., han surgido al parecer, precisamente del comportamiento rígido, exigente y comprometido con su misión profesional, razón por la cual, se revocará la decisión motivo de impugnación y en su lugar se absolverá al médico acusado por los razonamientos realizados con anterioridad, aceptando la existencia de dudas razonables, respecto del verdadero comportamiento del acusado.

---

<sup>28</sup> La mínima actividad probatoria. M. Miranda Estrampes. pág 81 J. M. Bosch Editor. Barcelona 1.997.-

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 SENTENCIA IMPUGNADA, y en su lugar absolver de todo cargo al Dr. R.A.C., por no haberse demostrado la existencia de las acusaciones formuladas.- **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; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado, JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO. Secretaria.

**Bogotá, marzo doce (12) del año dos mil trece (2013)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1168 DEL DOCE (12)  
DE MARZO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)**

**REF: Proceso No. 003 de Tribunal Seccional de Ética Médica de  
Bolívar**

**Denunciantes: Drs. E.V.P., A.M.M.P. y J.C.H.V.**

**Denunciados: Drs. D.L.R., G.G.F., C.B.A., H.P. y N.Z.M.**

**Magistrado Ponente : Dr. Francisco Pardo Vargas  
Providencia No. 12-2013**

**VISTOS**

El 7 de diciembre de 2.009 el Tribunal de Ética Médica de Bolívar recibió la denuncia de los doctores **E.V.P., A.M.M.P. y J.C.H.V.**, en contra de los doctores **D.L.R., G.G.F., C.B.A., H.P. y N.Z.M.**, por presuntas faltas a la Ética Médica en hechos sucedidos en el Nuevo Hospital Bocagrande de la ciudad de Cartagena. El 9 de febrero de 2.010 el Tribunal de Ética Médica de Bolívar aceptó la queja y el Magistrado Instructor abrió Proceso Ético Disciplinario dentro del cual se recibió la declaración y ampliación de la denuncia que rindió el doctor **E.V.P.**, y las declaraciones juramentadas de los quejosos, así como las versiones libres de los médicos acusados según constan a Folios 34 a 55 del cuaderno único. En sesión del 27 de noviembre de 2.012 la Sala del Tribunal Seccional acogió las apreciaciones del magistrado instructor en su Informe de Conclusiones y Resolvió declarar que “no existe mérito para formular cargos en contra de los doctores

**D.L.R., G.G.F., C.B.A., H.P. y N.Z.M.”** y por lo tanto “Declarar la Preclusión de la investigación disciplinaria a favor de los médicos acusados” (F 33 c. u.) Ante esta Resolución, el 12 de diciembre de 2.012, los denunciantes interpusieron Recurso de Apelación ante el Tribunal Seccional, el cual, mediante resolución del 5 de febrero de 2.013, se abstuvo de darle trámite. Finalmente, en comunicación del 14 de febrero de 2.013 (F 66) los quejosos presentan ante el Tribunal Nacional de Ética Médica un recurso de queja. Recibido el 13 de febrero de 2.013 por esta Corporación fue asignado para su estudio el Magistrado Francisco Pardo Vargas.

### HECHOS

Los doctores A.M.M.P., E.V.P. y J.C.H.V., venían trabajando como médicos especialistas en cirugía en el HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. de Cartagena, entidad que por decisión de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas fue puesta en liquidación y toda su dotación fue entregada, en virtud de un contrato de arrendamiento, a la PROMOTORA BOCAGRANDE S.A.- NUEVO HOSPITAL BOCAGRANDE, entidad que inmediatamente comenzó a prestar atención médico quirúrgica con los mismos médicos que trabajaban en el Hospital Bocagrande en liquidación y en las mismas condiciones laborales, las cuales estuvieron vigentes hasta el 30 de septiembre de 2.009. A partir de entonces se les impusieron nuevas condiciones, entre otras la reducción de los honorarios, de dos millones a ochocientos mil pesos mensuales. Ante esta situación los médicos quejosos no aceptaron la propuesta y fueron reemplazados por quienes figuran en la queja como acusados de violar la ley 23 de 1.981 en sus Artículos 29 y parte pertinente del 32, que hacen referencia a la lealtad y consideración que se ha de tener entre colegas. Esta situación dio pie a la denuncia que los doctores M., V.P. y H., presentaron en contra de los médicos que aceptaron los puestos que ocupaban los demandantes. De ahí arrancó la queja, el pronunciamiento del Tribunal Seccional de precluir el proceso y la impugnación a dicha providencia al instaurar el recurso de apelación que al ser denegado, dio pie a la presentación del recurso de queja ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

### RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Este caso, que a primera vista podría parecer una pintoresca “pelea de

comadres”, refleja, sin embargo, la dramática situación a que ha llevado la desafortunada proliferación de Facultades de Medicina en el país y la consiguiente inundación de profesionales que luchan para sobrevivir decorosamente en un mercado laboral caracterizado por su pobreza. Todo ello agravado por el sistema impuesto por la Ley 100 de 1993, que al propiciar la ingerencia de intermediarios en el funcionamiento de los Servicios de Salud, aumentan las dificultades para que los médicos encuentren condiciones propicias que les permitan el ejercicio ético de su profesión. En el caso presente encontramos dos grupos de profesionales, el uno representado por meritorios patriarcas de la región, y el otro constituido por nuevos profesionales, entre los cuales tristemente se encuentran discípulos de los primeros, se enfrentan en una lamentable rencilla para defender su derecho al trabajo, y en cuyo trasfondo aparece la voracidad de un empleador que en forma arbitraria impone condiciones humillantes aprovechándose de la abundante demanda de trabajo que hay en este sector de la salud. Esta descarnada realidad golpea inevitablemente los sentimientos de quien tiene la responsabilidad de juzgar imparcialmente a las partes involucradas en el conflicto acogiéndose a las claras disposiciones legales vigentes en el país.

En efecto, dentro de un Estado y una sociedad que se fundamenta en lo económico sobre el respeto a la propiedad privada,<sup>1</sup> es evidente que el precio de las cosas dependen de las leyes de la oferta y la demanda.

---

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

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

<sup>2</sup> ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. **TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS.** ( Lo destacado no lo es en el texto ).  
ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente ten-

De la anterior situación no escapan los salarios,<sup>2</sup> que tienen como únicos límites inviolables, el del salario mínimo y la jornada laboral de 40 horas semanales; pero es claro que sobrepasado dicho límite mínimo del salario, y respetándose la jornada máxima de trabajo al día, ( que implicaría el pago de horas extras, siempre y cuando no se ponga en peligro la salud, ni el descanso del trabajador ), tanto los empleadores, como los empleados, se encuentran en plena libertad de discutir todas las cuestiones relacionadas con el contrato laboral, entre las que se encuentran el salario a pagar y la jornada de trabajo y sus condiciones especiales.

Las normas que los quejosos mencionan como presuntamente vulneradas por los médicos que aceptaron los cargos, que los primeros no quisieron seguir desempeñando por haberseles variado sustancialmente las condiciones contractuales en relación con el monto del salario, no lo han sido en la realidad como pasa a demostrarse:

Las normas que según los quejosos fueron presuntamente vulneradas son los artículos 29 y 32 de la Ley 23 de 1981 que determinan:

**ARTICULO 29. La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.**

drá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL Y MÓVIL, PROPORCIONAL A LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO**; estabilidad en el empleo; **IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS EN NORMAS LABORALES**; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

**LA LEY, LOS CONTRATOS, LOS ACUERDOS Y CONVENIOS DE TRABAJO, NO PUEDEN MENOSCABAR LA LIBERTAD, LA DIGNIDAD HUMANA NI LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.** ( Lo destacado no lo es en el texto ).

**ARTICULO 55. SE GARANTIZA EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA REGULAR LAS RELACIONES LABORALES,** con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

**ARTICULO 32. Es censurable aceptar un cargo desempeñado por otro colega que haya sido destituido sin causa justificada, salvo que se trate de un empleo de dirección o confianza.**

**No debe el médico procurar conseguir para sí empleos o funciones que estén siendo desempeñados por otro colega.**

NOTA: La parte subrayada fue declarado inexecutable en su primera parte. Sentencia 31 de marzo de 1982. H. Corte Suprema de Justicia.

No constituye vulneración a la lealtad que el médico les debe a los demás colegas, aceptar el cargo, que el anterior no quiere seguir desempeñando, porque estima que la rebaja salarial que le impone el nuevo patrono, constituye una desmejora inaceptable que afecta su dignidad profesional.

El principio de la solidaridad, como deber fundamental consagrado en la Carta Política,<sup>3</sup> no llega hasta esos extremos, porque es evidente que el concepto que cada persona tiene respecto a su propio valor profesional y el salario que en su criterio debe ser digno de conformidad con su saber y experiencia profesional es una cuestión perfectamente variable y además es muy personal.

En este caso en particular, los médicos que no aceptaron las nuevas condiciones salariales eran de mayor experiencia y algunos de ellos, profesores de los jóvenes médicos que sí aceptaron esas nuevas condiciones salariales.

Es incluso una práctica laboral muy empleada por los patronos de llenar las vacantes, con profesionales recién egresados de las universidades, por los menores costos que éstos significan.

La lealtad y consideración a que alude el artículo 29, hace referencia al respeto por la actividad profesional de los colegas, que lleva a respetar los criterios diagnósticos, quirúrgicos o terapéuticos y la actividad profesional en general de sus colegas.

Lo que constituiría una falta a la ética profesional es que el aspirante a un determinado cargo realizare actividades tendientes a buscar que licencien

---

<sup>3</sup>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).

al médico que lo está desempeñando para luego procurar que lo nombren en el mismo.

Eso no fue lo que sucedió en éste caso, porque los médicos que desempeñaban los cargos, no quisieron aceptar las nuevas condiciones salariales impuestas por los nuevos patronos (en este caso hubo sustitución patronal), y fueron ofrecidos los cargos a nuevos aspirantes, que finalmente fueron acusados de vulnerar normas a la ética profesional.

Los disciplinados actuaron dentro de la ley, porque eran ellos los que estaban en condiciones de aceptar o rechazar las condiciones laborales, porque los cargos en ese momento se encontraban vacantes, de tal manera que no incurrieron en ninguna falta a la ética profesional.

De otra parte, con respecto al recurso de apelación interpuesto por los quejosos denegado por el Tribunal Seccional, la jurisprudencia de ésta Corporación de manera uniforme y reiterada ha sostenido que los autos por medio de los cuales se precluye la investigación disciplinaria o aquella por medio de la cual se formulan cargos disciplinarios es inapelable. Las razones para esta conclusión son las siguientes, sostenidas en reciente decisión de esta Corporación:

“La quejosa interpuso el recurso de apelación contra la anterior decisión mediante memorial del 29 de septiembre de 2011.

Hizo consideraciones en las que estima que procede el recurso de apelación, pero que respetando el criterio del Tribunal Nacional debe negar el recurso interpuesto. Para ello cita el siguiente texto de esta Corporación:

“ ...Un conflicto de Derechos y su solución

En las circunstancias normativas creadas por los cambios dispuestos en la Ley 906, estamos en presencia de un conflicto de derechos, de un lado, el de garantizar el principio del juez natural y de manera concreta la imparcialidad judicial y de otro lado, el velar por la preservación de las dos instancias en relación con el auto que califica el mérito del sumario.

Frente a este conflicto, la Sala se inclina por la preservación de la imparcialidad por ser un principio de rango constitucional (Imparcialidad, juez natural, debido proceso) y, de otro lado, el principio de las dos instancias para los autos interlocutorios. Y así había anticipado que el principio Constitucional de las dos instancias es únicamente para las sentencias, razón por la cual se había concluido que la concesión de la apelación para los autos interlocutorios quedaba dentro del amplio margen de libertad en la conformación legislativa que tiene el Congreso de la República. En tales circunstancias, ante dos principios que entran en conflicto habrá de darse primacía al de orden superior, esto es al principio constitucional, que en éste caso no es otro que el de la imparcialidad judicial. Es por las razones precedentes, que pese al cambio de la normatividad procesal, la Corporación decide reiterar su vieja jurisprudencia, según la cual, para efectos de consagrar y garantizar la imparcialidad judicial, el auto de calificación -pliego

de cargos o preclusión – no tiene apelación...”.

Efectivamente el anterior es el pensamiento de ésta Corporación y así se ha manifestado de manera uniforme su jurisprudencia, razón por la cual, finalmente se determinará que la negación del recurso de apelación fue acertado y que por tanto no procede el recurso de queja interpuesto por la denunciante.

En el nuevo sistema procesal el Constituyente y el Legislador consideraron que para efectos de preservar el principio constitucional del juez natural imparcial, un funcionario perteneciente a la Fiscalía General de la investigación era el que debía de realizar la investigación preliminar y acusar ante los jueces de la República, en el caso de considerar que contaban con el recaudo probatorio necesario para aspirar a una decisión de condena.

El trámite del juicio y la sentencia debe ser dictada por un juez de la República que no esté contaminado por lo acaecido en la investigación, en la búsqueda de evidencias y de elementos materiales probatorios, ni con los elementos que dan fundamento a la acusación, para de tal manera presenciar y controlar la práctica de pruebas en el juicio de una manera imparcial, para tomar finalmente la decisión positiva o negativa de responsabilidad.

El actual proceso ético disciplinario, debe ser tramitado de conformidad con el código procesal vigente – Ley 906 de 2004 -, en lo que la estructura y organización de la justicia disciplinaria lo permita. Si lo anterior es así, es obvio, que debe garantizarse la imparcialidad de la Corporación que vaya a dictar sentencia dentro del proceso disciplinario y ello solo será posible, si el análisis y valoración probatoria en cuanto a la responsabilidad del disciplinado se hace en la sentencia con la que debe culminar el proceso disciplinario.

Es de lógica elemental, que si el Tribunal Nacional de Ética Médica en su calidad de Corporación de segunda instancia para determinados procesos de la justicia disciplinaria, entra a conocer de la formulación de cargos o de la preclusión, compromete su criterio, puesto que de manera adelantada toma una decisión de responsabilidad positiva o negativa, que tendrá la tendencia a reiterar cuando el proceso regrese nuevamente en apelación para revisar la decisión o sentencia definitiva.

Es absolutamente claro que si el Tribunal Nacional confirma una resolución de cargos o revoca la preclusión emitida por el Tribunal de primera instancia y en su lugar formula cargos contra el disciplinado, cuando el proceso regrese para sentencia, las posibilidades de que cambie el anterior criterio serán muy escasas, porque entrará a hacer un re-estudio del material probatorio con fundamento en el criterio que ya emitió con anterioridad para pronunciarse en relación con el calificadorio.

Son éstas las razones por las cuales ésta Corporación de manera reiterada ha venido sosteniendo en su jurisprudencia que el auto calificadorio del proceso no tiene el recurso de apelación.

El Tribunal Nacional de Ética Médica de manera reiterada ha venido sosteniendo que el auto de calificación (Formulación de cargos o preclusión) no tiene recurso de apelación porque de aceptarse esta corporación comprometería su criterio y no podría garantizarse la imparcialidad cuando el proceso regrese nuevamente por sentencia; esto es lo que se ha sostenido en la jurisprudencia mediante providencia No. 32-2010 de fecha 20 de abril de 2010, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora que dijo:

***“... El principio del juez natural imparcial.***

El principio constitucional del juez natural es imprescindible como estructura y garantía de un verdadero Estado de Derecho, porque es una realidad que el funcionamiento armónico de la Nación solo será posible cuando nuestros jueces estén previamente determinados por la ley ( art 29 ), sean competentes ( art. 29 ), independientes ( arts 228 y 230 ) e imparciales ( art. 13 ).

Una de las grandes virtudes del sistema acusatorio radica en que por medio de su estructura se trata de garantizar en la medida de lo posible la imparcialidad judicial, razón por la cual el adelantamiento del proceso está previsto para que dos entes autónomos entre sí, el uno investigue y acuse y el otro practique las pruebas y juzgue.

Con este diseño se evita que fuera una misma institución la que acusara y sentenciara, porque dentro de las muchas limitaciones del ser humano es la marcada tendencia a reiterarse y sostenerse en sus criterios iniciales, para evitar que suceda lo que efectivamente sucedió en el pasado, porque en dicho sistema procesal el juez que acusaba era el mismo que dictaba la sentencia; llegándose a convertir por la fuerza de la costumbre que la sentencia se convirtiera en una repetición de la acusación con un capítulo destinado a la tasación de la pena. Tanto, que en su momento, en los estrados judiciales se comentaba, que la sentencia era un auto de proceder con comillas.

La conservación de la imparcialidad es lo que ha llevado a esta Corporación desde siempre a sostener que el calificadorio (formulación de cargos o la preclusión ) no es susceptible de ser apelado, porque si la segunda instancia se admitiera, llevaría a que el Tribunal Nacional como segunda instancia, se tuviera que pronunciar de fondo en el asunto objeto de investigación, criterio que se podría convertir en un peligroso prejuzgamiento cuando eventualmente le tocase conocer de la sentencia en segunda instancia.

Ese ha sido el criterio sostenido en muchos pronunciamientos, entre los que se pueden recordar, el fallo del 18 de mayo de 2004, con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora, el del 13 de diciembre de 2005 con ponencia del H. M. Juan Mendoza Vega y el del 22 de mayo de 2007 con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora.

En uno de los últimos pronunciamientos en tal sentido se sostuvo:

#### C- ETAPA DE JUICIO

##### LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

El Tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

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

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

“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que

los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

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

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

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

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

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia ( art. 235-3 de la Constitución Nacional )”.

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

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

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

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : “ Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971

“ por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días ( art. 74); Decreto 1660 de 1978 “ por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

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

Por lo anterior, considera este Tribunal que la apelación estuvo erradamente concedida desde el punto de vista procesal, pues la denunciante a estas alturas no es sujeto procesal. Las etapas de investigación preliminar e investigación formal ya se encontraban surtidas y agotadas.

Por lo anterior, debe esta superioridad abstenerse de analizar el recurso de apelación, por considerarla improcedente.<sup>4</sup>

En el mismo sentido se había sostenido:

### 3-INVESTIGACION FORMAL

Una vez se abre la investigación formal, en donde se adjuntan todas las pruebas necesarias, el Magistrado Instructor puede tomar una de dos decisiones y presentarla a la Sala Plena para proceder:

- a Abrir pliego de cargos, que equivale a una resolución de acusación
- b Declarar cesación de procedimiento por no considerar que se violó la norma ética. Esta es una sentencia preclusoria o preclusiva.

En este momento procesal, ni el pliego de cargos ni la declaración de cesación de procedimiento puede ser apelada, pues el denunciante no es sujeto procesal. Recordemos que si existe una declaración de apertura de pliego de cargos y el Tribunal Nacional se opone al mismo, esto equivaldría a una sentencia absolutoria anticipada o, al menos, a una situación de prejuicio por parte de los magistrados. En idéntica forma, si se dicta una resolución inhibitoria (equivalente a cesación de procedimiento), sería absurdo que el Tribunal declarara que, por el contrario, se abra pliego de cargos, puesto que dicha situación de prejuicio aparecería de similar forma.

En caso de apertura de pliego de cargos, la diligencia de descargos se deberá practicar después de diez días hábiles de haberse recibido la comunicación del pliego de cargos.

---

<sup>1</sup> Fernando Guzmán Mora. 19 de agosto de 2008

En ella el médico rendirá su versión sobre los hechos que se le imputan y esa declaración será la base para que el Tribunal tome una de las siguientes conductas

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

#### 4- SENTENCIA

En caso de sentencia absolutoria o condenatoria, esta tampoco puede ser apelada por el denunciante, pues ya ha perdido hace varias etapas su calidad de sujeto procesal. Es decir, la Ley considera que no tiene legitimidad para actuar dentro del proceso.

EN EL PRESENTE CASO, LA DECISION DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE CALDAS ES DE TIPO INHIBITORIO Y NO PRECLUTORIO, PUES SE EFECTUO UNA INVESTIGACION PRELIMINAR Y NO UNA INVESTIGACION FORMAL. EN EL PRIMER CASO SE DENOMINA INHIBITORIA Y EN EL SEGUNDO SE DENOMINARIA PRECLUTORIA. EN EL PRIMER CASO, EL DENUNCIANTE TIENE DERECHO A LOS RECURSOS DE REPOSICION Y APELACION, PUES TODAVIA ES SUJETO PROCESAL. EN EL SEGUNDO CASO (PRECLUTORIA) NO TIENE DERECHO A ESTOS RECURSOS PUES YA HA PERDIDO SU CONDICION DE SUJETO PROCESAL<sup>5</sup>

En el mismo sentido se había sostenido:

#### EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN COMO SUBSIDIARIO

De manera reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Médica, en decisiones producidas en junio de 1994, el 4 de mayo de 1995, 13 de febrero de 2001 Y septiembre 10 de 2002, ha sostenido que el Auto de formulación de cargos no es apelable: •..... "Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los cargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno".

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

"Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de Segunda Instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenando anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedara atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos de los cuales confirmó tal proveído de cargos." Providencia 21-02 del 10 de septiembre de 2002. TNEM..."

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle resuelve no reponer ni conceder la apelación.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Fernando Guzmán Mora. 27 de noviembre de 2007.

<sup>6</sup> Fernando Guzmán Mora 30 de mayo de 2006.

Con similares consideraciones se había resuelto:

Por otro lado, ha sostenido este Tribunal Nacional reiteradamente que la providencia por la cual se formula pliego de cargos no es susceptible de recurso de apelación, pues tal recurso iría en contra de la letra y del espíritu de la Ley 23 de 1981 en su artículo 80, cuyo literal b reza:

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

El párrafo del mismo artículo fija los plazos perentorios dentro de los cuales debe producirse dicha diligencia de descargos, plazos cuya estrechez no fue evidentemente concebida para acomodar la tramitación de recurso alguno; pero si ello fuera poco, es evidente y así se ha sostenido en numerosas providencias anteriores, que la sustentación de una apelación obligaría en ese caso a la defensa a argumentar detalladamente contra los cargos enunciados en el pliego, de manera que se haría inútil una diligencia posterior para presentar esos mismos argumentos o descargos y ante ellos, el tribunal de segunda instancia quedaría en la absurda disyuntiva de tener que aceptar los argumentos, con lo que estaría absolviendo antes de completar el debido proceso, o por el contrario, rechazarlos y configurar con tal rechazo un prejujuamiento que sería impedimento mayor para desatar cualquier recurso en las etapas subsiguientes del proceso. La sana lógica indica, entonces, que se debe respetar la formalidad establecida en la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, procediendo a presentar ante la sala plena del tribunal de primera instancia los descargos relativos a los artículos por los cuales se haya planteado el pliego de cargos, en el caso que se analiza, el artículo 9 de la Ley 23 de 1981.

#### LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

El tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

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

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

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

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

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

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

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

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia ( art. 235-3 de la Constitución Nacional ) ”

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

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

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

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : “ Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 “ por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días ( art. 74); Decreto 1660 de 1978 “ por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

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

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable. De igual manera aplica para la preclusión de la investigación.<sup>7</sup>

### *Las facultades procesales del quejoso.*

En el sistema procesal de la ley 600, el quejoso solo podía interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, porque cuando se abría formalmente proceso, el denunciante al no ser sujeto procesal le estaba vedada su participación dentro del proceso y por tanto no podía interponer recursos en el transcurso del mismo.

Hoy la situación es diferente, porque en el sistema procesal acusatorio, Ley 906 de 2004 la víctima tiene derecho de participación en el proceso.

Así se dispone:

ARTÍCULO 11. ***DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.*** El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) ***A SER OÍDAS YA QUE SE LES FACILITE EL APORTE DE PRUEBAS;***
- e) ***A RECIBIR DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES YA CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS QUE CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INJUSTO DEL CUAL HAN SIDO VÍCTIMAS;***
- f) ***A QUE SE CONSIDEREN SUS INTERESES AL ADOPTAR UNA DECISIÓN DIS-***

---

<sup>7</sup> Juan Mendoza Vega. 13 de diciembre de 2005.

**CRECIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN DEL INJUSTO:**

**g) A SER INFORMADAS SOBRE LA DECISIÓN DEFINITIVA RELATIVA A LA PERSECUCIÓN PENAL; A ACUDIR, EN LO PERTINENTE, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, Y A INTERPONER LOS RECURSOS bANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR;**

h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. ( Lo destacado no lo es en el texto ).

En las circunstancias precedentes, habría de concluirse el derecho de las víctimas de interponer recursos y entre ellos, por ejemplo, el de apelar el auto de preclusión en el momento de la calificación del mérito de la investigación.

**Un conflicto de derechos y su solución.**

En las circunstancias normativas precedentes estamos en presencia de un conflicto de derechos, de un lado, el de garantizar el principio del juez natural y de manera concreta la imparcialidad judicial y de otro lado, el velar por la preservación de las dos instancias en relación con el auto que califica el mérito del sumario.

Frente este conflicto, la Sala se inclina por la preservación de la imparcialidad por ser un principio de rango constitucional (imparcialidad, juez natural, debido proceso ) y de otro lado, el principio de las dos instancias para los autos interlocutorios. Ya se había anticipado que el principio Constitucional de las dos instancias es únicamente para las sentencias, razón por la cual se había concluido que la concesión de la apelación para los autos interlocutorios quedaba dentro del amplio margen de libertad en la conformación legislativa que tiene el Congreso de la República. En tales circunstancias, ante dos principios que entran en aparente conflicto habrá de darse primacía al de orden superior, esto es al principio constitucional, que en este caso no es otro que el de la imparcialidad judicial.

Es por las razones precedentes, que pese al cambio de la normatividad procesal, la Corporación decide reiterar su vieja jurisprudencia, según la cual, para efectos de consagrar y garantizar la imparcialidad judicial, el auto de calificación – pliego de cargos o preclusión -, no tiene apelación.....”<sup>8</sup>

Es evidente que la situación de las víctimas se modificó sustancialmente entre las concepciones normativas contempladas en la Ley 600 de 2000 y las nuevas previsiones contempladas en la Ley 906 de 2004.

<sup>8</sup> Sentencia 22 de noviembre de 2011. M. P. Germán Peña Quiñonez.

Mientras en la primera de las codificaciones citadas el quejoso solo tenía derecho a apelar el auto inhibitorio, la decisión por medio de la cual el funcionario se abstenía de abrir proceso disciplinario, en la codificación procesal actualmente vigente, se le conceden múltiples derechos de participación procesal a las víctimas, tal como se sostiene en la providencia antes citada. Pero una cosa es que la codificación les haya concedido a las víctimas a interponer recursos contra las providencias que los afectan en sus intereses procesales, y otra es que la decisión que es recurrida, tenga por ley o por posición jurisprudencial, la posibilidad de que contra ella se puedan interponer los recursos.

Ya se comentó en la jurisprudencia últimamente citada, las razones por las cuales esta Corporación de mucho tiempo atrás ha venido sosteniendo que la providencia calificatoria, bien de formulación de cargos, o de preclusión, no tiene recursos y ello con el propósito exclusivo de garantizar la imparcialidad del fallo, como se explica ampliamente en la decisión traída a colación en ésta providencia.

El recurso de queja que había sido suprimido por la Ley 906, fue nuevamente creado en virtud de las disposiciones de la Ley 1395 de 2010 que en lo pertinente determina:

Art. 179 B. **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.

Art 179 E. **Decisión del recurso.** Si el superior concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior.

El recurso de queja tiene como objetivo fundamental, que el superior revise la denegatoria de un recurso de apelación o de casación, negado por el inferior, para que entre a determinar si tal decisión es correcta o incorrecta. Es decir, que la decisión del recurso de queja no tiene otra finalidad, que la del superior revisar la decisión del inferior en cuanto niega el recurso, interpuesto por alguna de las partes. En tales condiciones la decisión del superior se limitará a manifestar si el recurso estuvo bien o mal denegado y en caso de que llegase a concluir, que el recurso fue negado.

En este caso particular, como se ha sostenido de manera reiterada en la jurisprudencia de esta Corporación, se presenta en el caso de la apelación

de las decisiones calificadoria, una verdadera confrontación de derechos o garantías, porque es evidente que si la Corporación entra a conocer de una apelación contra una decisión de preclusión o de formulación de cargos, tendrá que entrar a conocer de los hechos debatidos y tendrá que dar una opinión de fondo sobre los mismos. El hecho de hacer ésta manifestación inhabilitará a todos los magistrados de la Corporación para volver a pronunciarse en la sentencia sobre los mismos hechos, porque ya han comprometido su criterio y estarían emitiendo un segundo concepto, en éste caso, parcializado, por tener de antemano comprometido el criterio, cuando se pronunciaron en relación con la calificación del mérito sumarial.

En tales condiciones, frente a dos derechos enfrentados, la segunda instancia de un auto que es un derecho puramente legal, y el de la imparcialidad, que es una garantía de rango constitucional, la Corporación se decidió por ésta última y por ello ha venido reiterando que las decisiones de preclusión y de formulación de cargos no tienen apelación, para efectos de garantizar la imparcialidad de la sentencia.

---

<sup>9</sup>ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

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

ARTICULO 31. TODA SENTENCIA JUDICIAL PODRÁ SER APELADA O CONSULTADA, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. ( Lo destacado no lo es en el texto ).

<sup>10</sup>ARTÍCULO 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acu-

El derecho a las dos instancias, de conformidad con las previsiones constitucionales es solo respecto de las sentencias,<sup>9</sup> e igual criterio es el mantenido en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, porque en relación con este tema tanto el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968,<sup>10</sup> como la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>11</sup> Ley

---

sación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

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

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

c). A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

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

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

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

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

4.- En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5.- **TODA PERSONA DECLARADA CULPABLE DE UN DELITO TENDRÁ DERECHO A QUE EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA QUE SE LE HAYA IMPUESTO SEAN SOMETIDOS A UN TRIBUNAL SUPERIOR, CONFORME A LO PRESCRITO POR LA LEY.**

6.- Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

16 de 1972, sostienen uniformemente que el derecho de la segunda instancia es solo para las sentencias. Que el legislador haya querido consagrar el derecho a las dos instancias para ciertos autos, está dentro de la libertad de configuración del legislador, que tiene su fundamento en las previsiones del artículo 94 constitucional,<sup>12</sup> que determina que los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente no son una enumeración taxativa, sino

---

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. ( Lo destacado no lo es en el texto ).

<sup>11</sup> **Art. 80. Garantías judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

h) DERECHO DE RECURRIR DEL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>12</sup> ARTICULO 94. **LA ENUNCIACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES VIGENTES, NO DEBE ENTENDERSE COMO NEGACIÓN DE OTROS QUE, SIENDO INHERENTES A LA PERSONA HUMANA, NO FIGUREN EXPRESAMENTE EN ELLOS.**

meramente enunciativa, concepción que le abre la opción al legislador para consagrar nuevos derechos no previstos en la Carta.

En las circunstancias argumentativas precedentes habrá de concluirse que el recurso de apelación, estuvo bien denegado y por ello se negará el recurso de queja interpuesto por el quejoso.

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

### **RESUELVA**

**ARTÍCULO PRIMERO:** NEGAR, el recurso de queja, puesto que la denegación del recurso de apelación interpuesto contra la providencia calificatoria, estuvo acertadamente negado. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **ARTÍCULO TERCERO:** Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada-Presidenta; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico Y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

**Bogotá, ocho (08) de mayo del año dos mil diecinueve (2019)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1456 DEL OCHO (08)  
DE MAYO DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE (2019)**

**REF: Proceso No. 2017-555 Del Tribunal de Ética Médica de Nariño  
Quejoso: doctor F.P.B.  
Investigado. Doctores C.R.V.B., Y.N.V.C., y M.Z.G.N.**

**Magistrado Ponente: Doctor Hernán Jiménez Almanza  
Providencia No. 44-2019**

**VISTOS**

El Tribunal Nacional de Ética Médica recibió el proceso ético disciplinario número 2017 — 555 del Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo. El Tribunal Seccional mediante providencia de la sala plena número 381 del 26 de noviembre de 2018 (folio 366 — 372), resuelve no aceptar los descargos presentados por el médico C.R.V.B. y así mismo considera que por la gravedad de las faltas se debe aplicar la sanción de que trata el literal c), (sic- entiéndase d) del artículo 83 de la ley 23 de 1981, por cuanto el Tribunal Seccional sólo tiene competencia para imponer sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión médica hasta seis meses, por lo cual remite el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

Frente a la investigada doctora Y.N.V.C., en sala plena número 384 del

25 febrero de 2019 folios 451 y 454), se decide no reponer el recurso interpuesto por la defensa, y conceder el recurso apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Para información y fines pertinentes, es necesario referirnos que en el presente investigativo se vinculó y sancionó a la doctora C.M.R.B., en providencia de sala plena número 380 el 19 de noviembre de 2018, la cual quedó en firme al no presentarse recurso alguno. Asimismo, funge como investigada la doctora M.Z.G.N., quedando pendiente definir su situación y resolver derecho petición de parte de su abogado por el Tribunal de Ética Médica Seccional Nariño.

El día 14 de noviembre de 2017 se recibe en el despacho del Tribunal Seccional el oficio número D - 6730, suscrito por el coordinador médico del hospital Universitario departamental de Nariño doctor F.P.B., quien solicita que se investigue el actuar de la doctora M.R., médico general de la IPS Medicoop Coomeva, por expedir un certificado de incapacidad en papelería no propia para el efecto, así como una historia clínica y un número de días no adecuado para la patología justificada a favor del doctor C.V., identificado con cédula de ciudadanía No...., quien labora en dicho centro asistencial y no asistió a trabajar durante los días de la misma incapacidad.

### HECHOS

Durante la investigación preliminar se logró establecer que el Dr. C.V.B., solicita de manera personal a la doctora M.G., asistencia para atenderlo en su residencia por presentar supuesto delicado estado de salud, atención brindada en su domicilio. Ante la urgencia de certificar su ausencia laboral la doctora M.G. se trasladó, a la EPS Coomeva donde trabaja su amiga la doctora N.V., en ese momento fungía como directora encargada. La doctora N.V., en compañía de la doctora M.G., se dirigen a la IPS Medicoop donde trabaja la doctora M.R.B., solicitándole el favor para un certificado de la hija de la doctora G.

Las médicas M.G. y N.V., solicitan colocación de sello y firma en la documentación. Ante la inicial negativa de la médica en mención y posterior insistencia de las dos profesionales especificando que el objetivo de esta documentación era simplemente para una certificación médica, la doctora M.R.B., accede a sellar los documentos sin conocer posteriormente el uso final de estos documentos. La doctora M.G., se traslada al domicilio del

doctor C.V.B., y utilizó estos documentos para practicar la historia clínica y decretar la incapacidad por seis días al doctor C.V.B., quien los presentó en el hospital Universitario departamental de Nariño.

1. El Coordinador médico del Hospital Departamental de Nariño, doctor F.P., remite oficio No D — 6730 al Tribunal de Ética Médica para que realice las investigaciones pertinentes en contra de la doctora M.R., quien presuntamente expidió un certificado médico a favor del doctor C.V., quien lo presentó en el Hospital Universitario Departamental, su lugar de trabajo para justificar su ausencia.

2. El Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo por medio del oficio TEM009-018 solicita a Coomeva EPS, certificar cuál es el trámite para otorgar incapacidad a un afiliado, de igual manera si el proceso elaborado en el formulario Procesos de Gestión Ambulatoria Consulta Externa es el idóneo para los fines de incapacidad, pide además certificar la fecha de afiliación del señor C.V., a Medicoop y que envíe la hoja de vida y contrato de la doctora M.R.

3. Mediante oficio TEM 026-018 el Tribunal de Ética Médica pidió a EPS Coomeva que envíe la historia clínica del señor C.V., ante esta petición el señor J.P., gerente de Medicoop responde que el señor C.V., no registra atenciones por consultas médicas ni odontológicas por esa razón no existe registro de historias clínicas en la IPS Medicoop para corroborar dicha información anexa la información arrojada por el aplicativo CIKLOS, COEPS y RUAF.

4. El día 21 de febrero de 2018 a las 8:12 de la mañana se radica en instalaciones de la Fiscalía sede Pasto escrito de denuncia presentada por la doctora M.R., contra el doctor C.V.B., en donde se pone de presente que en el Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo cursa una investigación de carácter disciplinario en su contra, debido a la queja interpuesta por el Coordinador Médico del Hospital departamental; en su escrito de denuncia la doctora M.R., refiere que el certificado médico y la historia clínica que presentó el señor C.V., en su lugar de trabajo son documentos falsos y que no fueron suscritos por ella. Además refiere que para la fecha de la consulta el señor V., no tenía cita, por lo tanto ella no le prestó ninguna atención médica. Que además se observa la falsificación de la marca del sello y la falsificación de la firma.

De igual manera, que de acuerdo a su experiencia frente al diagnóstico reflejado en los documentos no amerita el término de incapacidad que en el establecieron.

5. El día 21 de febrero de 2018 a las 9:00 a.m. se presenta a las instalaciones del Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo la doctora M.R., acompañada de su apoderado el doctor Javier Osvaldo Hidalgo Bucheli con el fin de rendir diligencia de versión libre, en donde reitera lo dicho en la denuncia presentada ante la Fiscalía además de hacer referencia al procedimiento adecuado para expedición de certificados médicos.

6. En diligencia de ampliación de versión libre de la doctora M.C.R.B., y M.G.N., las dos coinciden en modo, tiempo, y lugar, que la intervención de la doctora Y.N.V.C., fue determinante al momento de requerirse a la primera para entregar papelería de la IPS Medicoop con sello y documentos en blanco con el objeto, en principio de expedir certificación para la hija de la doctora G.N., la cual fue utilizada con otros fines.

7. Diligencia de versión libre rendida por el doctor C.R.V.B., el día 7 de marzo de 2018 quien manifestó que no asistió a cita médica en la IPS Medicoop el día 28 de octubre de 2017 y que recibió incapacidad médica por atención en su domicilio debido a que estaba muy enfermo solicitándole a la doctora M.G., conocida por él, que lo incapacitara, además informó que no conocía si la doctora M.G., estaba inscrita como médica general a la EP ese Coomeva. También su desconocimiento de la procedencia de los documentos y de quien los había firmado.

### **RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.**

1. Oficio número D-630 enviada por el Coordinador Médico del Hospital Universitario Departamental de Nariño en contra de la doctora M.R.
2. Formato con código FO-A-CM-00-15 de Medicoop.
3. Formato de proceso de gestión ambulatoria consulta externa nota de evolución con código FO-A-CM-00-20.
4. Oficio MG-0003-2018. (folios 12-16).

5. Diligencia versión libre rendida por la doctora M.R.B., día 21 de febrero de 2018.
6. Denuncia presentada ante la fiscalía por parte de la doctora M.R., en contra del doctor C.V., (folio 54-56).
7. Diligencia versión libre presentada por el doctor C.V.B., el día 7 de marzo de 2018.
8. Diligencia versión libre presentada por la doctora M.G., el día 21 de marzo de 2018.
9. Diligencia de ampliación de versión libre presentada por la doctora M.R.B., el día 4 abril de 2018.
10. Diligencia versión libre presentada por la doctora Y.N.V., presenta el día 11 abril del 2018.
11. Oficio MG-0007- 2018 (folios 22- 23).
12. Hoja de vida de la doctora M.R. (folios 33-34).
13. Oficio D- 2791 del 17 de mayo de 2018 del hospital Universitario departamental de Nariño.
14. Certificación de 15 de junio de 2018, de control interno disciplinario del hospital Universitario departamental de Nariño.

### **DECISIONES TOMADAS EN ESTE PROCESO**

“En sala plena del 27 agosto 2018 se formularon cargos en contra de la doctora M.C.R.B. identificada con cédula ciudadanía No...., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, por violación a los artículos 1, numeral 4, 5, 10.42, 50.51 y 52 de la ley 23 de 1981”.

“En sala plena del 27 de agosto de 2018 se formularon cargos en contra de la doctora M.Z.G.N., identificada con cédula de ciudadanía número..., registro médico número..., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, por violación al artículo 1 numeral 4, artículos 5,

6, 15, 50, 51 y 52 de la ley 23 de 1981”.

Formulación de cargos en contra del doctor C.V.B., identificado con cédula de ciudadanía número..., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia por violación al artículo 1, numeral 4, artículos 42 50 y 51 de la ley 23 de 1981.

“Formulación de cargos en contra la doctora Y.N.V.C., identificado con cédula de ciudadanía No..., por las razones expuestas en la parte motiva la presente providencia, por violación a los artículos 1, numeral cuatro, artículo 5, 42, 50, y 51 de la ley 23 de 1981”.

“Providencia del 19 de noviembre de 2018 de la sala plena No 380 no se aceptan los descargos presentados por la doctora con C.M.R.B., identificada con cédula de ciudadanía número..., por las razones expuestas en la parte motiva la presente providencia. Sancionar a la doctora C.M.R.B., con censura escrita y pública sanción de que trata el numeral 2 literal b) del artículo 83 de la ley 23 de 1981. Por la violación de los artículos 1 numeral 4, artículo 5, artículo 10, artículo 42, artículo 50, artículo 51 y artículo 52 de la ley 23 de 1981”.

“ En providencia de la sala plena del 19 noviembre 2018 No 380 no se aceptan descargos presentados por la doctora Y.N.V.C., identificada con cédula ciudadanía número..., por las razones expuestas en la parte motiva la presente providencia. En consecuencia sancionar la doctora Y.N.V.C., identificada con cédula de ciudadanía No..., con censura escrita y pública, sanción de que trata el numeral dos literal b) del artículo 83 de la ley 23 de 1981 por la violación a los artículos 1 numeral 4, artículo 5, artículo 42, artículo 50 y artículo 51 de la ley 23 de 1981”.

“Providencia del 25 de febrero de 2019 sala plena No 384 — proceso No. 2017 — 555 resuelve: Artículo primero: no conceder el recurso de reposición interpuesto por el abogado defensor de la doctora Y.N.V.C., identificada con cédula de ciudadanía No..., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, en consecuencia mantener la sanción de censura escrita y pública, contenía en el numeral 2 literal b) del Artículo 83, por la violación de los artículos 1 Num 4, 5, Art 50. y Art. ayuno de la ley de. Artículo segundo: conceder el recurso de apelación, que surtirá ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.”

“En providencia del 26 de noviembre de 2018 de la sala plena No 381 no

se aceptan los descargos presentados por el doctor C.R.V.B., identificado con cédula ciudadanía No. . . . , por las razones expuestas en la parte motiva la presente providencia. Remitir atendiendo al factor de competencia determinado en el literal c) (sic – entiéndase d) del artículo 83 de la ley 23 de 1981, la actuación del presente proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica, para los fines legales pertinentes”.

En providencia del 27 de agosto de 2018 en el Artículo Primero se refiere el Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo al numeral 12 del artículo 35 de la ley 734/2002, (folio 286) es importante aclarar que esta ley es aplicable a los empleados públicos que , a pesar el doctor C.R.V.B., trabaja en el hospital Universitario de Nariño y es empleado público los tribunales de ética médica no son competentes para aplicar esta ley, y en este proceso aparece disciplinado en su calidad de médico y no como servidor público.

La doctora C.R.V.B., fue requerida por la doctora M.G. solicitándole documentación para la elaboración de un certificado para la hija de la doctora M.G. Las doctoras M.G. y V., asisten al consultorio de la profesional doctora R.B. solicitando la colocación del sello y firma en la documentación referida. Ante la inicial negativa de la médica en mención y posterior insistencia las dos profesionales especificando que el objetivo de esta documentación era simplemente para una certificación médica, la profesional doctora R.B., accede a esta petición sin conocer posteriormente el uso final de estos documentos.

Además, la doctora V., con conocimiento de causa de los procesos de atención médica de la EPS Coomeva sin medir las consecuencias y con pleno conocimiento de la gravedad de los hechos intervino en su condición de funcionaria de Coomeva EPS, a fin de procurar unos documentos que con el sello de la doctora R.B. fueron posteriormente utilizados de manera ilegal y contraviniendo las normas internas de la institución donde ella trabaja.

A pesar de la negativa de la doctora R.B., la doctora V.C., insistió para la obtención de los documentos que fueron diligenciados como un certificado falso el cual fue tramitado por una persona diferente, la doctora M.G.N.

En sala plena número 381 — proceso número 2017 — 555, no se aceptan

los descargos presentados por el doctor C.R.V.B. identificado con cédula de ciudadanía número...

Así mismo por la gravedad de las faltas el expediente es trasladado al Tribunal Nacional de Ética Médica para imponer sanción de que trata el literal c) (sic- entiéndase d) del artículo 83 de la ley 23 de 1981, pues el seccional sólo tiene competencia para aplicar sanciones de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses.

El doctor C.V.B., en su condición de médico general del servicio urgencias del hospital Universitario departamental de Nariño, presentó certificado de incapacidad en fórmula médica número 3849 de 28 octubre de 2017, en dicha institución justificando su inasistencia por seis días a partir de la mencionada fecha, hecho que fue denunciado por el doctor F.P.B., Coordinador médico de dicha institución, al considerar que el mencionado documento no se presentó en papelería apropiada para tal efecto, ni con historia clínica propia para el caso y además considera no adecuada la extensión de la misma para la enfermedad presuntamente padecida. De acuerdo a las prueba recaudadas por el Tribunal de Ética Médica de Nariño este certificado es falso pues el doctor C.V.B., no tiene registradas atenciones por consulta médica y menos registro de historia clínica en dicha IPS, que el trámite se hizo a espaldas de esa entidad para complementar la información respecto de dicho trámite se presentó como prueba el oficio MG —0007 — 2018, además los formatos que fueron sellados por la doctora M.B., quien demostró que en ningún momento los elaboró y además se demuestra que quien de manera fraudulenta tramitó y diligenció los formatos fue la doctora M.G. quien no tenía autorización legal para hacerlo ya que no pertenece a Medicoop IPS encargada de la atención del servicio.

El doctor V.B., como médico general y trabajando en el servicio urgencias conoce perfectamente los procesos para la elaboración tanto de la historia clínica como la incapacidad médica, además conocía en que EPS estaba afiliado, no fue atendido en la IPS Medicoop, ni por personal contratado y autorizado por esa IPS.

En el Título III del Código Penal, está consagrado todo lo relacionado con la conducta punible, y dentro de la misma se instituye el fenómeno de la coparticipación, que surge cuando tipos penales que de manera regular pueden ser consumados por una persona, finalmente la perfeccionan con

la participación de varias, caso en los cuales, unos reciben el calificativo de autores y los otros de partícipes.

Tal fenómeno de coparticipación delictiva aparece consagrado en el artículo 28 del C. P. en cuanto establece:

“ARTICULO 28. **CONCURSO DE PERSONAS EN LA CONDUCTA PUNIBLE.** Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

Los autores son los que realizan la conducta punible, es decir ejecutan la acción u omisión prevista en el verbo rector, y ello se puede concretar con la realización física de la conducta de quien tiene la idea criminal, o bien utilizando a otra persona como un instrumento material para perfeccionar la idea y la voluntad criminal de consumir un hecho ilícito.

Son coautores el grupo de personas que mediante un acuerdo común actúan con división del trabajo criminal, es decir, cuando para perfeccionar un hurto con violencia, uno se encarga de conseguir las armas que se van a utilizar, el otro consigue el cerrajero encargado de abrir la caja fuerte, otro, vigila en la calle, para avisar sobre la cercanía o presencia de la autoridad, y finalmente otro, es el conductor del vehículo en que se a efectuar la fuga una vez consumado el hecho delictivo. Este fenómeno de la autoría aparece consagrado en el artículo 29 del C. P. al establecerse:

“ARTICULO 29. **AUTORES.** Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o d hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus *diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.*

En el caso *sub judice* el Dr. V., al parecer de manera injustificada faltó a sus deberes profesionales en la institución de salud a la que se encontraba vinculado laboralmente.

Para justificar tal ausencia, buscó la colaboración de otras colegas, que convencieron a la inicialmente reacia Dra. M.B. para que consiguiera documentación para ser utilizada en la certificación de incapacidades laborales, y lograron que imprimiese su sello personal. Esta colaboración de la Dra. M.B. se obtuvo mediante el engaño, porque le dijeron que para ser utilizado en beneficio de una hija de quienes le hacían tan extraña e insólita petición. Posteriormente falsificarían la firma de esta profesional de la medicina, razón que la obligaría a denunciar tales hechos ante la Fiscalía General de la Nación.

Es una realidad que en el caso comprendido en este proceso el Dr. V., no estaba aquejado por ninguna enfermedad, y obviamente no estaba incapacitado laboralmente y ello es de lógica elemental, porque si hubiese estado real y verdaderamente enfermo hubiera actuado como lo hacen todos los seres humanos cuando empiezan a sentir los síntomas de una enfermedad, y no es otro que acudir al médico de cabecera o la institución de salud en la que se encuentre registrado.

Pero no fue ese el comportamiento del Dr. V., quien al no actuar como lo hacen todas las personas normales cuando se sienten enfermos, no se sabe por qué medios logró convencer a las Dras M.G. y Y.N.V.C., quienes a su vez obtuvieron la colaboración de la Dra. M.B., a la que finalmente le falsificarían la firma, para elaborar el certificado de incapacidad médica.

Es igualmente claro que el Dr. V. no actuó como médico en la atención de pacientes, porque está demostrado que no prestó servicios médicos a ninguna persona.

Si el Dr. V. no actuó como paciente, ni tampoco como médico asistencial, se debe precisar en calidad de qué, se encuentra vinculado a este proceso?

Es evidente, que el Dr. V. actuó como médico que al incumplir por ausencia los deberes profesionales a los que estaba obligado, determina las Dras, para que consiguieran que la Dra. M.B. les facilitara los documentos en los que se iba a elaborar el certificado de incapacidad médica. Se desconoce si, y esto hay que reconocerlo, quien falsificó la firma de la Dra. M.B., pero está perfectamente demostrado que quien finalmente utilizó el documento

falsificado fue el Dr. V.

Los viejos criminalistas franceses nos enseñaron de vieja data que el investigador de un hecho ilícito, debe al inicio de sus pesquisas resolver un interrogante fundamental, que de solucionarlo acertadamente lo llevarán rápidamente al descubrimiento del autor y ese interrogante no es otro que el siguiente: “A quien beneficia el hecho delictivo ?.

Y es claro que, en este caso particular, el único beneficiado con la consecución del certificado falso no era otro que el Dr. V., de allí, que deba concluirse sin lugar a dubitaciones de ninguna naturaleza, que el autor intelectual de la vulneración de la ley disciplinaria no puede ser otro que el mencionado profesional. Se desconocen ciertos hechos como, por ejemplo, qué mecanismos utilizó para determinar a las citadas médicas para que infringieran la ley disciplinaria, en una actividad que beneficiaba única y exclusivamente al determinador. Se ignora quien fue el que falsificó la firma de la Dra. M.B., porque según su dicho, ella se limitó a estampar su sello personal, pero no firmó el documento en blanco. Pero pese a ignorarse tales hechos, es una realidad, que al único que beneficiaba este engranaje de ilegalidades era al Dr. V. y es claro que el haber sido él, quien finalmente utilizó el documento falsificado, ha de concluirse sin lugar a dubitaciones que fue él, el autor intelectual de este hecho ilícito realizado en coparticipación de varias personas.

Es por ello que en la formulación de cargos se le imputó el contenido del artículo 51 de la Ley 23 de 1981, en cuanto a que, como médico falsificó un certificado médico, para probar una supuesta incapacidad laboral, que nunca había padecido.

Esta actividad se le imputa al Dr. V. en calidad de autor, precisamente como determinador, porque está indiciariamente probado, que el fue el que determinó a las Dras, antes mencionadas para que consiguieran la documentación, utilizando a la Dra. M.B., quien fue engañada en cuanto al destino de tal documentación.

Podría argumentarse que tal hecho no se encuentra probado, y si bien es cierto que no se sabe que medió de convencimiento utilizó para determinar a las Dras en la realización esta actividad ilegal, es necesario concluir que solo a él le interesaba, solo él era el beneficiado y finalmente fue él

quien utilizó la documentación espuria, para demostrar una incapacidad que nunca había padecido.

En las circunstancias probatorias precedentes, se ha de concluir, que uno de los autores, en calidad de autor intelectual, o determinante, de los hechos ilícitos investigados lo fue el Dr. V., y que lo realizó en su condición de médico, para de tal manera engañar a la entidad hospitalaria con la que estaba obligado laboralmente, probando con documentación falsa la existencia de una enfermedad y de una incapacidad que nunca existió, porque como se dijo con antelación, si realmente hubiera estado enfermo verdaderamente otro hubiera sido su comportamiento.

La versión dada por el Dr. V., sirve como prueba de todo el entramado ilegal que se perfeccionó, porque dice que quien lo atendió fue la Dra. M.G., pero no sabe explicar porque la incapacidad como médico tratante termina siendo firmado por la Dra. M.B. Esto confirma sin dubitación de ninguna naturaleza la autoría de estos hechos ilícitos en cabeza del disciplinado.

Este Tribunal Nacional con ponencia del magistrado Fernando Guzmán Mora ha expresado:

“Los médicos, en el diario ejercicio de la profesión, utilizamos, creamos y hacemos circular documentos de profunda trascendencia para el derecho en general y para la ética médica en particular. (Providencia No. 23-2013).

Se trata de las historias clínicas, los certificados de salud, las partidas de defunción, las constancias respecto de salud y enfermedad, las fórmulas terapéuticas, las cartas remisorias a otros colegas, las solicitudes a empresas de medicina pre-pagada y empresas promotoras de salud, las calificaciones del personal en entrenamiento, etc.

Es importante la actividad documental porque es un escrito o elemento que va a ser constancia o a constatar algo que ha ocurrido o bien deja constancia de una interrelación que ver con lo jurídico. Por eso se habla de tráfico jurídico”

Además sirve de prueba. Y cuando se habla de delitos en falsedad documental se habla de “falsedad de documentos que puedan servir de prueba”.

En el caso sub- examine es claro que fue utilizado como prueba para justificar la ausencia.

Queda claro que el doctor C.V.B., cometió faltas graves contra la ética médica y en consecuencia de lo anterior el Tribunal Nacional de Ética

Médica.

De conformidad con las consideraciones precedentes, el Tribunal Nacional de Ética Médica, de conformidad con las atribuciones que le confiere la Ley.

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Imponer al doctor C.V.B., sanción de suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por el término de un (1) año, por violación al artículo 1 numeral 4 y artículos 42, 50 y 51 de la Ley 23 de 1981 y; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO:** En contra de la anterior sanción son procedentes los recursos de reposición para ante este Tribunal y el de apelación ante el Ministerio de Salud y de Protección Social, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción. **ARTÍCULO TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981; y se de cumplimiento a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1164 de 2007. **ARTÍCULO CUARTO:** Confirmar la sanción impuesta por el Tribunal Seccional de censura escrita y pública a la doctora Y.N.V.C. **ARTÍCULO QUINTO** Contra la sanción impuesta a la doctora Y.N.V.C., no procede recurso alguno. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDP. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Presidente – Magistrado; HERNÁN JIMÉNEZ ALMANZA, Magistrado Ponente, ARIEL IVÁN RUÍZ PARRA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; JOSÉ MIGUEL SILVA HERRERA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y CLAUDIA LUCÍA SEGURA ACEVEDO, Abogada Secretaría.

**Bogotá D.C. junio 15 del año 2004**

**SALA PLENA SESIÓN No. 789 DEL QUINCE (15)  
DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL CUATRO (2004)**

**REF: Proceso No. 438 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia  
Denunciante Iss Seccional Antioquia  
Contra los doctores D.P.M. y R.C.G.**

**Providencia No. 25-. 2004-  
Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Gaviria Neira**

**VISTOS**

De acuerdo a la Providencia del Honorable Tribunal de Ética Médica de Antioquia del día 3 de Marzo de 2004 se procede a calificar la fase de Instrucción dentro del proceso disciplinario radicado bajo el número 438 dentro del cual se hallan vinculados los Doctores R.C.G. Y D.P.M.

Posterior a esta providencia que resuelve formular pliego de cargos a los mencionados doctores por vulneración a los artículos 11, 34 y 29 de la Ley 23 del 81, las partes afectadas presentan recurso de apelación solicitando revocación de la providencia mencionada.

Se remite en consecuencia al Honorable Tribunal Nacional para lo de la consideración pertinente mediante comunicación del HTEMA del día 23 de Abril de 2004.

En reparto realizado el día 11 de Mayo, corresponde por sorteo al Dr. Carlos A. Gaviria N.

### HECHOS

Se conoce de este caso mediante denuncia suscrita por el Doctor A.B.R., Gerente de la IPS Clínica Santa Gertrudis de Envigado ante la Seccional Antioquia en su división de Mercadeo y Calidad específicamente ante los Doctores S.A.T y J.E.F.G. La denuncia se eleva en razón a texto escrito en la Historia Clínica 932485150 correspondiente a la paciente M.R.G.M.

En la mencionada HC a fecha de 02/09/99 se lee "...Dr. C., sería muy conveniente poner a funcionar el cerebro antes que el lapicero de usted. Atte. Firma y sello D.P.M. ..." y, en la misma Historia Clínica con fecha del día 03/09/99, el Dr. R.C.G.. Consigna una nota en la que se lee...".. Dr. P. Respeto su opinión, pero no estoy de acuerdo con el trato que se me da. Firma y Sello R.C.G.

De acuerdo a lo anterior, los mencionados doctores T. y F., a fecha 21 de octubre de 1999 a su vez remiten al HTEMA con la siguiente consideración previa (vista a F1):

Se transcribe el párrafo en su totalidad

"Al revisar la copia de la historia clínica completa frente al acto que nos ocupa, observamos que existió discrepancia en la conducta a seguir con la paciente por parte de dos profesionales médicos de las especialidades de Ortopedia y Medicina Interna, consignando uno de ellos en una de las notas de evolución algo que consideramos desobligante hacia el otro".

Agregan a Folio 2 en la nota de solicitud ante el HTEMA:

..."con el fin de que considere la viabilidad de abrir investigación preliminar, toda vez que el Artículo 30 de la Ley 23 de 1981 contempla lo siguiente: "El médico no desaprobará con palabras o de cualquier otra manera, las actuaciones de sus colegas en relación con sus enfermos. Será agravante de esta conducta, el hecho de que esté dirigido a buscar la situación médico tratante "(Resaltado de igual manera que en el texto original).

A fecha 02/09/99 se había solicitado opinión al Dr. C., sobre la paciente

en cuestión, dada una potencial infección articular asociada a celulitis. El Dr. Pinto difiere de la sugerencia del Dr. C., cuando dice que no se debe puncionar ya que se trata de un derrame por vecindad, lo que motiva la nota que él coloca en la HC y a la vez es motivo de la respuesta del Dr. C.

A continuación los dos implicados son requeridos a través de indagatoria por el HTEMA.

Los resultados de la investigación adelantada concluyen con la formulación del pliego de cargos ya descrito por vulneración a los artículos 11, 34 y 29 de la Ley 23 del 81, las partes afectadas presentan recurso apelación solicitando revocación de la providencia mencionada, mediante una argumentación que busca hacer ver de potenciales faltas al debido proceso.

En apartes del texto de la Doctora I.E.B., destaca algunos textos de la Honorable Corte Constitucional en cuanto al debido proceso por cuanto, en primera instancia, "... a fecha 15/12/99 se decreta apertura formal del proceso sin especificar en ella los artículos vulnerados por mi defendido.." (F58 ); dice la defensa que el Dr. P., no fue escuchado en indagatoria en presencia de apoderado. Además arguye que las pruebas que este solicitara, específicamente la declaración de la paciente Doña M.R.G.M., no se consideraron.

Dice ( F60 ):

" La prueba obrante en el expediente no permite afirmar que el investigado, vulneró los artículos por los cuales se le formularon cargos, y no lo puede hacer entre otras cosas porque si algo parece obvio en el estudio del caso que nos ocupa, es que no se realizó actividad probatoria alguna encaminada a establecer los hechos que se denunciaron en la queja formulada ante el Tribunal, pues además de la queja ( que no es prueba sino objeto de prueba ), la historia clínica y las respectivas diligencias de indagatoria, no obra en el proceso decreto o práctica de prueba alguna que fundamente la formulación de cargos contenida en la providencia que fue impugnada".

Ofrece argumentos que proceden cuando analiza la providencia en lo referente a los artículos 11 y 34. (F 61).

Además argumenta en contra de la posición definitiva del HTEMA en lo referente al artículo 29 de la Ley de Ética Médica (La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos). En este sentido hace su defensa mediante el siguiente texto:

"... debería el Tribunal explicar de qué manera esa connotación transgredió el concepto de

lealtad, que además de su subjetividad puede encerrar acepciones ambiguas en la mente de cada sujeto y en consecuencia no se obra con deslealtad a título doloso, ni siempre, ni por todos de la misma forma“.

”Es así como quien considera que la lealtad es aquello que como define el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, fidedigno o verídico, no obra con deslealtad si realiza una manifestación verbal o escrita de desacuerdo frente a un actuar o proceder de otra persona, pues para aquel no sólo es fidedigno y verídico, sino que además no lo oculta para sí, sino que lo pone de manifiesto a fin de comportarse tal como lo ordena su fuero interior”.

En cuanto a la defensa del Dr. C., por parte del Dr. Harold Mauricio Hernández Beltrán, se ofrecen argumentos similares, con apoyo sustantivo en los argumentos ofrecidos por su colega. En consecuencia escribe un párrafo en referencia a la defensa en contra de la providencia en lo que toca al Artículo 29, que esta sala se permite transcribir parcialmente:

“...creemos, que el acto cuestionado no solo comporte una infracción normativa meramente formal, sino que, ha de contener un ataque contra los fundamentos e intereses que pretenden proteger las normas éticas, a saber, que comporten una afectación de las relaciones médico paciente, de las relaciones entre colegas. De las relaciones entre el médico y la institución, etc”.

## RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Esta Corporación de manera reiterada ha venido sosteniendo que el auto mediante el cual se hace formulación de cargos no es susceptible del recurso de apelación.

Lo anterior, porque se deduce de la voluntad del legislador, que impuso unos términos perentorios para que una vez formulada la acusación se escuche al médico disciplinado en diligencia de descargos, brevedad de los términos que hace virtualmente imposible que se pudiera dar trámite al recurso de apelación. El artículo que regula este aspecto del proceso establece en el artículo 80 lo siguiente:

**ARTICULO 80.** Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones.

- a. Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.
- b. Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito se la hará saber así al profesional inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.

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

Pero además del argumento precedente debe tenerse en cuenta que si el Tribunal Nacional de Ética Médica se pronuncia sobre el fondo del asunto al confirmar o revocar el pliego de cargos, es evidente que todos y cada uno de sus integrantes habrá comprometido su criterio en uno u otro sentido, y en tales circunstancias cualquier participación posterior dentro del mismo proceso estará signado de manera necesaria por el criterio inicialmente expuesto.-

En reciente pronunciamiento en relación con el mismo tema esta Corporación sostuvo: (Providencia 20-2004 de la que fue ponente el Dr. Fernando Guzmán)

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

Es así como en providencia del 5 de junio de 1995 en relación con ésta temática se sostuvo:

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

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

“Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite

haría inoficioso tal señalamiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos...”

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

En consecuencia esta sala, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** INHIBIRSE de conocer de la apelación interpuesta por las razones previamente reseñadas.- **ARTÍCULO SEGUNDO:** Una vez en firme la presente providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA-VEGA, Presidente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado Ponente, FERNANDO GUZMAN MORA,

Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y LEONOR ALMEIDA FRANCO, Secretaría (Ad-Hoc).

**Bogotá, septiembre doce (12) del año dos mil seis (2006)**

**SALA PLENA-SESION No. 888 DEL DOCE (12)  
DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006)**

**REF: Proceso No. 438 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia  
Denunciante ISS Seccional Antioquia  
Contra los doctores D.P.M. y R.C.G.**

**Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora  
Providencia No.44-2006**

### **VISTOS**

De acuerdo a Providencia del Honorable Tribunal de Ética Médica de Antioquia del día 3 de Marzo de 2004 se procede a calificar la fase de Instrucción dentro del proceso disciplinario radicado bajo el número 438 dentro del cual se hallan vinculados los Doctores D.P.M. y R.C.G.

Posterior a esta providencia que resuelve formular pliego de cargos a los mencionados doctores por vulneración a los artículos 11, 34 y 29 de la Ley 23 del 81, las partes afectadas presentan recurso de apelación solicitando revocación de la providencia mencionada.

Se remite en consecuencia al Honorable Tribunal Nacional para lo de la consideración pertinente mediante comunicación del HTEMA del día 23 de Abril de 2004. El Tribunal Nacional niega la apelación del pliego de cargos.

Posteriormente, dentro de la fase de juicio, se solicitan una serie de pruebas que son negadas por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, motivo por el cual se apela esta decisión ante el TNEM.

Asímismo, los defensores solicitan la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria por haber ocurrido los hechos hace siete años.

### **HECHOS**

Mediante denuncia suscrita por el Doctor A.B.R., Gerente de la IPS Clínica Santa Gertrudis de Envigado ante la Seccional Antioquia en su división de Mercadeo y Calidad específicamente ante los Doctores S.A.T. y Jorge E. F. G. La denuncia se eleva en razón a texto escrito en la Historia Clínica 932485150 correspondiente a la paciente M.R.G.M.

En la mencionada HC a fecha de 02/09/99 se lee "...Dr. C., sería muy conveniente poner a funcionar el cerebro antes que el lapicero de usted. Atte. Firma y sello D.P.M. ..." y, en la misma Historia Clínica con fecha del día 03/09/99, el Dr. R.C.G. Consigna una nota en la que se lee...".. Dr. P. ....R. su opinión, pero no estoy de acuerdo con el trato que se me da. Firma y Sello R.C.G.

De acuerdo a lo anterior, los mencionados doctores Torres y Forsten a fecha 21 de octubre de 1999 a su vez remiten al HTEMA con la siguiente consideración previa (vista a F1):

Se transcribe el párrafo en su totalidad

"Al revisar la copia de la historia clínica completa frente al acto que nos ocupa, observamos que existió discrepancia en la conducta a seguir con la paciente por parte de dos profesionales médicos de las especialidades de Ortopedia y Medicina Interna, consignando uno de ellos en una de las notas de evolución algo que consideramos desobligante hacia el otro".

Agregan a Folio 2 en la nota de solicitud ante el HTEMA:

... "con el fin de que considere la viabilidad de abrir investigación preliminar, toda vez que el Artículo 30 de la Ley 23 de 1981 contempla lo siguiente: "El médico no desaprobará con palabras o de cualquier otra

manera, las actuaciones de sus colegas en relación con sus enfermos. Será agravante de esta conducta, el hecho de que esté dirigido a buscar la situación médico tratante “(Resaltado de igual manera que en el texto original).

A fecha 02/09/99 se había solicitado opinión al Dr. C., sobre la paciente en cuestión, dada una potencial infección articular asociada a celulitis. El Dr. P., difiere de la sugerencia del Dr. C., cuando dice que no se debe puncionar ya que se trata de un derrame por vecindad, lo que motiva la nota que él coloca en la HC y a la vez es motivo de la respuesta del Dr. C.

A continuación los dos implicados son requeridos a través de indagatoria por el HTEMA.

Los resultados de la investigación adelantada concluyen con la formulación del pliego de cargos ya descrito por vulneración a los artículos 11, 34 y 29 de la Ley 23 del 81, las partes afectadas presentan recurso de apelación solicitando revocación de la providencia mencionada, mediante una argumentación que busca hacer ver potenciales faltas al debido proceso.

En apartes del texto de la Doctora I.E.B., destaca algunos textos de la Honorable Corte Constitucional en cuanto al debido proceso por cuanto, en primera instancia, “... a fecha 15/12/99 se decreta apertura formal del proceso sin especificar en ella los artículos vulnerados por mi defendido.” (F58); dice la defensa que el Dr. P., no fue escuchado en indagatoria en presencia de apoderado. Además arguye que las pruebas que este solicitara, específicamente la declaración de la paciente Doña M.R.G.M., no se consideraron.

En cuanto a la defensa del Dr. C., por parte del Dr. Harold Mauricio Hernández Beltrán, se ofrecen argumentos similares, con apoyo sustantivo en los argumentos ofrecidos por su colega. En consecuencia escribe un párrafo en referencia a la defensa en contra de la providencia en lo que toca al Artículo 29, que esta sala se permite transcribir parcialmente:

“....creemos, que el acto cuestionado no solo comporta una infracción normativa meramente formal, sino que, ha de contener un ataque contra

los fundamentos e intereses que pretenden proteger las normas éticas, a saber, que comporten una afectación de las relaciones médico paciente, de las relaciones entre colegas. De las relaciones entre el médico y la institución, etc”.

El Tribunal Nacional de Ética Médica decide entonces INHIBIRSE de conocer de la apelación interpuesta.

“...HAROLD MAURICIO HERNÁNDEZ BELTRÁN, abogado, actuando en calidad de defensor del Md. R.C.G., conforme al poder que se adjunta, dentro del término de traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, solicitó se decrete la nulidad de toda la actuación procesal surtida desde la diligencia de indagatoria de mi defendido, diligencia que deberá quedar comprendida en la nulidad que se solicita.

Por lo todo lo expuesto reitero la solicitud de declaratoria de Nulidad de toda la actuación, a partir de la diligencia de indagatoria del Dr. R.C.G., incluyendo la anulación dicha diligencia por ser la misma inexistente.

EL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA por mandato legal decide, en junio de 2006, NEGAR LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD de lo actuado desde la diligencia de indagatoria en el proceso disciplinario ético-profesional radicado bajo el número 438 y al cual se hallan vinculados los doctores D.P.M. Y R.C.G.

Decide también NO DECRETAR las diligencias juramentadas de los médicos, doctores E.M., J.C.G. y J.G.S., como quiera que dichas pruebas no son pertinentes en el proceso de la referencia.

Asimismo, toma la determinación de NO DECRETAR la prueba consistente en oficiar para que se envíe la totalidad de la Historia Clínica de la señora M.R.G. Tampoco la prueba testimonial de la señora M.R.G., ni la diligencia juramentada del doctor A.B.R.

El defensor de uno de los acusados solicita al Honorable Tribunal Nacional de Ética Médica de manera comedida que decrete la prescripción de la presente investigación Ético - Disciplinaria, toda vez, que a la fecha se encuentran más que vencidos los términos para que se pueda continuar con la respectiva investigación.

Cabe advertir que a la fecha han transcurrido ya 68 meses sin que el órgano colegiado de primera instancia se haya pronunciado frente a la responsabilidad ético - Disciplinaria. Y por consiguiente se puede afirmar que ya operó la prescripción.

Es por lo anterior que solicita al Honorable Tribunal Nacional de Ética Médica decrete la prescripción del proceso por lo expuesto anteriormente y de no prosperar ésta que revoque la providencia mediante la cual se niegan pruebas y nulidad y en su lugar se decrete la nulidad parcial y la práctica de pruebas.

La defensora del doctor P.M, sustenta el recurso de apelación interpuesto contra la providencia discutida

“...Primera consideración

Sea lo primero indicar que en virtud de los factores que determinan la competencia del Tribunal Seccional de Ética Médica, consideramos que ésta no se configura, puede afirmarse sin lugar a dudas, que el término de prescripción se encuentra cumplido, toda vez que han transcurrido más de cinco años desde la ocurrencia del hecho investigado y por lo tanto ha fenecido la potestad ético - disciplinaria.

En este orden de ideas, no consideramos de recibo la afirmación contenida en la providencia impugnada en el numeral 2 cuando afirma que a partir de la providencia que formula pliego de cargos se cuenta un nuevo término de prescripción, toda vez que esta figura es ajena al proceso de carácter disciplinario adelantado por los Tribunales de Ética Médica, máxime si se tiene en cuenta que el a - quo aplica la remisión a la normatividad procesal penal y la obligada analogía con la resolución de acusación a efectos de que opere la figura jurídica denominada "interrupción de la prescripción", pero no hace lo mismo, para todos sus efectos pues como se sabe esta resolución acusatoria es en esencia apelable, y frente al pliego de cargos no se concede recurso alguno.

Así las cosas y teniendo en cuenta que en reiteradas y fundadas decisiones el Tribunal Nacional de Ética Médica, ha decretado el fenecimiento de los procesos éticos disciplinarios en los cuales hayan transcurrido más de cuarenta y cinco meses desde la ocurrencia de los hechos sin que se en-

cuentre una providencia sancionatoria en firme, con o sin pliego de cargos, consideramos que en virtud del principio de igualdad, debe decidirse en consonancia en el presente asunto.

Toda vez que la gravedad de las sanciones propias del derecho penal y la finalidad de las penas que se imponen, demandan de las normas que sancionan delitos una mayor exigencia en la aplicación de garantías y en esa medida se impone también esas garantías para el proceso ético sancionatorio. En tales casos, la limitación o restricción de estos bienes jurídicos a título de sanción debe ser consecuencia de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. En aquellas circunstancias en las cuales una decisión de tipo disciplinario conlleve la limitación o pérdida de un derecho fundamental, el deber de acatar las garantías constitucionales es tan apremiante, como el que se deriva de las normas penales.

Ante la meridiana claridad de la consagración del debido proceso, ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades, si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado principio constitucional incorpora.

En consonancia con lo anterior, podemos decir que si bien es cierto que el proceso ético profesional no es igual al proceso penal, también es cierto que tampoco es igual al proceso fiscal y en consecuencia no pueden pretender aplicarse las consideraciones que el constituyente haya elaborado respecto de éste.

En cuanto a las pruebas negadas.

Así mismo, en la providencia que resolvió la solicitud de nulidades y pruebas elevada el día 30 de marzo de 2005, y que fuera impugnada por la defensa se afirma que el hecho de no haber practicado las pruebas solicitadas por mi defendido no constituye violación del debido proceso, en cuanto el magistrado practicará todas las pruebas y diligencias que considere necesarias para la investigación y que en el presente caso, para el momento del cierre el magistrado contaba con suficientes elementos probatorios para

tomar la decisión.

Frente a este particular consideramos que si bien es cierto que el juez, de conformidad con el principio de conducencia y necesidad decidirá qué pruebas practicará y cuáles no, también es cierto que dicha decisión debe ser motivada como consecuencia directa de encontramos en un estado de derecho, en virtud de esta motivación el investigado podrá o no interponer los recursos de ley contra la decisión que niegue la práctica de pruebas de conformidad con el artículo 193 literal b numeral 1 de la normatividad procesal penal que la providencia impugnada invoca en cuanto a la aplicación del artículo 393, pero cuyos contenidos no considera válidos o aplicables en su integridad para los procesos que se adelantan en el Tribunal de Ética médica.

Es así como el Tribunal de Ética Médica de Antioquia mediante la providencia que es objeto de recurso negó todas y cada una de las declaraciones juramentadas solicitadas oportunamente por la defensa, algunas de las cuales ya habían sido solicitadas por mi defendido desde su primera declaración ante el Tribunal. Así mismo es negada la solicitud de la defensa en el sentido de oficiar para que se aporte la historia clínica completa de la paciente.

Invoca el a quo como razones para dicha negativa que las pruebas a decretar dentro del proceso, deben ser aquellas que le permitan al juzgador tener claridad acerca de los hechos objeto de investigación ético disciplinaria y afirma que ninguno de los testimonios tiene tal virtud, pero de ninguna manera se explica porqué razón carecen de la pretendida virtud, por lo cual es ausente la motivación que debe caracterizar toda providencia en cuanto requisito que excluya la arbitrariedad de los procesos porque sólo en cuanto se conocen verdaderamente las razones o motivos que fundamentan las decisiones es que pueden ellos objetarse o aprobarse a efectos de interponer o no los respectivos recursos y a efectos de controvertir o no dichos argumentos en el momento de sustentarlos

Concluye el Tribunal, que ninguna de las pruebas solicitadas por la defensa son procedentes ni conducentes, pero extraña la defensa cuál o cuáles fueron los fundamentos que lo llevaron a darle esos calificativos, máxime cuando en definitiva estas pruebas no han sido practicadas y no puede el Tribunal prever sin más, que dichas declaraciones y documentos no le otorgaran claridad alguna en cuanto a los hechos que investigan.

Petición.

Solicito al Tribunal Nacional de Ética Médica, en representación del Dr. D.P.M., revoque la providencia del 5 de Junio de 2006 de conformidad con los argumentos expuestos y desarrollados en precedencia.

**CONSIDERACIONES DEL  
TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA**

**LA FAVORABILIDAD EN LA APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES  
PENALES QUE TIENEN CARÁCTER SUSTANCIAL**

Los grandes problemas son la justicia, validez y eficacia de la norma jurídica individual y del ordenamiento en su totalidad. La justicia esta dada por la coincidencia de ella con los valores superiores de una sociedad, es la búsqueda del deber ser, es el problema de los deberes relativos a una situación social dada.

La validez es un problema de comparación en el cual se deben buscar tres requisitos:

1. Que haya sido creada por el órgano competente.
2. Que siga unos modelos preestablecidos por el ordenamiento mismo.
3. Que no choque contra una norma de carácter superior.

La eficacia busca determinar la validez de la norma no solo dentro del sistema, sino además si se cumple en el mundo real de manera espontanea, 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.

#### 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:

A esas leyes de contenido material o sustancial alude el artículo 6° 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).

En la misma forma, en la codificación procesal existen normas procesales de un claro contenido material, porque como ya se dijo, la importancia de los derechos que ellas contienen o salvaguardan son de tanta trascendencia como la de los contenidos en las normas propiamente materiales. Es por ello que puede afirmarse que las normas procesales que contienen normas de contenido constitucional son normas materiales o sustanciales pese a su ubicación.

MANZINI refiriéndose a este punto dice que:

"Son, por tanto, normas de «derecho penal material» todas aquellas que atribuyen virtualmente al Estado el poder punitivo o también a los órganos del mismo Estado, o a particulares, el poder disposición del contenido material del proceso, o sea, de la pretensión punitiva o de la pena (ejemplo: facultad de querrela, de remisión, etc; amnistía, indulto, gracia, prescripción, condena condicional, etc.).

Son, en cambio, normas de "derecho procesal penal «todas y solamente las que regulan de manera general el inicio, el desarrollo y el fin del proceso, que establecen las garantías jurisdiccionales de la ejecución de las cosas juzgadas, que indican las formas con que los sujetos procesales pueden valerse de sus facultades dispositivos del contenido material del proceso, y que atribuyen a los órganos del Estado o a los particulares un poder de disposición del contenido formal del proceso, esto es, de las mesas formas procesales (ejemplo: derecho de defensa, de impugnación, de renuncia, etc.).

"Así, por ejemplo, la facultad de remisión, por ser una facultad que, al ejercitarse, hace desaparecer la pretensión punitiva del Estado, es de derecho material; pero las formalidades con las que se debe declarar la remisión misma, constituyen derecho procesal.

---

<sup>1</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones de Cultura Jurídica, 1951, pág. 108.

"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)."<sup>1</sup>

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.

Habiéndose concluido de tal manera, debemos recordar el principio general que gobierna la aplicación de la ley penal en el tiempo y que no es otro que el de la irretroactividad, según el cual la ley rige desde el momento de su promulgación hasta su derogatoria, con sus dos grandes excepciones proyectadas ambas en el caso de la aplicación de la ley penal más favorable en el caso de tránsito de legislaciones y que son la retroactividad y la ultraactividad.

De conformidad con la primera excepción, la ley nueva cuando contiene aspectos más favorables a los previstos en la norma que la precedió aplica sus efectos a los hechos ocurridos en el pasado, es decir que se termina aplicando la ley a hechos que se ejecutaron cuando la ley nueva no existía porque no había sido promulgada.

De conformidad con la segunda excepción, se continúa aplicando la ley derogada, porque la nueva ley contiene aspectos desfavorables en 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 aun 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, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

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 6° 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. 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.

(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.

### 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 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 primaría 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 5º 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 ínsita a la primacía de los derechos fundamentales o derechos de primera generación o inalienables del ser humano.

Esa es la razón para que el tratadista Giuseppe Bettiol, quien en Italia ha sido un firme defensor de que la libertad individual debe protegerse al máximo dentro del proceso penal y que entre las normas que rigen se debe elegir la interpretación más favorable a las posiciones del imputado haya dicho:

“Bajo un cierto ángulo visual, el principio favor rei es el principio básico de toda la legislación procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por el criterio superior de libertad. No hay en verdad Estado auténticamente libre y democrático, en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de autonomía de la persona humana. En la contraposición al ius puniendi del Estado, de un lado, y el ius libertatis del imputado, de otro, la preeminencia debe ser atribuida a este último, si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe”.

En vista de la contradicción que generan los textos vertidos en los incisos 2 y 3 del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, estimo viable aplicar el

artículo 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.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> **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.**

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

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

de este efecto.

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

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

Además de los argumentos precedentes téngase en cuenta que allí se hace una exclusión de los delitos más graves o aquellos que afectan intereses públicos o victimiza a menores.

La diferencia establecida por el legislador nos lleva a concluir que fue su voluntad, que esta norma favorable solo se excluyera para los delitos de mayor trascendencia social y económica.

Lo anterior nos demuestra que la mayoría de procesos adelantados por todos los actos de delincuencia tipificados en el código penal les sería aplicable ésta norma por favorabilidad.

En las condiciones precedentes sería aberrante que se excluyera su aplicación a una falta disciplinaria, de mucho menor gravedad que un delito y que además tal exclusión en la aplicación de la ley procesal favorable, se hiciera como consecuencia de una aplicación analógica de la misma.

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.

## DILACIONES INJUSTIFICADAS

Lo anterior no es justificación para que la justicia siga por un sendero de insoportable lentitud que lleve a la prescripción de las acciones por demoras injustificadas.

Al respecto dicen nuestras altas cortes:

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.

A su vez, la Sentencia No. T-604/95 también expresa:

"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".<sup>3</sup>

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 complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan."<sup>4</sup> Esos términos deben ser respetados por

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Ed. Trota S.A., Madrid, 1995, Pág. 34.

<sup>4</sup> Sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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.<sup>5</sup>

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,<sup>6</sup> 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".<sup>7</sup>

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"<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>6</sup> Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>7</sup> Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>8</sup> Sentencia T-190/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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.

Llama entonces la atención la extraordinaria e injustificada demora por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, manifiesta en las siguientes fechas:

- a- Los hechos ocurrieron el 3 de Septiembre de 1999.
- b- La denuncia fue instaurada el 21 de Octubre de 1999
- c- Ese Tribunal aceptó la denuncia el 15 de Diciembre de 1999
- d- La declaración del primero de los implicados tuvo efecto el 23 de agosto de 2001, es decir, DOS AÑOS DESPUES DE OCURRIDOS LOS HECHOS
- e- La calificación de la fase instructiva tuvo efecto el 3 de marzo de 2004, o sea, dos años y medio después de la primera declaracion, cuando se formula el pliego de cargos
- f- Este pliego es apelado el 16 de abril de 2004
- g- Es recibido y repartido en el TNEM el 12 de mayo de 2004
- h- La providencia se aprueba el 15 de junio de 2004
- i- La solicitud de nulidad ocurre el 30 de marzo de 2005
- j- Es resuelta por el tribunal seccional más de un año después, el 15 de junio de 2006
- k- El recurso de apelación respecto de la negativa de pruebas se interpone el 5 de junio de 2006.
- l- Llega al TNEM el 18 de julio de 2006
- m- Es resuelto el 12 de septiembre de 2006.

Con esto se quiere demostrar el típico caso de dilación injustificada, característico en muchas de las actuaciones del Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia y cuya negligencia debe ser investigada por la Procuraduría General de la Nación.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones consagradas en la ley.

### RESUELVA

**ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra los doctores R.C.G. Y D.P.M. y precluir la presente investigación. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Compulsar copias del presente expediente a la Procuraduría Regional de Antioquia para que esa entidad lo evalúe y tome las medidas que considere pertinentes. **ARTÍCULO TERCERO:** Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMAN MORA, Presidente (E.). Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

**Bogotá, seis (06) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)**

**SALA PLENA SESIÓN No. 1449 DEL SEIS (06)  
DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE (2019)**

**REF: Proceso ético-disciplinario No. 1126 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico.**

**Fecha de los hechos: 25 de febrero de 2017.**

**Médico investigado: Dr. A.S.S.**

**Denunciante: Dra. A.E.M.T.**

**Magistrado Ponente: Dr. Ariel Iván Ruiz Parra.**

**Providencia No. 24- 2019**

**VISTOS**

El 19 de febrero de 2018 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico recibió queja interpuesta por la Dra. **A.E.M.T.** en contra del Dr. **A.S.S.**, por la realización de hipnosis sin su autorización ni consentimiento, en el marco de una conferencia dictada por el Doctor **S.S.**, en Ciudad de Panamá, en febrero de 2017, así como, por la fractura de uno de los dedos de su mano ocurrida en relación con este hecho. La quejosa señala que le fueron vulnerados sus derechos como paciente y que hubo imprudencia médica, mala práctica y negligencia.

El 4 de octubre de 2018 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico escrito del Dr. **MAURICIO GUTIÉRREZ VERGARA**, abogado defensor del Dr. **A.S.S.**, solicitando al Tribunal proferir resolu-

ción inhibitoria del proceso, por cuanto los hechos materia de investigación no sucedieron en el territorio nacional.

El 31 de octubre de 2018 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico procedió a resolver la solicitud de **PROFERIMIENTO DE RESOLUCIÓN INHIBITORIA** presentada por el Dr. **MAURICIO GUTIÉRREZ VERGARA**, apoderado del Dr. **A.S.S.** En esta providencia el Tribunal decidió no inhibirse de continuar la investigación contra el Dr. **S.S.**

El día 7 de noviembre de 2018 el abogado defensor, Dr. **MAURICIO GUTIÉRREZ VERGARA**, presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN**, contra la Resolución del 31 de octubre de 2018.

El 30 de enero de 2019 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico procedió a resolver el **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN**, presentado por el abogado defensor, Dr. **MAURICIO GUTIÉRREZ VERGARA**, en contra de la Resolución del 31 de octubre de 2018. En esta providencia el Tribunal Seccional resuelve no reponer el proveído impugnado por el Dr. **GUTIÉRREZ VERGARA** y conceder el Recurso de Apelación.

El 14 de febrero de 2019 se recibió en el Tribunal Nacional de Ética Médica el expediente para resolver el **RECURSO DE APELACIÓN**.

En Sala plena del Tribunal Nacional de Ética Médica llevada a cabo el día 20 de febrero de 2019 se asigna el proceso por reparto aleatorio al Magistrado **ARIEL IVÁN RUIZ PARRA**.

## HECHOS

En la queja presentada por la Dra. **A.E.M.T.** ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, manifiesta que fue invitada como participante por el Laboratorio Farmacéutico **BUSSIE-SANFER**, con gastos pagos, a un **SUMMIT NACIONAL DE MEDICINA GENERAL** realizado en la Ciudad de Panamá los días 24, 25 y 26 de febrero del 2017.

Agrega la quejosa en su escrito: “Dentro de las charlas a desarrollar en la agenda, estuvo programada una charla de **PSICOINMUNOTERAPIA** 'Ver

lo que los demás no ven "el día 25 de febrero del 2017 de 9:00 am a 12.00 m con el Dr. A.S.S., en las instalaciones del hotel WYNDHAM ALBROOK MALL PANAMA, donde fuimos hospedados todos los médicos asistentes al evento alrededor de 150 médicos de todas las ciudades del país.

La charla médica comenzó a la hora señalada en la agenda del evento, yo me senté en las sillas de atrás del salón, exactamente en la penúltima fila al lado izquierdo del salón, en la última fila del salón estaban sentados las directivas y ejecutivos del Laboratorio que acompañaban el evento.

Dentro de la Ponencia del Dr. A.S.S. y como es normal en toda conferencia levanté mi mano y realicé una pregunta referente al tema dirigiéndome al Dr. S., el cual se encontraba en esos momentos al frente del salón, para lo cual camino (SIC) hasta el sitio donde me encontraba sentada y sin dar respuesta aun a mi pregunta, me solicitó le extendiera mi mano, no le vi ningún problema, pensé que me iba a saludar incluso, la cual mantuvo sostenida entre sus manos por algunos segundos y sin ningún tipo de autorización, llámese Consentimiento Informado escrito procedió a realizar el ACTO MÉDICO de HIPNOSIS CLINICA en mi persona”.

Mas adelante señala la Dra. M.T.: “No hubo consentimiento de mi parte para tal procedimiento ni hubo explicación previa del médico del procedimiento que iba a realizar, por lo cual NO HUBO FIRMA ALGUNA DE NINGUN CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA TAL ACTO MEDICO.

Se viola en esta Acto Médico la LEY 41/2002 del 14 de Noviembre acerca de mi autonomía como paciente al igual que mi derecho a ser informado, se viola totalmente mi intimidad como paciente por cuanto fui expuesta como rata de laboratorio delante un auditorio de más de 100 personas, en un salón que no contaba con los más mínimos requisitos y normas exigidos para prestar un servicio médico, esto es en un salón de hotel y no fue suficiente con eso, después de la hipnosis me tiran en la alfombra del hotel ante la mirada escudriñadora de todos los médicos asistentes, quienes además toman fotos y videos de tal acto obviamente para compartir la hazaña haciéndose esto viral en las redes, reafirmando violación a mi derecho a la intimidad”.

Agrega la quejosa: “Todo lo anterior, sumado a la violación de mis de-

rechos como "paciente" todo por cuanto participe en un acto médico de manera involuntaria y además por cuanto NUNCA amerite (SIC) una hipnosis como tratamiento, derechos descritos en la Ley Estatutaria 1751 del 2015”.

Después de una breve exposición sobre el Acto Médico y sus características, en la queja la Dra. **M.T.**, continúa explicando: “En este punto la denuncia contra el doctor A.S.S., es por la falta de profesionalidad al no sujetarse a las normas de excelencia profesional al denigrar dicho acto médico y vulnerar mis derechos como paciente al cometer IMPRUDENCIA MÉDICA por cuanto dicho médico realizo (SIC) este acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones ni logística necesaria; El daño causado se produjo porque el acto médico se realizó sin las debidas precauciones ni medir las consecuencias, es decir este médico no tuvo moderación y fue irreflexivo, y no previo el deber ser de tener una camilla para acostar al "paciente experimental" después de la hipnosis además el NO tener insumos médicos previendo un trauma por la caída en la hipnosis como sucedió en mi caso que en la caída de la silla donde estaba sentada después de ser hipnotizada me pisaron fuertemente el 5to dedo mano izquierda y fue fracturado, que hubiese sucedido si hubiese sido un trauma craneoencefálico?, apporto evidencia de fotos de la fractura y lecturas de radiología. El Dr. S.S., me enfrentó y me expuso (SIC) a un riesgo que no pedí ni autoricé, en mi caso sin un beneficio médico para mí, solo me utilizó como objeto experimental para su docencia, olvidando que la docencia e investigación médica son parte constitutiva de la práctica médica y su responsabilidad es la misma.

Como expuse anteriormente en la caída de la silla al ser hipnotizada sin mi consentimiento, perdí en su totalidad mi fuerza muscular, en las escala de clasificación muscular quedo en 0, NO ME PODIA MOVER, perdí el total control de mis movimientos, no tenía ni siquiera TONO MUSCULAR era 0, pero escuchaba y era consciente de todo lo que hablaba el médico, quede desplomada en el piso del salón sin movimientos escuchando la clase magistral del galeno, tirada en la alfombra como un perro, todos haciendo fotos y videos que apporto como evidencia de la denuncia expresada”.

En un aparte de su queja, en el que la Dra. **M.T.**, señala que hubo negligencia por parte del Dr. S.S., expresa textualmente:

“No realizó Historia Clínica completa con antecedentes médicos perso-

nales, familiares. El doctor nunca me hizo preguntas si sufría de una enfermedad si tenía algún tipo de limitación, si padecía de algún tipo de patología mental o psiquiátrica que contraindicara en algún momento una hipnosis, si se tiene en cuenta que en una hipnosis se doblaba tu voluntad como paciente como él lo explica en el video que aportó a esta denuncia. No me explicó el procedimiento a realizar ni me explicó el pro y los contras del mismo, como tampoco sus contraindicaciones.

NO me hizo firmar Consentimiento Informado.

Cabe en esta denuncia la MALA PRAXIS por cuanto dicho médico ocasionó a través de un acto propio de su actividad, y en relación causal y con culpa un daño o lesión personal en detrimento de mi salud, en este caso fue el responsable con culpa de ocasionarme una fractura completa transversa del 5to dedo mano izquierda sin desplazamiento, por lo cual tuve que ser inmovilizada con férula de yeso durante 30 días y posteriormente someterme a terapias de rehabilitación, produciéndome un daño no justificable...”

La quejosa señala que las incapacidades, el uso de la férula y los gastos generados por la fractura del quinto dedo de la mano izquierda le causó además un deterioro patrimonial y agrega en su queja:

“Mientras estaba tirada en la alfombra a pesar de sentir dolor en el 4to y 5to dedo de la mano izquierda, no me podía mover, hablar ni abrir siquiera los ojos; al cabo de aproximadamente 30 minutos fui recuperando el tono muscular y los movimientos en mis extremidades y logré levantarme y sentarme nuevamente en la silla percatándome del gran edema, hematoma que se había formado en el 5to dedo con limitación funcional del mismo y del 4to dedo de la mano izquierda, por lo cual levanté mi mano en la conferencia y le dije al doctor en mención que alguien me había pisado y tenía el dedo fracturado, a lo cual el doctor respondió que si yo tenía ojos de RX?, a lo que yo respondí que no era necesario, que para eso era médico y sabía reconocer los signos de una fractura, lo que hizo fue, según él, programarme el dedo para no sentir dolor, al cabo de pocos minutos terminó la conferencia y el doctor S., se fue al aeropuerto porque tenía vuelo de regreso para Colombia...”

La quejosa señala que fue llevada por la gerente de Recursos Humanos del Laboratorio Bussié y la encargada de la agencia de viajes AVIATUR, a

la CLÍNICA PAITILLA ubicada en la dirección Apartado 0816- 03075 en la ciudad de Panamá, donde le realizaron radiografía de la mano izquierda y fue valorada por el Dr. J.C.P., especialista en mano, quien diagnosticó trauma de mano izquierda con fractura completa transversa no desplazada de falange proximal del quinto dedo de la mano izquierda, por lo que le colocaron una férula de yeso. La Dra. **M.T.**, anexó a su queja la incapacidad de diez días otorgada por la Empresa Promotora de Salud, videos y fotografías del evento en el cual ocurrieron los hechos, y copias de la historia clínica, de la valoración por fisioterapia y de las lecturas de las radiografías de seguimiento de la fractura.

En su queja la Dra. **A.E.M.T.**, agrega: “Quiero informarles que en su momento se trató de realizar acuerdo económico con Laboratorio BUSSIE e indirectamente con el Dr. S., a través del laboratorio el cual finalmente no acepté, porque dentro de sus condiciones era que para el pago irrisorio que proponían, yo debía firmar un documento donde aceptaba que había permitido de manera voluntaria la realización de la hipnosis, por lo cual ante semejante desfachatez desistí de cualquier tipo de acuerdo y decidí iniciar Demanda por Responsabilidad CIVIL contractual por Lesiones Personales y para su conocimiento adjunto dicho documento”. En efecto, en el expediente se encuentra una copia no firmada de lo que sería el “Acuerdo de Transacción” entre Laboratorios Bussié S.A. y **A.E.M.T.** (folios 33 a 37), en el cual en la consideración número 4 dice: “El día 25 de febrero de 2017, A.E.M.T. de manera voluntaria y ante todo el público presente, decidió participar en el ejercicio de “hipnosis” desarrollado por el doctor A.S.S..” (Folio 34).

### ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de febrero de 2018 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico recibió queja interpuesta por la Dra. **A.E.M.T.**, contra el Dr. **A.S.S.**

El 9 de marzo de 2018 el Tribunal Seccional decidió iniciar la investigación preliminar de la queja interpuesta por la Dra. **M.T.**

El 21 de marzo de 2018 el Tribunal Seccional llevó a cabo la diligencia de ampliación de la denuncia presentada por la Dra. **M.T.** Además de la ratificación y ampliación de la queja, ante la pregunta acerca de si los organizadores del evento y del laboratorio invitantes le habían advertido de la

posible hipnosis por uno de los conferencistas, la Dra. **M.T.**, contestó: “Jamás. Ni siquiera sabíamos cuál era la agenda de temas médicos” (folio 61).

El 14 de junio de 2018, ante el hecho de que la residencia del acusado, Dr. **A.S.S.**, era en Bogotá, el Tribunal Seccional decidió comisionar al Tribunal de Ética Médica de Bogotá para llevar a cabo la diligencia de versión libre y espontánea del Dr. **A.S.S.** y envió el interrogatorio.

El 18 de julio de 2018 el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá designó al Magistrado Oswaldo Alfonso Borráez Gaona para realizar la diligencia de versión libre y espontánea del Dr. **A.S.S.**

El 17 de septiembre de 2018 el Tribunal de Ética Médica de Bogotá llevó a cabo la diligencia de versión libre y espontánea del Dr. **A.S.S.** en presencia de su apoderada de la época, Dra. **MÓNICA ILENOVA LADINO PERDOMO**, en la cual el acusado manifestó que había conocido a la quejosa en el evento llevado a cabo en Panamá el 25 de febrero de 2017 y expresó: “Quiero manifestar en este momento que haré uso al derecho de guardar silencio teniendo en cuenta que los hechos motivo de la queja, como ya manifesté, ocurrieron en Panamá y bajo esa óptica y según lo señalado en el Artículo 63 de la Ley 23 de 1991, los Tribunales de Ética solo tienen competencia para conocer de hechos acaecidos dentro del territorio nacional” (folio 1). En efecto, el Dr. S., respondió a cada pregunta del Tribunal Seccional, que hacía uso del derecho a guardar silencio (Folios 122 a 123).

El 4 de octubre de 2018 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico escrito del Dr. **MAURICIO GUTIÉRREZ VERGARA**, abogado defensor del Dr. **A.S.S.**, solicitando al Tribunal proferir resolución inhibitoria del proceso, por cuanto los hechos materia de investigación no sucedieron en el territorio nacional. Señaló en su escrito el Dr. Gutiérrez Vergara que “...la Ley 23 de 1981 limitó territorialmente los asuntos a conocer por parte de los Tribunales de Ética Médica únicamente a hechos relacionados con el ejercicio de la medicina en Colombia...” (folio 138).

El 31 de octubre de 2018 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico decidió no inhibirse de continuar la investigación contra el doctor **A.S.S.** Señaló este Tribunal entre los argumentos de su providencia que:

*“El principio real o de protección, que faculta a los Estados para ejercer*

*jurisdicción sobre personas, actos o situaciones que, si bien se encuentran o se generan en el exterior, lesionan bienes jurídicos que son de importancia crucial para su existencia y su soberanía, como la seguridad nacional, la salud pública, la fe pública, el régimen constitucional, etc.”*

*“En las normas rectoras de la Ley Penal Colombiana, en su capítulo único: Artículo 14 territorialidad dice: “la Ley Penal Colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional. la conducta punible se considera realizada: 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”.*

*“...Las presuntas faltas cometidas por el doctor **A.S.S.**, no fueron conocidas por ninguna autoridad, disciplinaria ni de otra índole en el exterior. Al llegar la quejosa a nuestro país, tiene el derecho de poner en conocimiento de la autoridad colombiana, que conozca de los hechos ocurridos en la ciudad de Panamá, teniendo la doctora **A.M.M.T.**, su residencia en la ciudad de Barranquilla, presentó su queja en el Tribuna (SIC) Seccional de Ética Médica del Atlántico”.*

El día 7 de noviembre de 2018 el abogado defensor, Dr. **MAURICIO GUTIÉRREZ VERGARA**, presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN**, contra la Resolución del 31 de octubre de 2018. En este recurso el recurrente manifiesta estando que no está de acuerdo con la decisión del mencionado Tribunal, porque no se puede aplicar el Principio Real de Protección, no se pueden aplicar los artículos 14 y 16 del Código Penal, dado que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 del 1.981 solo es a la Ley 906 del 2004, y que el Tribunal solo tiene competencia para investigar y sancionar las conductas que se comentan en el ejercicio de la Medicina en Colombia.

El abogado **GUTIÉRREZ VERGARA** argumenta que “Por aplicación del criterio lógico de interpretación legal, es necesario entender que dicha norma limita de igual forma la competencia de los Tribunales Seccionales,

pues caería en el absurdo afirmar que éstos pueden conocer lo que no puede su superior jerárquico y segunda instancia”.

También afirma el abogado GUTIÉRREZ VERGARA que no se cumplen los requisitos del artículo mencionado por cuanto:

- “(i) El encartado no es extranjero.
- (ii) Nunca se le ha endilgado la comisión de un delito que la Ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad.
- (iii) Se desconoce si este asunto ha sido o no conocido por una autoridad en el país de ocurrencia de los hechos.
- (iv) No ha mediado en el presente asunto una querrela por parte o petición del Procurador General de la Nación.

El abogado concluye que no hay existe fundamento normativo alguno que sustente la regla establecida en la decisión del Tribunal, según la cual las autoridades colombianas tienen competencia para investigar y juzgar hechos ocurridos en otro país, siempre y cuando no hayan sido conocidos por ninguna autoridad de ese Estado y que tal posición sería violatoria del principio de Territorialidad de la Ley, específicamente del artículo 63 de la Ley 23 de 1981.

Ante el recurso presentado por el abogado **GUTIÉRREZ VERGARA**, el Tribunal Seccional en su segunda providencia decidió no modificar la decisión proferida el 31 de octubre de 2018 y conceder el Recurso de Apelación, considerando que:

“...la Corporación ha indicado que La Ley 23 de 1.981, fue creada antes de la constitución, sin embargo, en todos sus procedimientos, se aplicable el debido proceso, señalado en el artículo 29 de nuestra carta, que dice: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Es en este sentido que por la remisión que se hace el Código de Procedimiento Penal, acudiremos al **ARTÍCULO 43. COMPETENCIA**. En relación con el momento procesal para alegar la incompetencia, y en especial el criterio general de sujeción del sistema disciplinario, en tanto o en cuanto, la falta disciplinaria la investiga esta Corporación, no importa si se ha cometido en el extranjero, según lo consagra el artículo 24 del Estatuto

Disciplinario, que lo consagra como principio.

Dos aspectos se desprenden de la anterior manifestación. La regla general de competencia a prevención y el principio de sujeción de los estatutos disciplinarios. Esto porque no puede un ciudadano alegar que no hay regla de competencia así sea excepcional, y que la norma solo se limita a lo sucedido en Colombia, olvidando el recurrente que existe un bloque de constitucionalidad, que obliga en términos de derechos humanos a que los tratados internacionales tengan aplicación en nuestro territorio, cuando de las infracciones a las leyes se derive la afectación de derechos humanos afectados con la conducta”.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Las consideraciones del Tribunal Nacional de Ética Médica giran alrededor de dos aspectos: la hipnosis y el acto médico.

En relación con el primero, la Real Academia Española de la Lengua define:  
**Hipnotismo:**

*“Del ingl. hypnotism, de hypnotic 'hipnótico' e -ism '-ismo'.*

*1. m. Método para producir el sueño artificial, mediante influjo personal, o por aparatos adecuados.”*

### **Hipnosis:**

*“Del ingl. hypnosis, y este del gr. ὑπνοῦν hypnoûn 'adormecer' y -sis '-sis'.*  
*1. f. Estado producido por hipnotismo.”*

*Por otro lado, María Moliner en su Diccionario de Uso del Español<sup>1</sup> define:*

*Hipnosis: “sueño o estado hipnótico.” e*

*Hipnotismo: “Producción por fascinación, con cierto influjo personal o con aparatos adecuados, de un sueño artificial durante el cual el hipnoti-*

<sup>1</sup> Moliner M. Diccionario de Uso del Español, H-Z. 1ª. Edición, 19ª. Reimpresión. Editorial Gredos, Madrid. 1994.

<sup>2</sup> Ahlskog G. Clinical Hypnosis Today. Psychoanal Rev. 2018 Aug;105(4):425-437. doi: 10.1521/prev.2018.105.4.425.

*zado mantiene comunicación con el hipnotizador y le obedece.”*

En un reciente artículo, Ahiskog G.<sup>2</sup>, analiza los desarrollos históricos y las concepciones de la hipnosis y de la sugestión y señala que la hipnosis contemporánea ha evolucionado más allá de la sugestión directa para incluir la suspensión del pensamiento crítico con el fin de permitir que la mente inconsciente del paciente se haga cargo y realice cambios internos. El autor revisa como ha aumentado en el mundo el número de personas que reciben entrenamiento formal en hipnosis, y refiere que la creciente profesión de la hipnosis cuenta con el apoyo de la investigación en neurociencia.

La hipnosis también se considera como un estado despierto de conciencia, en el que la atención de una persona se separa de su entorno inmediato y es absorbida por experiencias internas tales como sentimientos, cognición e imágenes.<sup>3</sup>

De acuerdo con Ann Williamson: “La hipnosis podría verse como un estado meditativo, al que se puede aprender a acceder de manera consciente y deliberada, con un propósito terapéutico. Luego se dan sugerencias verbalmente o utilizando imágenes, dirigidas al resultado deseado. Esto podría ser para aliviar la ansiedad mediante el acceso a la calma y la relajación, ayudar a controlar los efectos secundarios de los medicamentos o ayudar a aliviar el dolor u otros síntomas. Dependiendo de las sugerencias dadas, la hipnosis suele ser una experiencia relajante, que puede ser muy útil con un paciente que está tenso o ansioso. Sin embargo, la principal utilidad del estado hipnótico es la mayor efectividad de la sugestión y el acceso a los enlaces mente/cuerpo o el procesamiento inconsciente”.<sup>4</sup>

La hipnosis incluye un proceso de inducción. Según Heap M., la inducción hipnótica implica enfocar la atención y la imaginación hasta el punto en que lo que se está imaginando se siente real; mediante el uso y aceptación de sugerencias, el clínico y el paciente construyen una realidad hipnótica.

De lo anterior, así como de la consulta con expertos en psiquiatría y en

---

<sup>3</sup> Heap M. Hypnotherapy – a handbook. 2nd ed. Milton Keynes, UK: Open University Press, 2012.

<sup>4</sup> Williamson A. What is hypnosis and how might it work? Palliative Care: Research and Treatment. 2019;12(1): 1–4. <https://doi.org/10.1177/1178224219826581>

los temas relacionados con la hipnosis, se hace evidente que lo expresado por la quejosa, no cumple con las técnicas, métodos y procedimientos que la hipnosis supone. Los procesos que involucra la hipnosis toman preparación y tiempos apropiados, que no parecen corresponder a lo señalado por la quejosa.

En este punto es necesario recordar que en la diligencia de versión libre y espontánea del Dr. A.S.S., el disciplinado manifestó que había conocido a la quejosa en el evento llevado a cabo en Panamá el 25 de febrero de 2017 y expresó: “Quiero manifestar en este momento que haré uso al derecho de guardar silencio teniendo en cuenta que los hechos motivo de la queja, como ya manifesté, ocurrieron en Panamá y bajo esa óptica y según lo señalado en el Artículo 63 de la Ley 23 de 1991, los Tribunales de Ética solo tienen competencia para conocer de hechos acaecidos dentro del territorio nacional” (folio 1). Así las cosas, solo se cuenta con la versión de la quejosa, que, como se explicó, no corresponde al acto médico de la hipnosis.

En relación con el acto médico es necesario traer a discusión lo éste significa. De acuerdo con Guzmán Mora F., Franco Delgadillo E. y Saavedra Rojas E.:

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

*A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente”.*<sup>6</sup>

Agregan adelante los mencionados autores:

*“Cuatro características principales distinguen al Acto Médico:*

---

<sup>6</sup>Guzmán Mora F., Franco Delgadillo E. y Saavedra Rojas E. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomo I. 1ª. Edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre, Bogotá, 2006. Pag. 89.

*La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada “Lex Artis Ad Hoc...”, sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la Licitud, o sea su concordancia con las normas legales”.*<sup>6</sup> (Subrayado fuera de texto).

Los actos médicos directos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

En el caso que nos ocupa es evidente que la interacción que ocurrió, en el marco de un evento patrocinado por un laboratorio farmacéutico, no cumple con los requisitos, características y fines de un acto médico.

Por otro lado, la Ley 23 de 1981 en su Título I, Capítulo 1, Artículo 1, numeral 4 expresa:

*4o.- 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.*

*Y en el Artículo 5, la mencionada Ley señala:*

*ARTÍCULO 5º. – La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:*

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

---

<sup>6</sup> Ibid, página 90..

De los conceptos precedentes se deduce que no hubo **tampoco una relación médico-paciente entre el Dr. A.S.S. y la quejosa, Dra. A.M.M.T.**

En resumen, este Tribunal considera que en los hechos acaecidos en el marco del SUMMIT NACIONAL DE MEDICINA GENERAL realizado en la Ciudad de Panamá los días 24, 25 y 26 de febrero del 2017, en el que participaron el Dr. A.S.S., y Dra. A.M.M.T., no hubo relación médico-paciente ni acto médico por lo que no tiene competencia para fallar el proceso.

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

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Proferir resolución inhibitoria en relación con los hechos acaecidos en el marco del SUMMIT NACIONAL DE MEDICINA GENERAL realizado en la Ciudad de Panamá los días 24, 25 y 26 de febrero del 2017, en el que participaron el Dr. A.S.S., y Dra. A.M.M.T. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Ordenar el archivo de estas diligencias. **ARTÍCULO TERCERO:** Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO CUARTO:** Devolver el expediente al Tribunal Seccional para lo correspondiente. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Presidente – Magistrado; ARIEL IVÁN RUIZ PARRA, Magistrado Ponente, JOSÉ MIGUEL SILVA HERRERA, Magistrado, HERNÁN JIMÉNEZ ALMANZA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y LEONOR ALMEIDA FRANCO, Secretaría (Ad-hoc).