TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ENERO DE 2018

DILACIONES

No. 30

© 2018 Tribunal Nacional de Ética médica

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

ISSN 0123 - 0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70 - 40 Of. 204
Teléfono: (571) 302 9144
Celular: 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 está prohibido.

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2018

ENERO DE 2018
DILACIONES
No. 30

Magistrados 2018.

Dr. Francisco Javier Henao Pérez (Presidente)

Dr. Germán Gamarra Hernández

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Gabriel Lago Barney

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro

Linea de atención al Cliente Nacional: **01 8000 111 210**
Linea de atención al Cliente Bogotá: **(57-1) 419 9299**
www.4-72.com.co

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

Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2018.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2018

ÍNDICE

EDITORIAL. Pag.
Dr. Francisco Javier Henao Pérez.
Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica 10

Proceso No. 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.
Providencia No. 42-2003
Dilación y prescripción 13

Proceso No. 846 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de S.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 65-2015
Cirugía de pomeroy– ruptura de vejiga
Nuevos términos de prescripción
Deficiente investigación 32

Proceso No. 1958-14 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 80-2015
Peligrosidad social del delincuente. Suspensión de 5 años 92

Proceso No. 1105 del Tribunal de Ética Médica del Meta
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 04-2016
Médico extranjero que ejerce en Colombia
Se ordena practica de pruebas- Advertencia en caso de dilaciones 185

Proceso No. 1996 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Pag.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 16-2017
Revisión ampliada de conteo y términos de prescripción
Médico estético sin título de cirujano plástico 195

Proceso No. 544-2006 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.22-09
Ejercicio de la ginecología sin título de especialista
Sanción 243

Proceso No. 1958-14 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 50-2015
Dilaciones extremas y posible mala fé
Peligrosidad social de algunos sujetos 287

Proceso No. 203 del Tribunal de Ética Médica del Magdalena
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 59-2014
Demoras injustificadas
Prescripción por hechos anteriores del 2011 322

Proceso No. 901 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 60-2016
Niega archivo del proceso – Infante muere por medicación
Pruebas disciplinarias- peritazgo médico 348

Proceso 1147-08 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 70-2012
Antiguos términos de prescripción 391

Proceso No. 1996-11 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia Pag.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 70-2016
Dilación invocando derechos exóticos 404

Proceso no. 1645-11 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 83-2016
Aspectos probatorios
Negligencia en enfermedad de Alzheimer 414

Proceso No. 967/14 del Tribunal de Ética Médica del Cauca
Magistrado Ponente: Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 10-2015
Acepta nulidad procesal 439

Proceso No. 1046 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández.
Providencia No. 65-2017
Médico contumaz y dilatorio
Tribunal niega petición exótica 458

Proceso No. 5681-RO, Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 91-2016
Reduce gravedad de la sanción
Niña retrasada mental abusada sexualmente por otro niño 466

Proceso disciplinario ético-profesional No. 891 del Tribunal
de Ética Médica de Bogotá
Magistrado Ponente: Dr. Hernando Groot Liévano
Providencia No. 04-2001.
Mal resultado en cirugía ortopédica
Confirma inhibitorio 477

Proceso No. 520 Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Pag.
Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega
Providencia No. 12-2005
Prescripción acortada en procesos de congestión judicial
Complicación de endoscopia 486

Proceso No.1928-11, Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 20-2016
Muerte fetal intrauterina
Revoca nulidad 495

Proceso No. 978 del Tribunal de Ética Médica de Santander
Providencia No. 29-2013
Magistrada Ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid
Médico "Alternativo mentiroso" que niega diagnóstico de cáncer
Términos clásicos de prescripción 501

Artículo - La Culpa en Medicina
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
CN MED (ARM NAL)® SARA EDITH MORENO MAZO, MD 515

Artículo - La Prueba de la Culpa
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
CN MED (ARM NAL)® SARA EDITH MORENO MAZO, MD 522

Artículo - ¿Qué es la Impericia?
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
CN MED (ARM NAL)® SARA EDITH MORENO MAZO, MD 532

Artículo - Imprudencia Médica
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD 540

Artículo - Negligencia Médica Pag.
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD 553

Artículo - Algunas Causales de Exoneración de culpa
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD 560

EDITORIAL

Dr. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ
Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica

A pesar de estar expresamente prohibida por la ley, la dilación injustificada es uno de los vicios más comúnmente practicado por abogados inescrupulosos en los procesos disciplinarios Ético Médicos.

En un estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, como es Colombia, se contempla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, como una acción liberadora que tiene un ciudadano acusado de un delito. El acusado no lo puede ser indefinidamente, tiene el derecho constitucional de que le sea resuelta su situación en un plazo de tiempo establecido, y si pasado este tiempo, bien sea por imposibilidad, por ineptitud o por negligencia del ente estatal, o porque la denuncia fue presentada muy cerca a los términos que contempla la ley, prescribe toda acción contra él, y como lo señala el magistrado Fernando Guzmán Mora (Gaceta Jurisprudencial Nº 16, Tribunal Nacional de Ética Médica. Memorias de la reunión de tribunales junio 19 y 20 de 2015 .PP. 196). Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias, obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles y presentación de nulidades inexistentes, se constituye en una de las causales de dicha prescripción

La jurisprudencia distingue entre dilaciones, y dilaciones injustificadas, dado que el incumplimiento de un término judicial no constituye por sí mismo una dilación indebida, puesto que para que esta se configure, debe existir también una falta de diligencia, o un claro incumplimiento de los deberes de un funcionario judicial.

No es un secreto que muchas veces la demora en la administración de justicia depende de factores ajenos al juez o sus colaboradores, y que son inherentes

a fallas en el sistema, tales como la complejidad del caso, el alto número de procesos, los pocos recursos económicos y humanos, y la ineficiencia administrativa del estado.

Un preocupante ejemplo lo constituye la situación del Tribunal seccional de Ética Médica de Bogotá, en donde el número de procesos represados ya se acerca a los mil, y los limitados recursos asignados para su funcionamiento, no alcanzan para evacuarlos ni siquiera al ritmo en que llegan nuevas quejas, generando así un número importante de procesos en los que se vencen los términos legales, ocasionando un malsano clima de impunidad.

Desde la propia carta política se señala, en el artículo 29; "… 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….." Y el artículo 228 de la Constitución dispuso con toda claridad: "…los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado…"

Una de las formas más socorridas de dilación es la solicitud de pruebas claramente innecesarias, inconducentes, y que no ayudan en nada a la solución de los problemas, por ejemplo el llamado a declarar a personal de salud que no estuvo presente en el momento de los hechos, o el solicitar historias clínicas realizadas por el galeno encartado a otros pacientes y que en nada tienen relación con el caso en cuestión, para probar su idoneidad en otros casos pero no en el actual.

Otra forma muy frecuente de dilación es la solicitud de Nulidades, sin una adecuada y pertinente argumentación.

La Ley 270 de 1996, que es la ley estatutaria de la administración de justicia, contiene disposiciones que buscan hacer efectivo el derecho a que el juez decida los asuntos en un plazo razonable.

Dentro de los principios de la administración de justicia, nombra la celeridad y la eficiencia. En el artículo 4o. Celeridad: dice que "la administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar". Y en el artículo 7o. Eficiencia. "La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados

judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley".

¿Que se considera entonces dilación injustificada?: Los términos legales constituyen el parámetro para determinar que se está en presencia de una dilación injustificada, en caso de que no existan o no sean claros, el término deberá ser el razonable según los fines de la etapa procesal y la complejidad de la actuación para el logro de dichos fines. (T-572-92 y T-399-93,).

El Código de procedimiento Penal no señala un término dentro del cual se deba ordenar la apertura de la investigación o el auto inhibitorio. La Corte Constitucional en Sentencia T-572/92, ha dicho:" De lo anterior se desprende que el juez o el fiscal según el caso será el encargado, según las pruebas, de determinar cuándo y si se debe o no dictar resolución de apertura de instrucción. No obstante y como se expuso anteriormente, el juez deberá garantizar unos principios y garantías mínimas en el trámite, como los son la celeridad y el debido proceso. De la lectura del expediente materia de tutela, fuerza concluir que el juez después de tres (3) años de presentada la demanda, debe haberse formado un criterio con base en las pruebas que en el expediente aparecen, para determinar si se inicia la etapa de la instrucción, o por el contrario profiere resolución inhibitoria por encontrar que el hecho no ha existido, que la conducta es atípica, que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad o que la acción penal no puede iniciarse.(Sentencia T-572/92).

Y la Misma corte en Sentencia C-543-92, es muy dura en dictar : "Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales".

En Conclusión es muy claro tanto por la constitución Nacional como por la adhesión a diversos tratados internacionales, que las personas, tienen derecho a una administración de justicia rápida y eficiente, la ley colombiana establece mecanismos para hacer caso a este mandato y contempla las sanciones a los a los funcionarios que no lo cumplan.

Bogotá D. C., agosto doce (12) del año dos mil tres (2003).

SALA PLENA SESIÓN No. 755 DEL DOCE DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL TRES (2003).

REF: Proceso No. 1777. Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Denunciante: A.S.A.M.

Contra : Médicos del Hospital de San Ignacio
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora.
Providencia No. 42-2003

VISTOS :

Mediante Resolución proferida el pasado 31 de Marzo de 2003, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, dentro de la investigación preliminar que se adelantara contra los MÉDICOS EN AVERIGUACIÓN DEL HOSPITAL DE SAN IGNACIO, resolvió declarar que la acción ético disciplinaria en este caso no puede proseguirse por hallarse prescrita, por cuanto los hechos materia de investigación específicamente sobre la conducta de los profesionales que prestaron atención en salud a la paciente, sucedieron desde hacía más de cinco años, específicamente el 28 de Marzo de 1998, produciéndose frente a ésta el fenómeno jurídico de la prescripción de conformidad a lo establecido en la normatividad aludida.

HECHOS

De acuerdo con el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá y analizando el expediente respectivo, mediante comunicación de fecha 10 de Diciembre de 2002, la Jefatura del Área de Vigilancia y Control de la Oferta de la Secretaria Distrital de Salud, remite a ese Tribunal Seccional, copia de la investigación administrativa adelantada por esa oficina en contra del Hospital de San Ignacio por irregularidades en la atención de salud brindada a la SRA. A.S.A.M., para lo de su competencia.

En diligencia de declaración ante este Tribunal la SRA. A.M. presentó denuncia contra los Doctores M.C.P., S.B. y G., porque desde un principio observó bastante demora, indecisión, falta de coordinación entre ellos, descuido total y se sentía desprotegida. Después de que la pasaron a la sala de partos, sintió muchas cosas y ni con maniobras, ni con fórceps podían sacar la niña quien duró casi dos años hospitalizada porque el manejo fue muy dificil. No la manejaron a nivel de domicilio porque la niña convulsionaba, hacía picos febriles altísimos, era necesario aspirarla por lo menos cuatro veces al día por su problema de neumonía continuo y finalmente falleció en el Instituto de Bienestar Familiar en una situación muy triste y se le practicó autopsia.

ACTUACIONES PROCESALES

En Sala Plena Sesión Número Cuatrocientos Cinco (405) de fecha Diciembre Once (11) de Dos Mil Dos (2002), se aceptó la queja presentada por la SECRETARIA DE SALUD (SRA. A.S.A.M.) contra MÉDICOS EN AVERIGUACIÓN DEL HOSPITAL DE SAN IGNACIO y se abrió investigación preliminar designando como Magistrada a la Doctora MARÍA TERESA PERALTA ABELLO

Para el perfeccionamiento de la investigación se adelantaron y allegaron las siguientes pruebas :

- Comunicación de fecha 10 de Diciembre de 2002, remitida por la Jefatura del Area de Vigilancia y Control de la Oferta de la Secretaria Distrital de Salud.

- Comunicación calendada 19 de Diciembre de 2002, remitida por este Despacho al Hospital San Ignacio solicitando la fotocopia completa, legible y ordenada de la historia clínica de la paciente SRA. A.S.A.M., visible a folio 98 del c.u.

- Diligencia de declaración que rinde ante esta Corporación la SRA. A.S.A.M., quien se queja en contra de la DRA. P., B y G., porque observó bastante demora, indecisión y falta de coordinación entre ellos. Relató que le dijo ala DRA. P. que deseaba que su parto fuera por cesárea porque así se lo habían manifestado en un control del Seguro Social, y la médica le informó que le iban a hacer parto normal y firmó un documento. (folio 19 del expediente).

Explicó que le reventaron fuente como alas 9 de la noche, estaba en muy malas condiciones de aseo y de salud, pero le decía que todo iba bien. La pasaron a la sala de partos, ya le habían colocado una pastilla y sintió un cambio muy fuerte además del expulsivo y en ese momento apreció la indecisión de loS médicos y con maniobras ni con fórceps podían sacar la niña, a quien llevaron a UCI en un estado crítico con una hipoxia isquémica y permaneció durante dos años aproximadamente hospitalizada porque el manejo fue muy difícil. Manifestó que no la manejaron a nivel de su domicilio porque la niña convulsionaba, hacia picos febriles altísimos, era necesario aspirarla por lo menos cuatro veces al día por su problema de neumonía continua y falleció en un hogar del Instituto de Bienestar Familiar en una situación muy triste y le fue practicada Autopsia. Visible a folios 100 y 102 a 104 del c.u.

- Comunicación del 17 de Marzo de 2002 mediante la cual se solicita al Instituto Nacional de Medicina lega copia de la Necropsia practicada a la menor A.P.R.A. (q.e.p.d.). visible a folio 105 del c.u.

- Comunicación del 22 de Abril de 2003 mediante la cual, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses informó a este Tribunal que revisados los libros de registro, planillas de control de ingreso de cadáveres y la información contenida en el Grupo de Tanat010gía Forense de la Regional Bogotá, no aparece registrada ninguna persona bajo el nombre de Angie Paola Ramírez Alvarado (FI. 120 del c.u) .

EL RECURSO

Se encuentra al Despacho, el memorial presentado por la denunciante dentro de estas diligencias, mediante el cual solicitan que por la vía de reposición y en subsidio la de apelación se revoque la providencia calendada Marzo 31 de 2003. Las razones que aduce la recurrente se sintetiza en los siguientes términos:

A- Que la queja interpuesta por la denunciante ante la División de Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud, fue con fecha 16 de Julio de 1998 y que mediante

Auto No.137 del 9 de Marzo de 2001, la Dirección de Desarrollo del Servicio de Salud, decidió formular pliego de cargos al Hospital San Ignacio y remitir copia tanto ala Superintendencia Nacional de Salud como a este Tribunal.

B- Que mediante Resolución 309 del 23 de Marzo de 2001, el Secretario del Despacho resolvió sancionar al Hospital San Ignacio y compulsar copias a este Despacho para lo de su competencia y que mediante Resolución 057 del 16 de Enero de 2002, el Secretario de Despacho resolvió no reponer la decisión proferida mediante Resolución 309 del 23 de Marzo de 2001.

C- Que con fecha 11 de Diciembre de 2002, se efectuó el reparto de la queja a la Magistrada Doctora MARÍA TERESA PERALTA ABELLO, abriéndose la correspondiente investigación preliminar dentro de la cual, según la recurrente no hubo la debida celeridad.

D- Se pregunta la recurrente qué ocurrió desde el 9 de Marzo de 2001 hasta el11 de Diciembre de 2002, fecha en que por primera vez aparece actuando este Despacho.

E- Considera la recurrente que la acción no se encuentra prescrita, puesto que no fue aplicado correctamente el Artículo 83 del Código Penal, ya que según la quejosa se debe tener como término de prescripción un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley penal, por lo cual en este caso, se debió estudiar la conducta desplegada "por los infractores y buscar su similar de la ley penal, es decir para el caso sería, intento de homicidio y lesiones personales con secuelas e incapacidad permanentes, tipos para los cuales se ha determinado una pena mayor a cinco años, término en el que ocurriría la prescripción y no en cinco años como lo dispone el tribunal." (FI.117, C.U.).

F- Solicita se sirva revocar el fallo impugnado y se disponga continuar con la investigación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Como claramente lo señaló el Despacho en providencia calendada 31 de Marzo de 2002, el Artículo 82 de la Ley 23 de 1981, hace una remisión expresa a la norma procedimental penal en los vacíos que presente la citada legislación, por lo cual obligatoriamente se deberá dar aplicación a lo dispuesto en esta normatividad, en lo que se refiere al fenómeno de la prescripción, ya que la Ley de Ética Médica no contempla esta figura jurídica.

Se encuentra establecido en el Artículo 83 del Capítulo Quinto del Título IV de la Ley 599 del 2000, que el término de prescripción de la acción penal disponiendo la norma, que "La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este Artículo.

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

En las conductas. que no tengan señalada pena privativa de la libertad la acción penal prescribirá en cinco años.

Igualmente se dispone en la misma normatividad que la iniciación del término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación. (Artículo 84) de esta forma: "En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa el término comenzará a correr desde de la perpetración del último acto. En el Artículo 82 de la Ley 23 de 1981se hace remisión a la normatividad penal al disponerse:. "En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal."

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar. Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas."

Siendo así, y teniendo en cuenta que la máxima pena prevista en la Ley 23 de 1981, es la establecida en el literal d) del Artículo 83 de esta legislación consistente en la "Suspensión en el ejercicio de la Medicina por cinco años", se colige que atendiendo a lo dispuesto en Artículo 83 del Código Penal, el término de la prescripción ético disciplinaria será de cinco (5) años, no siendo procedente tal como lo plantea la recurrente que se estudie la conducta desplegada por los infractores para buscar un similar de la ley penal, con el fin de que se pueda establecer un término de prescripción, que asume la impugnante en este caso sería superior a cinco años.

Por lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que los hechos materia de la investigación, sucedieron el 28 de marzo de 1998, habiendo transcurrido más de cinco (5) años desde su ocurrencia, esta Corporación se ve avocada a confirmar la resolución inhibitoria proferida el día 31 de marzo de 2003, mediante el cual se declaró la prescripción de la acción ético disciplinaria.

En cuanto a los interrogantes planteados por la recurrente sobre la celeridad de la investigación disciplinaria, quien afirma que las pruebas recaudadas dentro de la investigación adelantada por la Secretaría Distrital de Salud, permitían la celeridad del proceso, es preciso aclararle que efectivamente estas piezas procesales pueden enriquecer la investigación ético-médico disciplinaria, pero no permiten la definición de la misma, ya que distintos son los fines de la investigación administrativa adelantada por el ente territorial, cuyo sujeto de investigación es la institución prestadora del servicio de salud, que la del proceso ético-disciplinario el cual se adelanta con el fin determinar la posible vulneración de la ética médica por parte de los profesionales médicos.

No obstante, con el fin de darle transparencia a este procedimiento, e independientemente de la decisión de esta Corporación, considera este Despacho se le debe dar trámite al recurso de apelación presentado de manera subsidiaria por la quejosa.

FUNDAMENTOS MÉDICOS

Este Tribunal Nacional no analiza el caso en cuestión desde el punto de vista de vista científico médico, por encontrarse de por medio una resolución de prescripción del proceso en cuestión.

FUNDAMENTOS ÉTICOS

Tampoco se analizan, por la misma razón fundamental.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Debe analizarse una vez más en estos actos procesales, el fenómeno de la prescripción.

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

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981[1]. Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

En sus decisiones más recientes, este Tribunal Nacional se ha inclinado por aplicar el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 por dos razones: que es evidentemente más favorable para la persona o personas sub judice como lo quieren los principios constitucionales colombianos y que las faltas consideradas en la Ley 23 de 1981 guardan en su naturaleza similitud con las contempladas en la Ley 734 o Código Disciplinario vigente.

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

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

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años[2].

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

---

1 - Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 47, decreto 3380/81. En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.
2 - Art. 30.- Término de prescripción de la acción disciplinaria.- La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.-
En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.-
Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.-
Parágrafo.- Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.-

" Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años.

La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.-

PARÁGRAFO 1.- Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO 2. - La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecución del fallo.

" Estos términos prescriptivos se aplicarán a la sanción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública.-

Es decir, que en criterio del legislador la prescripción de la acción se interrumpía con la sentencia de primera instancia y no con la resolución de acusación y a partir de ese momento se reanudaba nuevamente el período prescriptivo de la acción por seis (6) meses más.-

Esa norma de la ley recientemente derogada fue analizada por la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad y por medio de sentencia con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, el 30 de mayo de 1996, por sentencia C- 244, declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1º. del artículo 34 de la Ley 200 de 1995 al sostener:

d. El parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

En esta disposición se consagra que "cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más", lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo 29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues "el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado".

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5)

años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas.

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

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

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

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

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

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

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor.

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

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

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró exequible el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por "la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen", tienen mayor

oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución "gracias al cargo o las funciones que desempeñan", lo cual representaría un "mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado."

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento-la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica.

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el cual, declarada inexequible una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma[3].-

3 - Articulo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

En las condiciones precedentes habrá de concluirse que en el presente caso, se produjo el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, razón por la cual habrá de decretarse la misma y consecuentemente la preclusión del proceso disciplinario.- (Auto 9 de julio de 2002. H. M. P. Efraím Otero Ruíz). Pero esta no es posición únicamente de este Tribunal, como es ha mencionado exhaustivamente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con proyecto del Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL de Fecha: Septiembre 23 de 1997 (No. de Rad.: 13333-97), ha dicho:

La prescripción de la acción en materia penal, cuando no existe resolución acusatoria ejecutoriada, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, atendidas las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, siempre y cuando no sea inferior de cinco años ni superior de veinte, pues de serlo, el fenómeno se entenderá cumplido en uno y otro término límite, respectivamente (art.80 del Código Penal, modificado por el 31 de la ley 40 de 1993).

En la etapa de juzgamiento, este tiempo se reduce a la mitad, contado a partir de la ejecutoria de resolución de acusación, sin que, en ningún caso, su duración pueda ser inferior de cinco años (art.84 ejusdem).

…

De acuerdo con las normas que vienen de citarse, se tiene que el término de prescripción para el delito por el que se procede sería, en la etapa de la causa, de tres años, pero como en ningún caso puede llegar a ser inferior de cinco, es éste el tiempo que debe tenerse en cuenta para determinar si la acción se encuentra prescrita.

Se declarará, por tanto, la prescripción de la acción penal en este asunto y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del procesado…

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo en otra sentencia siendo Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, de Fecha: Septiembre 3 de 1992 (No. de Rad.: 6114-92).

El término de prescripción únicamente se vé alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la

eventual responsabilidad de su actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación.

De nuevo, la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES de Fecha: Octubre 7 de 1997 (No. de Rad.: 12813-97) dijo:

"La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes."
…
De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Por lo anterior, no cabe duda que el proceso entro en prescripción y aunque no se satisfagan las pretensiones de la denunciante, debe cumplirse con la ley por encima de cualquier consideración en este aspecto.

La única figura válida al respecto sería la de la renuncia a la prescripción, pero sin siquiera haber encontrado un posible inculpado, esto tampoco es posible.

DILACIONES INJUSTIFICADAS

Lo que llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud.

Veamos cómo fueron los lapsos de tiempo transcurridos entre actuaciones determinadas:

1- Los hechos ocurrieron el 29 de Marzo de 1998

2- La queja se instauró ante la Superintendencia de Salud el 16 de Julio de 1998

3- La Superintendencia Nacional de Salud informó a la Secretaría distrital de Salud de Bogotá el 13 de Agosto de 1998

4- La queja ante la Secretaría de Salud, respecto del Hospital San Ignacio se radicó el 26 de Agosto de 1998

5- Se comisionó al investigador de esa entidad el 31 de Agosto de 1998

6- Se notificó el 1 de Septiembre de 1998

7- Se formuló pliego de cargos contra el Hospital San Ignacio el 9 de Marzo de 2001 En esa misma fecha se ordenó compulsar copias al Tribunal de Ética Médica para investigar la conducta de los médicos involucrados en el suceso. Esa providencia está firmada por el doctor HERNAN MARIO RESTREPO MONTOYA, Director de Desarrollo de Servicios de Salud.

8- Se sancionó al Hospital San Ignacio el 23 de Marzo de 2001. En esa misma fecha se ratifica la orden de compulsar copias al Tribunal de Ética Médica para investigar la conducta de los médicos involucrados en el suceso. Providencia firmada por el Doctor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE.

9- El Hospital de San Ignacio elevó recurso de reposición el 14 de Mayo de 2001 ante la Secretaría de Salud del Distrito

10- La Secretaría de Salud resolvió el recurso el 16 de Enero de 2002. Es decir, ocho meses después. Providencia firmada por el mismo señor Secretario de Salud, Doctor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE

11- Al Tribunal Seccional de Ética de Bogotá llega copia de la queja con la solicitud de investigación el 10 de Diciembre de 2002. O sea, once meses después del último acto procesal. Y veintiún meses después de haber ordenado al despacho correspondiente compulsar esas copias al Tribunal de Ética Médica

12- El mencionado Tribunal Seccional de Ética Médica ordena el reparto del proceso a las 24 horas. Y esa misma fecha se solicitan las pruebas respectivas para la fase de investigación previa de tipo disciplinario.

13- Viene la época de vacaciones y cierre de los despachos judiciales en el país.

14- Se oficia a la denunciante el 24 de Enero, citándola a ratificación de denuncia el 28 de Febrero de 2003.

15- La audiencia continúa el 12 de Marzo de 2003. Se ofician solicitudes a Medicina Legal y al Hospital San Ignacio para determinar el resultado de autopsia de la criatura, fallecida aparentemente el 5 de Julio de 2002.

16- El 29 de Marzo vence el término de prescripción Es evidente la enorme demora en la Secretaría de Salud del Distrito Capital, entidad que oficia las copias de solicitud de investigación ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, CASI DOS AÑOS DESPUÉS DE HABER SIDO ORDENADO AL RESPECTIVO FUNCIONARIO.

Por esto, existe una clara dilación en el proceso por parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito encargados de solicitar la investigación planteada por la denunciante, A.S.A.M.

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas

objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad"[4].

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional.

4 - Luigi Ferrajoli. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Ed. Trota S.A., Madrid, 1995, Pág. 34.

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."[5] Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.[6]

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado,[7] desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".[8]

5- Sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
6- Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
7- Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
8- Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y asi 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"[9]

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

En lo que respecta a este Tribunal Nacional de Ética Médica, no encontramos justificación ninguna para la demora en la información que debió entregarse por orden del Señor Secretario de Salud de Bogotá casi dos años antes de haber sido recibidas por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá.
Será necesario entonces admitir que en el presente proceso ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción y, en consecuencia, decretar la preclusión del mismo.

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

9 -Sentencia T-190/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

RESUELVA:

Artículo Primero- Declarar la Prescripción de la acción disciplinaria en el proceso No. 1777 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá. Artículo Segundo- Decretar la Preclusión de la presente investigación. Artículo Tercero- Una vez en firme la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado-Ponente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Asesora Jurídica.-Secretaria-

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

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

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

Contra: MÉDICOS DE LA CLÍNICA URGENCIAS LA SAMARITANA LOS PATIOS
Denunciante: Señor A.M.A.P.
Asunto: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE PROVIDENCIA PRECLUTORIA (Primer archivo. Antes: Inhibitoria)

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 65-2015.

VISTOS

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

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

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

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

HECHOS

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

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

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

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

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

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

Esta queja fue enviada al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander el día 18 de septiembre de 2013, es decir, tres años y cuatro meses después de instaurada ante el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Y dos años y medio después de haber sido recomendado su envío ante el Tribunal Seccional de Ética Médica por dicho Instituto.

El Tribunal Seccional envió el oficio 263 de septiembre 20 de 2013 (folio 85) al quejoso, acusando recibo de la queja presentada y advirtiendo que: "las diligencias se encuentran en secretaría para ser repartidas en el momento procesal oportuno".

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

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

Y concluye en el folio 88:

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

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

• "…en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:…"

• "…hubo preocupación por la atención y la salud de la paciente…"

• "…no fue desatendida ni abandonada…"

• "…sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atención…"

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- IRREGULARIDADES PROCESALES EN EL PRESENTE CASO

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

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

Recordemos lo que se expresó en párrafos anteriores así:

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

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

Y concluye en el folio 88:

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

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

• "…en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:…"

• "…hubo preocupación por la atención y la salud de la paciente…"

• "…no fue desatendida ni abandonada…"

• "…sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atención…"

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

Ya nos referiremos en esta misma providencia a estos raciocinios.

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

Es decir, aquí se presentó una demora de un año

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

H- Efectúan especulaciones respecto de la ocurrencia de los hechos, basados en la historia clínica y con interpretaciones apoyadas en supuestos, en planteamientos subjetivos, en actos médicos efectuados por profesionales de los cuales no se conoce ni siquiera si son galenos graduados, y otros exabruptos por el estilo

También contrasta con lo expresado en la defectuosa providencia del acquo cuando dice:

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

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

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

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

L- Los entutelan y les ordenan conceder reposición y apelación, con argumentos perfectamente válidos en favor del denunciante. Y al analizar la decisión de tutela no puede quedar otro camino que ir en apoyo del Juez que la emitió.
Con el anterior recuento, consideramos nuestra obligación compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, para que si lo considera conveniente, investigue las causas de injustificadas demoras en el presente proceso, que hoy entraría en el fenómeno procesal de la prescripción, por ineficiencia de varios funcionarios estatales.

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

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

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

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

Ante esto podemos responder que:

1- Existen dos formas de archivo de las diligencias:

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

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

Lo que ha hecho ese tribunal seccional no es otra cosa que una deficiente

lectura de las anotaciones de la historia clínica, sin asumir una posición de real averiguación de las cosas, desconociendo así los derechos de los enfermos, los derechos de los quejosos y los derechos de los médicos implicados

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

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

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

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

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

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

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

En conclusión, señalamos la confusión existente en ese tribunal seccional respecto de dos actos de archivo de las diligencias: uno después de investigación

preliminar (correctamente efectuada), conocido anteriormente como decisión inhibitoria y el cual sí es apelable; y otro después de investigación formal, conocido como acto calificatorio, preclusión o segunda forma de archivo, el cual no es sujeto de recursos, particularmente de apelación.

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

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

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

C- Enviar un escrito ante la Procuraduría General de la Nación para que investigue si la decisión de tutela está basada en ignorancia del juez que la ordene o en mala fe que oriente sus decisiones.

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

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

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

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

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

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

Y este ha sido un procedimiento repetitivo en ese tribunal seccional, cuyas "investigaciones" se basan solamente en las notas de historia clínica, rompiendo todos los elementos de un proceso ético disciplinario, sea por mala concepción intelectual de lo que representa el mismo; sea por pereza en ejercer las acciones procesales a las cuales se encuentra obligado; sea por ignorancia crasa de las obligaciones que corresponden a esa entidad como parte del sistema de "justicia disciplinaria ético médica"; sea por lamentable "asesoría jurídica"; sea por la razón que sea…

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

En donde se encuentra la actividad procesal real que acompaña a un verdadero juzgamiento, como lo es el transcurso de un proceso de esta índole?

Cómo basa su decisión en elucubraciones de pobre base científica y de paupérrima argumentación jurídica?

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

En respaldo de este ultimo punto, mencionamos lo consignado en el folio 133 de este expediente, donde el quejoso expresa muy claramente: "…se puede evidenciar que dentro de la historia clínica….existen dos descripciones quirúrgicas…una con sello y otra sin sello, de la misma fecha y hora y sobre la

misma intervención quirúrgica. Lo cual denota una incongruencia respecto a la verdad, donde las letras de diligenciamiento cambian, es decir son distintas" Y el quejoso expresa en el folio 137 su insistencia sobre esta irregularidad procesal documental, que obliga a solicitar el concurso de la Fiscalía General de la Nación por la sospecha de los posibles delitos de falsedad documental y fraude procesal.

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

Como puede apreciarse, estos gravísimos errores procesales son inexplicables e inexcusables, como lo es el conjunto de actos jurídicos llevados a cabo por ese tribunal seccional, al cual ya se le había advertido acerca de estos exabruptos que ponen en tela de juicio la imparcialidad y la razón intelectual de toda la denominada "justicia médica"

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

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

III- LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

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

Dice la Doctora León:

"…Naturaleza de la Indagación Preliminar

No toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria.

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

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

***a.-** Con el fin de individualizar e identificar el autor de una posible falta disciplinaria.*

***b.-** Cuando exista duda sobre la procedencia de la apertura del proceso, por cuanto se requiere determinar, con antelación al auto de aceptación de la denuncia (Art. 75 ley 23 de 1981) si el hecho acusado existió, si es constitutivo de falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.*

***c.-** Así mismo se utiliza esta figura para determinar en caso de duda la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los Tribunales.*

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

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

La indagación preliminar disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes

elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.

Es decir que la indagación preliminar no hace parte de todos los procesos éticos disciplinarios y tiene objetivos claramente definidos.

La aplicación analógica de la indagación preliminar.

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

La Ley 23 de 1981 no contempla expresamente esta figura procesal como si lo hacen el Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2002 en su artículo 150 y la Ley 911 de 2004 que regula los procesos deontológico disciplinarios, para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia en sus artículos 46 y47.

Dispone la Ley 23 de 1981: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

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

y la identificación e individualización de los autores o partícipes de la conducta investigada a partir del recaudo de elementos probatorios.

El termino de duración de la indagación preliminar.

La indagación preliminar no puede tener un término indefinido.

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

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

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

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

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

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

"….PARÁGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo

será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años".

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

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

Derechos de imputado durante la indagación Preliminar.

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

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

Tal y como lo planteaba el Dr. Edgar Saavedra Rojas en demanda conjunta de inconstitucionalidad sobre los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que dio origen a la sentencia C-025/09, el efectivo ejercicio del derecho de defensa "Puede activarse antes de que se adquiera la calidad de imputado, ya que desde una perspectiva interpretativa incluyente no puede existir una limitante temporal para la materialización del derecho a la defensa, como quiera que es

una prerrogativa general y universal que surge a partir del momento mismo en que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso."

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

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

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

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

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

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

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

IV- EL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL PRESENTE PROCESO

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

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

Y a esto también contribuyó el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander, quien no solamente incurrió en demoras adicionales, sino que de manera negligente y francamente opuesta al espíritu y la hermenéutica exegética de la Ley 23 de 1981, no se desempeñó con la diligencia y rigurosidad que el caso exigía y se apartó de la ley de manera flagrante, a través de una serie de análisis que esta superioridad rechaza de manera enérgica.

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

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

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

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

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

I- LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN, en providencia numero 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA se expreso lo siguiente:

…

"…Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

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

…

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

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

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

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

" Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.-

...

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

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

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

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

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace

en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

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

Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

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

…

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

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

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

V- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

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

1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las victimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria.

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

3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.

4- La excesiva carga de procesos en manos de un numero insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.

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

6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias

que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

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

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas. En el ámbito jurisdiccional, ejerce el ius puniendi, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana,[10] ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital,[11] la desaparición

10 - 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).*

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

forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,[12] la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles,[13] la prohibición del destierro, la cadena perpetua, y la confiscación;[14] de prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida;[15] de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones[16], de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad de locomoción[17]. Igualmente es

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

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

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

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

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

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

15 - 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).

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

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

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

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

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

perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo,[18] la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso,[19] la práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites de la legalidad[20] y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano.[21]

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento,[22] que al

---

18 - ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.
En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.
19 - 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.
20 - Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.
21 - 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.
22 - Non bis in ídem. Estas palabras latinas, que literalmente significan no dos veces sobre lo mismo, contienen un axioma de derecho, cuyo sentido es que por un mismo delito no se ha de sufrir mas que una persecución; es decir, que no puede ser nuevamente acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él;
...
Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de.

decir de Escriche, es evitarle al ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No. 2 de 2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contentivo del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional.[23]

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua,[24] y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos.[25]

Como consecuencia de ésta reforma constitucional y de la subsiguiente ratificación del Pacto de Roma, a los responsables de los delitos de lesa

---

renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese esperar asilo sino en la tumba. Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia, Don Joaquín Escriche, Magistrado de la Audiencia de Madrid, pág 1338 Garnier Hermanos. Libreros Editores. París, Sin año de edición.

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

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

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

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

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

24 - Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. Artículo 77. Penas aplicables

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

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

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

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

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

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

25 - Ley 742 de 2002. Artículo 29. Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

humanidad, genocidio y de guerra podrían hacerse acreedores a la cadena perpetua como pena y a la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre y cuando dichas conductas sean avocadas en su conocimiento por la Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de subsidiaridad de su competencia.

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

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

"PRESCRIPCIÓN. *Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva.* ***CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA.*** *Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.*[26] *(Lo destacado no lo es en el texto).*

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

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

Esta caducidad procesal empieza a correr desde la medianoche del día en que se haya cometido el delito o, de ser éste continuo, desde aquel en que cesó de cometerse.[27] (Lo destacado no lo es en el texto).

---

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

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

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

"PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.[28] (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

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

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

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

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

acción delictiva instantánea o permanente.

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

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

En las conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, a partir del día en que se realizó la última acción delictiva.

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

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

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

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

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

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

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

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación.[29]

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

"ARTÍCULO 86. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN.

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

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

Hoy con la norma disciplinaria vigente,[30] y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha dispuesto que la prescripción de la acción disciplinaria comenzará a contarse a partir del auto de apertura del proceso disciplinario.

---

29 - ART. 86.—Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.
Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).
30 - ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el articulo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPICIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:
La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.
La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.
PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

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

Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios. Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y\o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración,[31] al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la ley penal favorable,[32] al principio de integración,

---

31 - Ley 599 de 2000. ART. 2°—INTEGRACIÓN. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.

Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

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

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

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

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

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

para llenar los vacíos que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido.[33]

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

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

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

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

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

---

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

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

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudirse a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes,[34] y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.

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

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

---

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

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

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

"Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena".[35]

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

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

"A nuestro juicio, lo que acontece es que la infracción suele estar formulada inconcretamente, vagamente. En este sentido y por lo mismo que los tipos penales son agotadores, no le falta razón a Max Ernesto Mayer al establecer como características del Derecho Penal disciplinario la ausencia del tipo".[36]

---

35 - Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967.-
36 - Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Ob cit. Tomo I pág 44.-.

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

La Constitución Nacional en el capítulo destinado a la función pública, precisa y determina quienes son funcionarios públicos y delega en la ley para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.[37]

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado,[38] y la de éstos y los particulares en el artículo 6º del mismo Estatuto,[39] confiriéndose a la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6º del artículo 277 de la C. N.[40]

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

---

37 - Art. 123.- Son servidores publico los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.-
La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.
38 - Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.
39 - ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.
40 - Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:
6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones publicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad.[41]

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

" La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo."[42]

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

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

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

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

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

---

41 - Art. 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio . La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.-
Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.-
42 - Derecho Administrativo, Julio Pratt, Tomo I. Pág 154. Montevideo 1977.

En el 44 se determinó que:

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

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

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

“ Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de sanea¬miento 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 descentraliza¬da, por niveles de atención y con la participación de la comunidad.”

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

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

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

Dentro de tales parámetros normativos es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los colombianos, destacándose

éste como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el substrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales es claro que se debe dar una mayor protección a la conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.

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

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

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

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

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

Constituyen los Tribunales de Ética Médica y en general de ética profesional una necesidad social insoslayable, porque si bien la Constitución consagra

la libertad de profesión y oficio, también lo es que al garantizar la vida, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la vivienda y tantos otros derechos, para la preservación de los mismos, debe garantizarsele a los integrantes del núcleo social que los servicios profesionales que reciben sean idóneos y prestados con pericia y diligencia.

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

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

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

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

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

diversos entes conformantes del Estado. La Constitución establece el concepto del debido proceso constitucional en el artículo 29 al disponer:

"El debido proceso se tendrá que aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas."

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

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

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

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

El principio de legalidad engloba no solo la necesidad de una previa definición de las conductas que deben ser objeto de sanción, sino que igualmente

comprende la previa creación a la realización de la conducta de los jueces que han de investigar y juzgar tales comportamientos, sino la creación igualmente previa de los ritos procesales que han de seguirse tanto en la investigación como en el juzgamiento; y es claro que la legalidad referida a las conductas que son objeto de reproche comprende igualmente el señalamiento de las sanciones que habrán de imponerse en caso de concretarse una cualquiera de tales conductas.

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

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

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidas en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

La diametral diferencia entre las instituciones procesales entre un procedimiento escrito a uno eminentemente oral lleva a que muchas instituciones de la nueva codificación procesal son inaplicables al sistema escrito que rige para el sistema

procesal disciplinario, dificultades, que han obligado a que los Tribunales de Ética hayan resuelto la problemática de los vacíos legislativos, acudiendo al Código Disciplinario Único.

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

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

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

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

La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes La anterior norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-083 del 1º de marzo de 1995, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria en la que se sostuvo:

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

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

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

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

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sin número de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio,[43] quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

43 - La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen[44] en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana.

El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa - verbigratia -, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

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

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

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario.

El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es

44 - Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

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

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

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

El artículo 230 de la Carta establece:

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

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

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

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

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". (Subrayas de la Corte).

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

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

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

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

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

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen[45] al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

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

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

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

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

45 - Op. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernan Valencia Restrepo[46] en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente,

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

del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

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

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés[47] al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "....los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y filósofo argentino Genaro R. Carrió,[48] al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: ".... No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

---

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

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos,[49] si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

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

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

49 - El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

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

El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

" ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

"ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

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

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

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

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

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

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley,[50] porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un periodo prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

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

Por lo expresado, se debe interrumpir la prescripción que venia siendo acumulada contando la fecha 22 de mayo de 2010 y se considera que los cinco años de prescripción se reanudan a partir de la fecha de inicio de la acción disciplinaria: 20 de septiembre de 2013, con lo cual el termino de prescripción se contará hasta el 20 de septiembre de 2018. [51] [52]

---

50 - 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.

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

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

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

Martínez (Tolima) y Luis Gerardo Salcedo Prieto (Valle del Cauca)

52 - Inició la intervención la Dra. MARÍA MERCEDES VÁZQUEZ PIÑEROS manifestando que en la actualidad son generalizadas las inquietudes en todos los Tribunales Seccionales sobre el tema de la prescripción. Lo anterior porque en la práctica las quejas llegan cuando falta poco tiempo para que ocurra la prescripción, ello aunado a que en algunos tribunales el volumen de procesos es muy alto, por ejemplo en el Tribunal de Bogotá hay 800 procesos activos aproximadamente con las dificultades que implican las citaciones de médicos, testigos, las solicitudes de aplazamientos y en general las maniobras dilatorias de los abogados defensores. Por todas estas y otras razones, el término de 5 años resulta insuficiente en la mayoría de los casos.

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

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

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

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

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

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

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

Ello quiere decir que en este momento como ya se conoce la problemática, no sería aplicable la citada norma a los médicos que apliquen biopolímeros porque ya se sabe cuál es la consecuencia de su aplicación. Agregó que según su criterio el proceso ético disciplinario debería ser más de tipo penal que civil o disciplinario porque la penalización hace que los actos sean expeditos y las sanciones más estrictas.

Seguidamente explicó la diferencia entre caducidad y prescripción, señalando que caducan acciones y prescriben los derechos. La acción se mira desde el punto de vista de quien puede demandar, es decir, si el interesado no interpone la queja dentro de los 5 años, la acción caduca. Lo que prescribe es la facultad de juzgar o dicho de otro modo, el derecho del estado a juzgar. En todo caso son dos figuras de terminación del proceso.

La prescripción no opera si no se solicita y no es oficiosa. La caducidad si puede ser oficiosa y está dirigida a la salvaguarda del interés público.

Las diferencias entre una y otra muestran que se limita más el derecho de la persona a accionar que el derecho del Estado a impartir justicia.

El Dr. Jacob Cuéllar manifestó que la metodología para abordar el tema de la prescripción de la acción disciplinaria en sede de Ética médica, es partir del artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, que como norma especial impone una remisión clara a las normas de procedimiento penal. Primero: al acudir a la norma procesal, que si bien es de tendencia acusatoria, en el artículo 332-7, establece como causal, el vencimiento de términos, pero más aún si fuéremos más precisos normativamente, el artículo 77 , que dispone las causales de extinción de la acción penal, consagra como causal la prescripción, y este tópico está regulado en la misma normatividad procesal en el artículo 292 sobre su interrupción; norma procesal que nos lleva al artículo 83 del en el código penal, en el que se establece que el termino básico de prescripción de la acción es de cinco años.

En este punto, surge un problema de aplicación de la norma, porque ella indica que la providencia o acto procesal que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación y este acto procesal no existe en la norma especial

disciplinaria médica, lo que existe es un PLIEGO DE CARGOS, y la una actuación procesal que existe semejante en la norma procesal penal es el ESCRITO DE ACUSACIÓN, esta actuación no tiene la entidad para interrumpir la acción penal, dicho escrito solo tiene inicialmente un efecto disciplinario en el funcionario investigador, el cual pierde competencia para ese caso concreto, y se extiende el termino por 60 días más para la audiencia pública, si vencido este término, ya surge una causal de preclusión de la acción penal, mas no la prescripción.

Como vemos estas normas no resuelven el problema procesal de la prescripción de la acción disciplinaria, con lo cual nos obliga a aplicar el principio de integración normativa , el cual me indica que debería aplicar en esta materia el código general del proceso, el cual a su vez tampoco nos resuelve el problema, con lo cual, debemos seguir con el proceso de integración, acudiendo a las normas que por su estructura y contenido, regulen materias similares, y es en este punto que se debe proceder a acudir al código único disciplinario, ley 734 de 2.002, en su artículo 21 , norma que de manera clara y precisa, regula el instituto de la prescripción de la acción disciplinaria. En efecto, el artículo 30 de le Ley 734 señala:

"La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

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

De acuerdo con ello habría que preguntarse cuál es el alcance del término ocurrencia de la falta.

La Dra. Claudia Patricia Gaviria señaló que pensar en ampliar los términos de prescripción implicaría reformar la ley. Por ello se debe buscar en el Código Penal o en la Ley 734 el término de prescripción que más nos favorezca. Con la reforma introducida por la Ley 1474 a la Ley 734 se cuentan los términos a partir del auto de apertura y con el Código Penal corre desde la ocurrencia de los hechos, por eso, para los Tribunales es más favorable la Ley 734.

El Dr. Jacob Cuéllar, manifestó que se debe tener en cuenta que como en nuestro campo nos rige la Ley 23 de 1981 que es una ley especial y remite al Código de Procedimiento Penal, no se puede entrar a aplicar de entrada la Ley 734. En efecto, hay dos sentencias de la Corte Constitucional (C-259/1995 y la C-259/2005) en las cuales se efectúa un análisis de la Ley 23, específicamente sobre la remisión por el principio de especialidad. En ellas se dice que la remisión es al Código Procesal Penal vigente, en aquello que sea posible y no afecte la naturaleza del proceso disciplinario. Las dos hablan de las reglas procesales y se avala la remisión a las leyes procesales penales.

Si en el Procedimiento Penal no se encuentra la solución se debe buscar en las otras normas, en el orden que establece la Ley 153 de 1887. En esta medida, en el Código de Procedimiento Penal se dice que la caducidad y la prescripción se cuentan desde la ocurrencia del hecho y se interrumpe con la formulación de la imputación. Aplicando esta norma ganaríamos un tiempo de 5 años. No sería una aplicación desfavorable porque ya existe la norma.

En un primer momento se puede pensar que la formulación de la imputación equivale al pliego de cargos porque se entiende que desde allí empieza el juicio. Sin embargo, una cosa es la denuncia y otra cosa el pliego de cargos, pero lo que tenemos en el proceso disciplinario que se parezca a la imputación es el pliego de cargos.

El Dr. Jacob Cuéllar hizo referencia al Estatuto Anticorrupción aclarando que frente a los actos médicos no se puede predicar que sean corruptos sino incorrectos.

El Dr. Guzmán Mora señaló que existen las siguientes alternativas:

1. *Aplicar la teoría de la prescripción en cinco años de manera absoluta*
2. *Aplicar la ley penal que dice que el pliego de cargos interrumpe la prescripción*
3. *Aplicar la Ley 734 de 2002*

La Dra. Claudia Patricia Gaviria llama la atención de que no es lo mismo acusación que imputación, por eso no cree que sean tan sencillo aplicar esa norma porque no se tendría un acto que se asemeje a la formulación de la imputación en el proceso disciplinario y debemos ser muy cuidadosos con la propuesta a realizar de modo que no sea atacada por los abogados defensores y no la puedan tumbar fácilmente mediante tutela.

La conclusión final en el debate, es que si no se encuentra un acto que se pueda asimilar a la formulación de imputación, se debe justificar de tal manera que nos permita acudir a las disposiciones de la Ley 23 de 1.981, luego por disposición del artículo 82, acudir a la aplicación de la ley procesal penal vigente, norma que no resuelve el problema porque en la ley procesal penal, el acto que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación, la cual no es igual a la resolución de pliego de cargos, por ello al no encontrar una solución en esta norma, se justifica poder aplicar otras normas, para llenar el vacío normativo que presenta la ley 23 de 1981, el orden de aplicación es el código único disciplinario, ley 734 de 2002, por regular materias similares.

Se sugiere que el proceso de fundamentación o de motivación de la resolución que se dicte en este tema tenga este orden

VI- CONCLUSIONES

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

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

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

4- Al presente caso lo cobijaría el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que han pasado cinco años desde el ultimo acto médico denunciado.
5- Pero en el presente proceso, acudimos a la aplicación del artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo "La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria", por los análisis efectuados en el acápite VI de esta providencia, respecto de la Interrupción de la Prescripción.

6- Si la acción disciplinaria en el presente caso se inicio el 20 de septiembre de 2010, se interrumpe la prescripción a partir de esta fecha y comienzan a contarse de nuevo los cinco años de dicho termino, el cual culminará el 20 de septiembre de 2018 son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley.

---

de argumentación, con la cual se está justificando la aplicación de la ley 734 d 2.002, frente a la no aplicación de la ley penal y procesal penal, en este tema específico, por lo expresado anteriormente por el DR. Jacob Cuéllar, con lo cual se tiene que la prescripción de la acción disciplinaria médica prescribe en cinco años desde la ocurrencia de los hechos, pero que se interrumpe con la resolución de apertura de la acción disciplinaria, según lo dispone el artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo "La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas..."

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISCIPLINARIA en el presente proceso, por hechos ocurridos el 22 de mayo de 2010, y con inicio de la acción ético disciplinaria el 20 de septiembre de 2013, motivo de la presente actuación.

En consecuencia, los términos de prescripción de este proceso comenzarán a contarse a partir del 20 de septiembre de 2013 y por espacio de cinco años, con base en los elementos de la parte motiva de esta providencia, contenidos en el acápite VI: CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.

ARTICULO SEGUNDO. Revocar la decisión de ARCHIVO DEL PROCESO en el presente caso, por no encontrar dicha decisión ajustada a la Ley.

ARTICULO TERCERO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander iniciar INVESTIGACIÓN FORMAL en el presente caso, con el objeto de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, advirtiendo que si se presentan dilaciones injustificadas adicionales, se tomaran las medidas que el caso exija.

ARTICULO CUARTO. Expresar la profunda preocupación de esta superioridad respecto de la actividad procesal del Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander y de su asesor jurídico, exhortando a sus magistrados a que actúen de manera diligente, eficiente y expedita en los actos procesales del presente caso, ajustándose de manera estricta al ordenamiento jurídico colombiano.
ARTICULO QUINTO. Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue las causas de los fenómenos dilatorios en que incurrieron varias entidades del Estado, en especial el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander.

ARTICULO SEXTO. Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación por sospecha de falsedad documental en el documento de Historia Clínica de la paciente L.C.A.L. ARTICULO SÉPTIMO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTICULO OCTAVO. Contra la presente decisión no caben recursos. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado-Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MAURICIO HIDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (Ad-Hoc); MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, septiembre quince (15) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1289 DEL QUINCE (15) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: PROCESO No. 1958-14 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.

DEMANDADO: DOCTOR G.R.V.
DENUNCIANTE: HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO
PACIENTE: M.A.F.P.

ASUNTO: Apelación a Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años

Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO GUZMÁN MORA
Providencia No. 80-2015.

VISTOS

Mediante RESOLUCIÓN No. 001-2015 del 28 de enero de 2015, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca resolvió "Dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica de este proceso a fin de determinar si el médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No.… de .. (…) y tarjeta profesional No. .., es merecedor a sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio profesional de más de seis meses por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia".

El expediente fue enviado por "error involuntario" a la carrera 66ª No. 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno

principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

El Tribunal Nacional de Ética Médica analizó cuidadosamente los hechos y decidió, al imponer una suspensión mayor de seis meses en el ejercicio de la medicina, lo siguiente:

ARTICULO PRIMERO: Sancionar al ciudadano con titulo de médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No. ... de... (….) y tarjeta profesional No..., con pena de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO PROFESIONAL POR EL TERMINO DE CINCO AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO: Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo considera conveniente, investigue las razones por las cuales se presentaron DILACIONES INJUSTIFICADAS Y DESMEDIDAS en el curso del actual proceso, por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle.

Dentro de términos, la defensa del médico condenado interpuso recursos de reposición y apelación.

Pasa entonces a resolver la reposición solicitada en la siguiente forma.

HECHOS

El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO "ESE".

En el se hacia relación a una comunicación de la Personería Municipal de Yumbo (Valle) fechada 14 de enero de 2011 en donde se solicitaba al Hospital La Buena Esperanza del mismo municipio, información respecto de la atención a la señora M.A.F.P. identificada con cédula de ciudadanía número ……, en relación con lo que se calificó como un "mal procedimiento médico" asociado a un dispositivo intrauterino.

La mencionada paciente fue atendida el 13 de mayo de 2010 para realizar procedimiento de planificación familiar (DIU) por la médica N.H.M.G.

El 3 de junio de 2010, el Gerente del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, mediante oficio firmado por T.A.F.F., se notificó oficialmente del fallo ético disciplinario confirmado por el Ministerio de Protección Social, en relación con la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el termino de cinco años, impuesta al médico G.R.V. (folio 0067 del cuaderno principal).

El 17 de junio de 2010, en control médico se le informó que no se encontraba el dispositivo supuestamente implantado, y solicitaron una radiografía, ordenando nueva cita para el 28 de diciembre de 2010, es decir, seis meses después.

El 13 de julio de 2010, consultó al mismo hospital por dolores pélvicos y fue atendida por el médico I.M.L., quien ordenó a la enfermera de turno retirar el dispositivo, el cual no fue visualizado por la mencionada profesional. Frente a esto,, el médico formuló diclofenaco y ordenó una ecografía pélvica. Esta fue efectuada el 14 de julio y no logró detectarse el DIU, el cual posteriormente fue descubierto mediante radiografía de abdomen simple en la cavidad abdominal.

El 19 de Julio de 2010 fue revisada por el médico G.R.V., quien en ese momento se encontraba suspendido del ejercicio de la medicina por el término de cinco años, por abuso sexual en paciente femenina, como adelante se mencionará en su momento.

El 7 de agosto fue recibida en interconsulta por el especialista en ginecología M.V.R., quien programó cirugía para el 7 de diciembre de 2010. Dicho procedimiento fue efectuado por el médico E.Q., quien encontró daños en una de las trompas de Falopio por efectos de la implantación del DIU.

El 8 de febrero de 2011, una junta médica del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, decidió remitir el caso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica, con el objeto de definir la responsabilidad derivada del procedimiento inicial de colocación de DIU.

El oficio fue recibido por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente).

POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUÉS DEL ÚLTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

Allí se "repartieron" las diligencias al Magistrado DAIRO DE JESÚS GUTIÉRREZ CUELLO, quien ordenó apertura de investigación el 19 de febrero de 2014.

El 31 de marzo de 2014 el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo respondió que el ciudadano G.R.V. no prestaba sus servicios en la institución desde agosto 5 de 2010.

Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

Se nombró defensor de oficio el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014.

El médico G.R.V. , en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LÓPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud.

El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V. , por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

"Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica:

…

4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional.

…

9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

…

Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento Médico:

- Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

- Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen;

- Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética;

- Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

- Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente;

- Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

- Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

- Considerar como hermanos a mis colegas;

- Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;

- Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;

- Solemne y expontáneamente (sic), bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

…

Artículo 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional;
b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;
c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.

….

LA APELACIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA A G.R.V.

Se sustenta en los siguientes puntos:

1- El término de caducidad de la acción es de tres años, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011

2- El condenado fue sancionado en tres oportunidades, pero sus sanciones finiquitaron el 12 de julio de 2015

3- El defendido no es sujeto de alta peligrosidad para la sociedad

4- El encartado suplicó al gerente del Hospital donde trabajaba que no le enviara mas pacientes, pero dicho funcionario hizo caso omiso de dichas súplicas y le continuó enviando pacientes

5- El término de prescripción ya se cumplió

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LA INEFICIENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Existen serias irregularidades en los tiempos transcurridos entre actos procesales en este caso, para lo cual NO SE ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN LÓGICA DE NINGÚN TIPO y que hacen sospechar MALA FE en el manejo de este caso.

Recapitulemos las fechas

• El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO "ESE".

• El oficio fue considerado por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente).

• POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUÉS DEL ULTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

• El 19 de febrero de 2014 se dio inicio a la acción ético disciplinaria médica

• El expediente fue enviado por "error involuntario" a la carrera 66ª N 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

• Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

• Se nombró DEFENSOR DE OFICIO el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014

• El médico G.R.V. , en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LÓPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud

• El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V. , por violación de

los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

Es imprescindible preguntarse dos cosas en estos tiempos procesales:

1- Por qué motivos se presentó una demora de más de dos años y medio entre la fecha de recibo de la queja (25 de abril de 2011) y el siguiente acto procesal (12 de febrero de 2014)?;

2- A qué se debe que, luego de esta inexplicable y vergonzosa demora, vuelva a presentarse una nueva dilación entre el 27 de febrero de 2014 y el 28 de enero de 2015, fecha en que se decidió el envío al Tribunal Nacional de Ética Médica?;

3- Y para completar semejantes dilaciones, entre la fecha de decisión de envío a la segunda instancia y el recibo en el Tribunal de segunda instancia transcurren otros cinco meses?.

Porque aquí podemos argumentar los siguientes planteamientos:

a- No es de aceptación que un tribunal seccional se tome casi tres años entre el primero y el segundo acto procesal;

b- No es de recibo que se presente una nueva demora de un año adicional entre dos nuevos actos procesales que definen rápidamente un envío de cuadernos procesales;

c- Es francamente absurdo que, encima de todo, se tomen cinco meses para enviar un expediente entre Cali y Bogotá.

No se puede aceptar esta situación que, lejos de traducir una simple ineficiencia judicial, orientan más bien a una dilación de un proceso en que se está juzgando la conducta de un verdadero reiterado infractor ético médico.

Y esta afirmación no es gratuita. Un profesional de la medicina que recibe al menos tres sanciones por actos condenados por los tribunales médicos deontológicos es un sujeto de alta peligrosidad para la sociedad. Y mucho mas en tratándose de actos relacionados con el pudor sexual de las pacientes, no en una, sino en tres ocasiones

Y para recordarle al tribunal de primera instancia, nos permitimos recordar los procesos en los que éste sujeto ha sido condenado:

• 2004. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de 45 días por agresión sexual a la señora M..S.C.

• 2009. Sanción de seis meses por agresión sexual a la señora D.R.R.. Confirmado por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 20 de octubre de 2009 mediante providencia 78-09.

• 2009. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años por agresión sexual a la señora C.C.H., mediante providencia 61-09. Esta fue confirmada por el Ministerio de la Protección Social el 12 de abril de 2010, al resolver el recurso de apelación.

Estos hechos no tienen ningún fundamento lógico, ninguna excusa válida y absolutamente ninguna explicación intelectualmente aceptable.

Por tal motivo no queda otro camino que solicitar la intervención de la Procuraduría General de la Nación.

II- **RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES DEL SUJETO DISCIPLINADO**

Es francamente indispensable consignar en esta providencia las sentencias de este Tribunal Nacional en contra de este individuo con título de médico:

1- PRIMER PROCESO

"…Bogotá, noviembre dieciocho (18) del año dos mil ocho (2008).

SALA PLENA SESIÓN No.980 DEL DIECIOCHO (18) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO (2008).

REFERENCIA: *PROCESO No. 836-06 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.*
DEMANDADO: *DOCTOR G.R.V.*
DENUNCIANTE: *SRA. M.S.C.*

MAGISTRADO PONENTE: *Doctor Miguel Otero Cadena*
Providencia No. 61-2008

ASUNTO

Apelación de la RESOLUCIÓN No. 005-2008 del 28 de mayo de 2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio del cual Resuelve "Imponer sanción de SUSPENSIÓN en el ejercicio profesional de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días al Dr. G.R.V. , identificado con la cédula de ciudadanía No. …de …, registro médico No. …como infractor a los Art. 1 núm. 1 y 9, 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, por los hechos relacionados con la paciente señora M.S.C.," dentro del Proceso 836-06.

HECHOS

El 7 de febrero de 2006 el Hospital Buena Esperanza de Yumbo envió al Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca la queja interpuesta por la señora M.S.C. por la actitud del doctor G.R.V. durante la consulta médica en el puesto de salud de Buenos Aires el día 16 de marzo de 2005.

En la declaración de la señora S. ante la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo Valle, manifiesta: "En el puesto de salud de Buenos Aires me hicieron la citología me salió con inflamación en el cuello uterino y en el resultado me salió la inflamación entonces la enfermera me dijo que tenía que pasar con el médico entonces yo saqué la cita y entonces me atendió el Doctor G.R., cuando pasé me dijo que tenía entonces yo le pasé el resultado lo que me había salido en la citología, el lo miro y me preguntó que si me dolía para orinar, teniendo relaciones entonces yo le contesté que no me dolía nada ni me ardía tampoco, me dijo que me subiera a la camilla, que me iba a revisar y me preguntó que cuantos orgasmos tenía al tener relaciones con mi esposo, entonces yo le dije que a veces no tenía, entonces el me dijo que me iba a revisar por que de pronto me hacía falta estimulación entonces me dijo que abriera las piernas que me iba a revisar y me empezó a meter los dedos entonces me apretaba como al lado de los ovarios y me dolía porque me hacía muy duro, duró unos minutos examinándome así de lado a lado y entonces después ya me dijo que yo era muy seca y que me iba a estimular y yo le dije que no, porque me daba vergüenza con un desconocido, y el me contestó que no que me relajara que tranquila que no pasaba nada y me empezó a frotar el clítoris y me metía los dedos y me decía que soltara el estómago y el me dijo que me iba a frotar cinco minutitos y le dije que no porque si no con mi esposo mucho menos con una persona desconocida, el me dijo que me relajara que si yo veía que me iba a desarrollar que me viniera que no pasaba nada, yo le dije que no que no podía y yo quería cerrar las piernas, entonces volvió y le dije que pena si no podía con mi

esposo y me paré, ya me dijo que me subiera el interior y me dio una formula que porque yo tenía nervios, entonces yo le recibí la formula que me pasó y dejé ese examen ahí tirado y salí de una, Y le comenté a la enfermera, y ella me contestó que no era la primera vez que con otras personas había pasado lo mismo y que ellos no habían dicho nada por miedo de verse involucrados y pues ella me dijo que si yo gustaba que hiciera una carta que ella me daba el nombre del médico, entonces pues yo le dije que si, pero pues como yo también comenté en la casa entonces me dijeron que eso era tiempo perdido porque ya después iban ha decir que la palabra del uno contra la de un médico no le iban a ser caso a uno de lo que uno decía contra un médico y después de ese examen con él me salía un flujo con sangre y yo nunca había tenido ese dolor y menos bajito. Después yo saque cita con la Doctora M.F.E. y entonces ella me preguntó que me pasaba y yo le conté que el Doctor me había masturbado y entonces yo le dije que después de ese examen que el me hizo me salió flujo sanguinolento, entonces ella me dijo que porque no había hecho un escándalo para que dejara de ser tan atrevido, entonces ella me trató me mandó óvulos, una ecografía y un examen y entonces tenía que cauterizarme por que tenía un desgarre de un parto entonces pues lo del flujo era lastimada."

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de acuerdo al Proceso Disciplinario No.836-06 que consta de 86 folios allegó la historias clínica de la paciente, las declaraciones de la señora M.S., de la señora A.A.P.M. auxiliar de enfermería, y la versión libre rendida por el doctor G.R.V. el día 4 de diciembre de 2006.

En Auto Interlocutorio No. 053~2007 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 19 de diciembre de 2007 se Resuelve: "PRIMERO.-Declarar que existe mérito para formular cargos contra Dr. G.R.V. , por presunta violación a los artículo 1º. Numerales 1º y 9º, artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981.

SEGUNDO.- Señálese el día 30 de enero de 2008, hora 9:30 AM Para realización de la diligencia de descargos."

En la diligencia de Descargos realizada el día 2 de abril de 2008 y el respectivo documento de soporte el Doctor G.R.V., acompañado de su apoderado el Dr. GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ RESTREPO explica la forma como él interpreta los resultados de las citologías en general considerando que si existen "células que indiquen la inflamación, puede corresponder a un proceso tumoral, infeccioso de sitio d la citología o de tejido adyacente, por eso no me quedo con el solo resultado, si no que interrogo con síntomas asociados y lo complemento con un examen del área afectada "

Ante la pregunta si había utilizado especulo para revisar el cerviz de la paciente, informa que no lo utilizó por no disponerse de este elemento en el centro de salud y que realizó un examen ginecológico por medio del tacto vaginal, en la versión libre folio 30 manifestó "encontré un proceso de erosión de cuello y flujo alrededor del cuello, no muy abundante, incluso externamente era muy difícil por que la paciente estaba muy tensa, desafortunadamente no hay lubricante en el puesto de salud, entonces lo que se utiliza es Isodine cuando lo hay".

Realiza una explicación del tratamiento que empleó en esta paciente y que había empleado en otras pacientes con patología de infección similar, tratamiento no convencional y no soportado por la literatura médica a no ser en "foros por Internet principalmente en España" que es "mas efectiva que el uso de los antibióticos convencionales, produciendo un tratamiento más paliativo sobre la infección que lo normal".

El tratamiento lo realiza con guantes de látex a pesar que estos ocasionan inconformidad por ser "abrasivos" lo mismo que el uso de la gasa que impregna en Isodine y produce abrasión de los tejidos inflamados e infectados y con esto se obtiene según él, el estímulo para la regeneración de los tejidos.

Considera que la paciente no entendió las explicaciones dadas por su nivel socio cultural, que generalmente en el centro de salud las pacientes pertenecen al estrato 1 y 2, pero que con pacientes de mayor nivel socio cultural "es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos".

Explica que ante la supuesta violación de los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81 en el Centro de Salud no se dispone de elementos para llevar una historia clínica en mejor forma y él tiene dificultades en la escritura.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la Resolución No.005~2008 del veintiocho de mayo de 2008 no aceptó los descargos presentados por el Doctor G.R.V. y le impuso la sanción disciplinaria de SUSPENSIÓN en el ejercicio de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días.

Con fecha 1 de julio de 2008 el apoderado del Doctor R.V. interpuso recurso de reposición y subsidio de Apelación a la resolución 005-2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 10 de septiembre de 2008

resolvió no reponer la resolución 005-2008 del 28 de mayo de2008 y concedió la Apelación para ante este Tribunal.

El Recurso de Apelación fue remitido al Tribunal Nacional el día 10 de septiembre de 2008 y repartido en sala mediante sorteo en Sala Plena el 30 de septiembre de 2008, correspondió al doctor Miguel Otero Cadena como Magistrado Ponente.

CONSIDERACIONES

Manifiesta el Dr. GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ RESTREPO en calidad de apoderado judicial del Dr. G.R.V. sustenta los recursos de Reposición y en subsidio de Apelación explicando que el Dr. R. fue muy explicito en las explicaciones dadas a la paciente sobre los procedimientos que le "permitieran al galeno descartar la presencia de otros cuadros infecciosos dada la patología de la paciente, pues es claro que es mejor establecer de manera inmediata el diagnóstico de la paciente a fin de formular e iniciar la estrategia clínica pertinente a fin de dar final satisfactorio al cuadro presentado por la señora M.S.C. De allí que a pesar de la de presunta incomodidad física generada a la paciente no se llevó acabo de manera voluntaria o mucho menos por una actitud deshonrosa por parte del Dr.R."

Considera el Dr. G. que la paciente mal interpretó las explicaciones dadas por el médico y que los procedimientos fueron realizados para producir efectos benéficos y por lo tanto la queja es infundada. Agrega más adelante que la interpretación errónea por parte de la paciente, pudo haber sido por su "condición social".

El Tribunal Nacional no encuentra lógicas las explicaciones dadas por el Dr. G.R.V. en la versión libre rendida el 4 de diciembre de 2006, folios 29 a 32, ni las dadas en la diligencia de descargos del 2 de abril de 2008, para demostrar que las maniobras o "procedimientos" no convencionales ni soportados científicamente realizados a la paciente, ni registrados correctamente en la historia clínica, fueron con fines terapéuticos o según el abogado Dr. Gómez. a folio 72 con fines diagnósticos.

Tampoco se entiende cómo sin especulo y unos guantes de látex que producen supuestamente abrasión realiza diagnóstico de erosiones del cuello uterino y no utilizó si tenía dudas del diagnóstico y no contaba con los elementos adecuados en el centro de salud, la remisión de la paciente a un mayor nivel de atención, sin recurrir a métodos no entendibles por la paciente, a pesar de ser bachiller, ni por esta Sala del Tribunal Nacional.

No es aceptable que se apoyen tanto el médico endilgado como su apoderado en el nivel socio-económico o en el estrato 1-2 de la paciente, la interpretación que hiciera ella de las explicaciones del procedimiento.

Desvirtúan la queja de la paciente por el tiempo transcurrido entre los hechos y la presentación escrita de la misma. El Tribunal Seccional encuentra en las explicaciones dadas por la quejosa y el testimonio de la auxiliar de enfermería, justificación a esa demora que se encuentra dentro de los términos establecidos por la Ley.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sostenido que cuando se presentan actividades delictivas atentatorias contra el pudor y la libertad sexual ha de darse credibilidad a la víctima cuando el testimonio de la víctima es coherente, concordante y no existen circunstancias que hagan temer por una acusación temeraria, vindicativa, interesada o por cualquier otra circunstancia que hiciera temer por su veracidad. Esta Corporación comparte ese criterio porque casi un porcentaje del ciento por ciento de estas conductas contra el pudor y la libertad sexual ocurren por razones obvias sin la presencia de testigos. En tales circunstancias aceptar tan peregrina tesis sería admitir que esta clase de atentados quedaran siempre en la más absoluta impunidad. En el caso sub judice nos encontramos con el testimonio de una mujer humilde pero honesta y eso se infiere de su lenguaje y de la forma como relata los hechos acaecidos; esposa preocupada con los abusivos desmanes del médico tratante, preocupada fundamentalmente por su posición ante su esposo y sin que se pueda deducir que hubiera llegado a tener interés en perjudicar al médico. Es desde todo punto de vista prácticamente imposible que una mujer en su calidad de esposa y madre vaya a inventarse tan absurdas acusaciones sin que las mismas hubieran ocurrido en la realidad.

Por el contrario encuentra la Sala que su dicho es concordante con el extraño y desconocido método diagnóstico o tratamiento utilizado por el acusado, la no utilización del especulo que es indispensable, igualmente la falta de una enfermera que en este tipo de exámenes es necesariamente requerida; las anteriores circunstancias unidas a lo comentado por la auxiliar cuando la paciente salió asustada del consultorio, de que no era el primer caso, son razones más que suficientes para darle credibilidad a lo denunciado por la quejosa.

En el Capitulo 59 pagina 1425 del Libro DERECHO MÉDICO COLOMBIANO – RESPONSABILIDAD ÉTICA MÉDICA DISCIPLINARIA de Fernando Guzmán y otros, que trata de DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MÉDICO dice:

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominación sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente.

Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona; Su intimidad.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca tanto al elevar pliego de cargos como al sancionar al Dr. G.R.V., se basa en el Capitulo I de la Ley 23 de 1981 que trata de la DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS, principios que expresamente lo señala el Artículo 1 constituyen el "fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

1.La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico- socia, racial, político o religioso . El respeto por la vida y los fueros de las persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes."

Teniendo en cuenta que en el recurso de Apelación no se desvirtúan los cargos y no quedan dudas, no hay lugar a la solicitud de resolver el proceso a favor del investigado.

En relación a la infracción a los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81, existe reconocimiento con algunos atenuantes relacionados con las dificultades en la caligrafía manifestados por el Dr. G.R.V. , pero que no impiden se cumpla con la norma referente a lo señalado al registro de las condiciones de salud en la historia clínica.

La Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica considera con todo respeto que el Tribunal Seccional al señalar la sanción la aplicó con exagerada benevolencia.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: Confirmar el auto interlocutorio No.005~2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de fecha 28 de mayo de 2008. ARTICULO SEGUNDO: Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.."

2- SEGUNDO PROCESO

"…Bogotá, septiembre primero (1) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1015 DEL PRIMERO (1) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: *Proceso No. 840, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle*
Contra: *Dr. G.R.*
Denunciante: *Señora C.C.H.B.*
Asunto: *Sanción de Suspensión por más de seis meses*

Magistrado ponente: *Dr. Juan Mendoza-Vega. MD.*
Providencia No. 61-09

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, en sala plena del 10 de Junio de 2009, resolvió enviar al Tribunal Nacional de Ética Médica el proceso adelantado contra el doctor G.R.V., por queja presentada por la señora C.C.H.B., para la posible imposición de sanción consistente en Suspensión en el Ejercicio Profesional por lapso superior a seis meses. El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 5 de Agosto de 2009; puesto para reparto en la sala plena del 11 de Agosto, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

En escrito fechado el 7 de Febrero de 2006, la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital Buena Esperanza de la localidad de Yumbo, Valle del Cauca, envió al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca la queja

presentada por la señora C.C.H.B., contra el médico G.R.V. , junto con el auto No. 016-06 de dicha oficina y los anexos correspondientes, para que el tribunal abocara el conocimiento de la queja dentro de su competencia legal.

En la ampliación y ratificación de queja presentada bajo juramento a la ya dicha oficina de Control Interno Disciplinario por la señora H. (folios 7 y 8 rectos), relata ella que el 28 de Diciembre de 2005 fue atendida en la consulta externa del hospital por el doctor G.R, quien la venía controlando al parecer por infección genital; en esta consulta, el doctor le ordenó desvestirse y acostarse en la camilla de examen, "me revisó y me dijo que estaba muy irritada, fue cuando salió del consultorio, le dijo a la enfermera que le diera un frasco que era como una crema para untarme, él me empezó a echar esa crema en la parte vaginal y a limpiarme con algodón y después me empezó a meter los dedos… yo le dije que eso me estaba doliendo, entonces él me dijo que me tranquilizara…después ya terminó con eso y me dijo ahora tiene que estimularse, entonces yo le dije doctor yo nunca he hecho eso… él me dijo no le de pena, haga de cuenta que yo no estoy aquí…yo le ayudo, y él empezó a estimularme, él me dijo pero hay mujeres que se desarrollan muy rápido, usted por qué no…dijo abra bien las piernas y sacó la lengua para hacerme sexo oral, entonces yo me paré de la camilla y le dije yo me voy, me dijo entonces si usted no se estimula le va a coger un dolor bajito, después me dijo cuando llegue a su casa se sigue estimulando".

Con términos muy parecidos testificó nuevamente bajo juramento la quejosa en diligencia de ratificación de queja ante el Tribunal de primera instancia, el día 18 de Septiembre de 2006; ante esa ratificación, el magistrado instructor propuso al tribunal citar para versión libre al doctor R., previa su identificación como médico, diligencia para la cual se fijó el día 3 de Septiembre de 2007 y así se le notificó en debida forma al disciplinado. Igualmente, se dispuso oír en declaración juramentada a la enfermera A.P.M, a quien se identificó como la persona que trabajaba en la institución asistencial donde ocurrieron los hechos y a la cual la quejosa dijo haberle comentado el episodio inmediatamente después de su ocurrencia.

La actuación

En la versión libre visible a folios 27 a 29 (rectos y versos), el doctor G.R.V. se identificó con la cédula de ciudadanía colombiana número …. expedida en …., manifestó ser médico graduado en la Universidad del Valle y poseer el registro médico …. de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca. Estuvo asistido por el abogado Diego Fernando Medina Capote, a quien dijo otorgar

poder amplio y suficiente para actuar como su defensor. Al ser preguntado por su versión de los hechos, admite haber utilizado la sustancia antiséptica "isodine" para frotar "las paredes de la vagina hasta retirar todo el material purulento, es un procedimiento bastante doloroso porque arde y duele"; dijo que tal procedimiento lo había aprendido de un médico en Tuluá y que en la nota escrita por él en la historia clínica de la paciente, correspondiente al día de los presuntos hechos, no consignó con detalle tal procedimiento y se limitó a escribir "asepsia" porque el procedimiento "es algo muy sencillo, es coger una gasa, coger isodine y limpiar la pus". En cuanto a la orden de auto-estimularse, admitió que "sí le dije que se estimulara porque genera contracción de cuello y descongestiona a nivel pélvico y de la parte vascular, eso minimiza el dolor después del procedimiento, como ella no sabía le indiqué cómo hacerlo y ella siguió". Y ante la afirmación de la quejosa sobre intento de sexo oral, respondió: "Cómo voy yo siendo médico y estoy tratando una paciente con una infección, ni bobo que fuera para irme a contaminar de algo, no sé porqué ella dice eso, es ilógico, qué voy a pretender tener sexo oral con una paciente a la que estoy tratando de una infección". Agregó, para terminar, que toda su conducta "era buscando beneficio para la paciente pero en ningún momento tenía la idea, ni pretendía nada sexual con la paciente, no entiendo por qué la paciente dice eso".

En testimonio juramentado, la auxiliar de enfermería y promotora en salud A.A.P.M., identificada con la cédula de ciudadanía …de..., afirmó que la señora H…o le había manifestado "en ese momento, era que él la había tocado la parte genital", y al ser interrogada por el instructor concretó: "Yo normalmente les explico a las señoras que el médico debe realizar el examen y dentro de éste es un tacto vaginal. Lo que ellas sí me dicen es que fuera del examen que se les debe realizar, él las masturba, por lo cual se les indica que ellas pueden quejarse por éste hecho".

El tribunal seccional, en auto interlocutorio del 3 de Diciembre de 2008, resolvió formular pliego de cargos al doctor G.R.V. por presunta violación a los artículos 1º, numerales 1, 3, 9 y 10; artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981, y señaló el 28 de Enero de 2009 para la respectiva diligencia de descargos.

En escrito entregado al tribunal seccional el 21 de Enero de 2009, el disciplinado R.V. otorgó poder como apoderada a la abogada Genny Mercedes López Duque; fue ella quien lo acompañó en la diligencia de descargos, visible a folios 49 y 50 rectos, la cual estuvo además complementada con el escrito visible a folios 51 a 55 rectos. En su escrito, el doctor G.R.V. admite de nuevo haber "limpiado el área genital con isodine y gasa", y señala que "es posible que haya dolor debido

a que la paciente se encontraba muy irritada. Por lo tanto le sugerí a la paciente que se relajara, pero no con mala intención y no con un vocabulario descortés". Afirma que el examen físico genital era indispensable, y que "me ratifico que mi intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional… considero que lo que hubo por parte de la paciente fue una mala interpretación del significado de la palabra estimulación pues se trataba exclusivamente de que entendiera las condiciones de la piel de la zona afectada y que le iban a permitir una mejoría mucho más rápida que con los otros tratamientos". Reitera que las imputaciones de la quejosa "no son ciertas" y que "no hubo intención alguna de mi parte en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación MÉDICO-PACIENTE" (las mayúsculas son del original). A la testigo A.P. la tacha de "sospechosa" porque presuntamente vive en el mismo barrio de la quejosa y "puede pensarse que se encuentran confabuladas para atentar contra mi buen nombre, ética, valores y derechos".

Pasa luego a referirse a lo dicho por la quejosa sobre presunto intento de sexo oral, a lo que dice "conociendo la patología de la paciente está claro que no me iba a arriesgar a atentar contra mi salud o mi propia vida" y afirma que "no más por esta manifestación por parte de la quejosa se puede deducir que existe mala fe e intenciones de causar daño, aunque yo no conozco los motivos de atentar contra mi buen nombre". Señala que "las explicaciones vertidas al momento de la consulta no fueron entendidas con el sentido que se pretendía por parte de este galeno" y que "está claro que dada su condición social, las personas pueden asimilar ciertas situaciones de maneras muy diferentes y una conducta que un estrato social puede ser vista como reprochable o indecente en otro no, así pues con pacientes de mayor nivel socio-cultural es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos". Insiste en que el procedimiento que realizó "no es convencional" pero lo aprendió "de un docente en mi época de internado en ginecología en Tuluá" y que "sólo se usa en casos de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuesta a tratamientos convencionales, como sucedió con la paciente C-". Acepta los cargos en cuanto a los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981 reconociendo "que evidentemente no cuento con la mejor caligrafía" pero alega que "en el puesto de salud en que me encontraba para esa fecha no contaba con equipos de computación que nos permitieran a los que allí laborábamos diligenciar las historias clínicas de una forma más ágil y práctica", además de señalar que "en un tiempo máximo de atención de quince minutos… se dificulta mucho llevar a plenitud cada una de las labores tendientes a la efectiva prestación de un servicio", pero manifiesta al tribunal "mi compromiso para mejorar en dicho aspecto".

Terminada la lectura del documento de descargos, el disciplinado fue interrogado por la Sala Plena para aclarar algunos de los conceptos que había vertido; en sus respuestas, sugirió en que el "malentendido" se produjo porque la paciente quejosa es "del barrio Buenos Aires que es de la ladera sur, es uno de los barrios más bajos, a eso me refiero, en 22 años de práctica médica hasta ahora tengo este problema y fue precisamente en ese barrio". Como la sala le recordó que en su versión libre admitió haberle dicho a la quejosa que se estimulara y "como no sabía le indiqué cómo hacerlo", manifestó querer aclarar que "lo que yo le dije a la paciente no fue que se estimulara a nivel genital sino que se hiciera exactamente como se hacen las maternas de estímulo del pezón (sic)…lo otro es que cuando le dije que se sobara no era en la parte genital sino en el hipogastrio o sea la parte baja del abdomen"; como se le pusiera de presente que la versión está firmada por él, de su puño y letra, respondió: "La firma sí, lo que no entiendo es por qué lo que yo expliqué ese día no está en el expediente, ese día yo no leí porque se me olvidaron las gafas, yo firmé". Como la Sala pregunta si hace las dichas estimulaciones cada vez que atiende a una paciente con infección del tracto vaginal, es enfático al responder: "Nunca hago lo que hice con esa paciente ni previo ni posterior, lo hice en este caso porque la paciente se quejaba de que le estaba doliendo…y una cosa que quiero aclarar de este caso es que lo que yo les digo en este caso se basa en la declaración de la paciente porque ni siquiera me acuerdo de haber hecho esto en ese puesto de salud. Yo baso lo que estoy haciendo en lo que la paciente describe". Enseguida reconoce que en el año 2005 hubo otra u otras quejas por motivos similares a la queja actual, pero no refiere cómo terminaron esos casos. El tribunal de primera instancia, por su parte, hizo notar en su resolución 007/2009, (folio 71 recto) que esa corporación sancionó al disciplinado en dos ocasiones por quejas similares a las que obran en el presente proceso, la primera vez con suspensión en el ejercicio profesional por 45 días y la segunda, con suspensión por seis meses.

Como el defensor del doctor R. en diciembre de 2008, abogado Gustavo Adolfo Gómez Restrepo, había pedido recibir testimonio a dos señoras que habían sido atendidas por el disciplinado sin que tuvieran motivo de queja contra él, la Sala Plena del tribunal seccional por auto del 4 de marzo de 2009 visible a folio 60 recto y verso consideró inconducentes tales testimonios para esclarecer la conducta investigada y en consecuencia, denegó la práctica de tales pruebas, decisión que fue debidamente notificada y no fue recurrida.

Analizado el acervo probatorio, la Sala Plena del tribunal seccional mediante resolución del 10 de Junio de 2009 desestimó los descargos presentados por el disciplinado, consideró probado que realizó a la quejosa un procedimiento

extraño e inadecuado con un método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, y realizó manipulaciones que llevaron a la paciente "a una situación de mucha incomodidad…alejándose de los principios metodológicos y éticos que deben prevalecer en la relación médico-paciente". Como acaba de citarse, además señaló que esa corporación sancionó al doctor G.R.V. en dos ocasiones anteriores, por hechos muy similares ocurridos también en los meses de marzo y junio de 2005 en otras dos pacientes que se quejaron por ello, razones por las cuales la Sala Plena resolvió dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica para la posible aplicación de sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses, al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 23 de 1981, y así se cumplió.

Resultandos y considerandos

La calidad de médico del doctor G.R.V. se encuentra debidamente probada en el informativo.

Para este Tribunal Nacional, está igualmente probado con las declaraciones de la quejosa, de la auxiliar de enfermería presente ese día en el sitio de los hechos, y del propio disciplinado tanto en la versión libre como en la diligencia de descargos, que atendió a la quejosa en consulta de control por infección genital el día 28 de Diciembre de 2005, que durante tal consulta le realizó aplicación intravaginal de una sustancia desinfectante yodada (Isodine) y que le ordenó "estimularse" presuntamente para aliviar el dolor producido por la aplicación intravaginal mencionada.

El término "estimularse" fue entendido por la quejosa en el sentido de masturbarse digitalmente y provocó en ella, según su declaración juramentada, negativa inmediata a la que el disciplinado respondió con el ofrecimiento de "enseñarle" y las acciones correspondientes en los genitales de ella, cosa que él admite en su versión libre y luego trata de negar en la diligencia de descargos afirmando que lo transcrito en la versión libre no fue lo dicho por él y que tal documento lo firmó sin leerlo "porque había olvidado las gafas", aseveración imposible de aceptar pues en esa ocasión lo acompañó su abogado defensor y si realmente hubiera tenido dificultad para leer lo que iba a firmar, sin duda lo habría hecho notar de inmediato y esa persona de su entera confianza le habría ayudado o habría señalado la situación al funcionario instructor para evitar lesión al debido proceso y al derecho a la defensa.

La acusación relacionada con el intento de practicar sexo oral a la quejosa, la

rechaza el disciplinado con el argumento de que, sabiendo el estado clínico de la señora, no es lógico pensar que él voluntariamente se expusiera a contraer infección que pusiera en peligro su salud o su vida; en este aspecto concreto, se trata de la palabra de la quejosa contra la del disciplinado, porque no había en el consultorio nadie más, como lo afirma el propio doctor G.R.V. al tachar la credibilidad de la testigo A.P.; sin embargo, no se vislumbran motivos para que la señora H. busque perjudicar en forma tan grande al médico que la venía atendiendo, inventando una acusación precisa con todos los detalles.
Por lo que hace a los puntos del pliego de cargos relacionados con mal diligenciamiento de la Historia Clínica al escribir sus notas en forma casi ilegible, el disciplinado los admite y aún ofrece trabajar para corregir ese comportamiento en lo venidero, por lo que se consideran probados.

Para este Tribunal Nacional de Ética Médica, las faltas contra el pudor sexual cometidas durante un acto médico son de las más graves que pueden reprocharse a un médico. En efecto, por una parte, constituyen indebido aprovechamiento de la posición del profesional frente a una persona necesitada que pide su ayuda en situación de peligro para su salud o su vida, y que a la angustia y preocupación por la enfermedad ve agregados el atropello a algo tan íntimo y delicado como son su vida sexual y su pudor, y el desagrado y maltrato emocional que tales conductas provocan; por otra parte, con esa clase de atropellos se resquebraja el buen nombre de todo el Cuerpo Médico y la confianza que la Sociedad le otorga a quienes protegen bienes tan trascendentales como la vida y la salud, confianza que es indispensable para el correcto ejercicio de la profesión de médico. Si en algún caso tales faltas fueran resultado de algún desorden de la actividad psíquica del médico, al reproche y sanción se agregaría la solicitud de que el afectado se sometiera a los exámenes y tratamientos del caso, manteniéndose fuera del ejercicio profesional mientras no hubiera razonable seguridad de que el desorden hubiera desaparecido, y cambiando las características de su práctica para que en ella no tuviera contacto con personas si los tratamientos no dieran esa seguridad.

En el caso que se analiza, la actuación del doctor G.R.V. fue irregular desde el punto de vista científico y antiética, reñida con el respeto a la dignidad de la señora C.H.B.; viola los numerales 1, según el cual "el respeto por la vida y los fueros de la persona humana" son esencia espiritual de la Medicina; 3, que ordena al médico ajustarse "a los principios metodológicos y éticos que salvaguardian los intereses de la ciencia y los derechos de la persona"; 9, que obliga al médico a "sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal"; y 10, relativo a los principios éticos que rigen el quehacer de los médicos, todos

ellos del artículo primero de la Ley 23 de 1981; también el artículo 11, "la actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo"; el 12, por el cual "el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas"; el 15, por cuanto no hay constancia de que obtuviera el consentimiento informado de la paciente para el tratamiento que dice haberle aplicado; y el 36, porque no diligenció la historia clínica respectiva con claridad; los actos contrarios al pudor han sido repetidos por el disciplinado contra diversas pacientes, quienes se han quejado por tal causa como lo admite él mismo, y las sanciones respectivas no parecen haber logrado disuadirlo de su conducta, por lo que este Tribunal Nacional considera que debe imponerse la máxima sanción prevista en la Ley 23 de 1981, la cual servirá por otra parte para evitar que se presenten nuevas oportunidades de atropellos contra otras mujeres necesitadas de consulta médica.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le concede el artículo 89 de la Ley 23 de 1981,

RESUELVA:
Artículo Primero. - Imponer al doctor G.R.V. , de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, dentro del proceso incoado por la queja presentada por la señora C.C.H.B. y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por un lapso de cinco (5) años, que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que la presente providencia quede en firme. Artículo Segundo. - Contra la presente providencia son procedentes los recursos de reposición, para ante este Tribunal Nacional, y de apelación, para ante el Ministerio de la Protección Social, dentro de los treinta días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la providencia. NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE…."

ESTA SENTENCIA FUE APELADA ANTE EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, EL CUAL CONFIRMÓ EN TODAS SUS PARTES LA PROVIDENCIA CONTENTIVA DE LA DECISIÓN SANCIONATORIA EL 12 DE ABRIL DE 2010 (FOLIOS 054 A 061 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

3- TERCER PROCESO

"…Bogotá, octubre veinte (20) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1022 DEL VEINTE (20) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: *PROCESO 820 del TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.*
DENUNCIANTE: *D.R.R*
CONTRA: *DOCTOR G.R.V. .*

MAGISTRADA PONENTE: *GUILLERMINA SCHÖONEWOLFF DE LOAIZA.*
Providencia No. 78-09

VISTOS:

El 9 de julio de 2009 la abogada Genny Mercedes López Duque, apoderada del doctor G.R.V. , interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación ante la Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica, contra la resolución N° 005 del 03 de junio de 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, donde se le impone al doctor G.R.V. sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 meses como infractor del Artículo 1 numeral 1 y 3 . Artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

EL 29 DE JULIO DE 2009 EL Tribunal Seccional resuelve no reponer lo decidido en la resolución 005-2009 del 3 de junio del 2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

Entra para reparto el 3 de septiembre correspondiéndome su instrucción.

HECHOS:

La señora D.R.R. con cédula de ciudadanía …de…, afiliada a la E.P.S. Caprecom, con fecha 29 de junio de 2005 interpone una petición en forma verbal y escrita ante la coordinadora de la oficina de Atención al Usuario del Hospital Buena Esperanza ESE del Municipio de Yumbo Valle, señora G.S.G.O. (Folio 00030). En la cual expone: "Fui a la consulta el día 21 de junio de 2005 del Barrio Bella Vista. El doctor G.R.V. , a consultar por un flujo que tenía. Él me hizo acostar en la camilla y me hizo quitar la ropa interior y me hizo abrir las piernas y comenzó

a lastimarme con unas gasas untadas de Isodine. Me dijo que me relajara, que me tocara en la parte vaginal y en los senos como masturbándome para que aflojara un líquido que él necesitaba que saliera. Yo considero que ningún médico debe hacer eso, que no era el modo de tratarme, además me lastimó mucho y estoy sangrando desde entonces."

El 30 de junio la señora G.S.G. envía a la jefe de control interno disciplinario del Hospital doctora M.R.P., la petición recibida para que se realice la respectiva revisión del caso y se dé una respuesta por escrito para ser presentada a la señora D.R.R.

Mediante auto de julio 29 de 2005 la doctora P., jefe de la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital la Buena Esperanza de Yumbo, Valle, dispone remitir al Tribunal Seccional se Ética Médica del Valle del Cauca, las diligencias adelantadas en contra del doctor G.R.V. "por queja verbal expuesta por la señora D. R. (SIC) R.."

Entre la documentación recibida por el Tribunal Seccional el 5 de diciembre de 2005, figura a folio 00003 constancia de que no se pudo entregar la citación a la paciente por que ya no reside en la dirección anotada. Citación dirigida a la señora D.R.R..

Con fecha 5 de diciembre de 2005 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca dispone adelantar investigación formal contra en doctor G.R.V. .

El 31 de mayo de 2006 el Tribunal Seccional solicita a la jefe de Control Interno del Hospital, copia de la historia clínica, evoluciones, notas de enfermería e informe sobre la ubicación de la paciente D. R. (sic) Rojas, para efectos de citación y se informe que servició de salud utilizó la paciente para ser atendida en la entidad hospitalaria.

En junio 14 de 2006 se recibe respuesta de la oficina de control Interno del Hospital en la cual envían la dirección y teléfono de la hija de la paciente, señora. BP., y aclaran que la dirección que figura en la historia clínica de la señora D.R.R. con CC: …. ya no corresponde a su dirección actual. Además se corrige que el nombre de la quejosa es D.R.R. (folio 00015).

En agosto 3 de 2006 la doctora Sandra Viviana Aparicio, abogada asesora del Tribunal Seccional envía citación a la paciente con el apellido errado y a la dirección que se les había notificado que ya no era su residencia.

Nuevamente el 13 de marzo de 2007(F: 00022) la abogada asesora envía citación por segunda vez a la señora R.R. a la dirección correspondiente a la hija de la paciente. La quejosa no asiste a ratificar la queja.

A folio 00023 con fecha 9 de julio de 2007 se observa constancia secretarial que indica que se ha citado en 2 ocasiones por escrito y se ha entablado conversación telefónica con la hija de la señora D. R. (sic) R. y no se ha hecho presente.

El abogado asesor del Tribunal Seccional doctor Augusto Cuellar, solicita a la coordinadora de atención al usuario del Hospital de Yumbo, el testo original de la queja de la señora D.R.R y le solicita gestión para poderla localizar.

En abril 8 de 2008 se envía la tercera citación con el apellido R.R. a la dirección suministrada por el Hospital de Yumbo, pero tampoco asistió la paciente a la citación y no presentó justificación válida.

El Hospital La Buena Esperanza remite a solicitud del Tribunal, copia de la historia clínica y las guías de protocolos para el manejo de la vaginosis.

El 10 de noviembre rinde su versión libre el doctor G.R.V. con cc: … de … en compañía de su abogado y manifiesta que lo que acostumbra a hacer cuando le llegan casos de vaginosis a repetición que no responden al tratamiento es hacer una asepsia con isodine y con gasa, retirar al máximo el material purulento que pueda haber, dejar vagina y cuello lo más limpio posible y después de eso instaurar tratamiento farmacológico para que actúe sobre lo poco que pudo haber quedado de sustrato infeccioso. Dice que le pide que esté lo más relajada posible, que se estimule los pezones porque al apretar el pezón se libera oxitocina y eso estimula la contracción del útero, "En caso de que haya una secreción en la parte interna, al contraer el útero la expulsa." No deja constancia en la historia clínica porque solo deja un resumen de la consulta. Se le solicita que lea lo que anotó en la historia clínica pero algunos apartes el mismo médico no los entiende. Agrega que es un procedimiento bastante efectivo pero por las consecuencias que le ha traído con las quejas decidió no volverlo a hacer, el procedimiento no lo aprendió de los libros sino por un ginecólogo en Tulúa doctor M., cuando realizó su rotación de ginecología.

El 10 de diciembre de 2008 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, analiza las pruebas recaudadas en el proceso y realiza las siguientes conclusiones:

1- Atendió a la paciente D. R. (sic) R. en el servicio de consulta externo del puesto de salud Bellavista el día 21 de junio de 2005.

2- Al diagnosticar un cuadro de vaginosis en la paciente R.R, se apartó de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de la Protección social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, al utilizar un método poco ortodoxo y sui generis (estimulación.)

3- No dejó constancia en la historia clínica, del método terapéutico utilizado.

4- El diligenciamiento de la historia clínica no fue claro.

5- Utilizó un método terapéutico no debidamente aceptado por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

6- No brindó el apoyo necesario en la atención brindada a la señora R.R., antes por el contrario despertó su preocupación que la llevó a instaurar la queja.

7- No se ajustó a los principias metodológicos y éticos que salvaguardan los derechos de la persona.

EL Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca resuelve formular cargos por posible violación a los Artículos: Artículo 1° numerales 1,3, 9 y 10, y los artículos 11,12 y 15 de la Ley 23 de 1981. Adicionalmente el artículo 36 de la misma Ley por haber realizado la historia clínica de la paciente con letra ilegible.

El 11 de febrero de 2009 rinde sus descargos el doctor G.R.V. en compañía de su abogada doctora Genny Mercedes López Duque, informa que es médico general de la Universidad del Valle, tiene 49 años, casado y CC: … de …

Manifiesta que la señora D.R.R. profirió imputaciones deshonrosas en su contra, declaración que no fue ratificada ante el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, a pesar de tres citaciones que le enviaron a la quejosa.

Refiere que atendió a la paciente en varias ocasiones, y que le pudo haber causado dolor por el grado de inflamación que presentaba. Dice que actuó con ética, profesionalismo, prudencia, educación, utilizando un vocabulario menos técnico y más popular para que entendiera un resultado positivo en su recuperación., el cual fue interpretado erróneamente.

Afirma que existen ciertas manifestaciones que pretenden hacer ver de su parte una conducta violatoria de los principios éticos, y que no hubo intención alguna en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación médico paciente.

Refiere que las declaraciones de la auxiliar de enfermería A.P. son de mala fe y con la intensión de causarle daño y que por lo tanto, dará inicio a las acciones legales pertinentes.

Acepta que si bien el procedimiento realizado no es convencional solo lo usa en caso de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuestas a tratamientos convencionales como en el caso de la paciente.

Dice que con relación a los cargos formulados en los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, reconoce que no cuenta con la mejor caligrafía, lo que le ha impedido en muchos casos desarrollar su labor a cabalidad.

Solicita tener como pruebas documentales las copias de las calificaciones de su desempeño laboral. Y como testimoniales las declaraciones de tres pacientes para que informen como testigo presenciales lo que conste sobre hechos de su comportamiento como médico en casos similares.

En marzo de 2009 el Tribunal Seccional resolvió denegar las pruebas solicitadas por el doctor G.R.V. por considerarlas inconducentes para el propósito de desvirtuar los cargos formulados.

El tres de junio de 2009, La Sala Plena del Tribunal Seccional en su resolución No 005. -2009 profiere RESOLUCIÓN DE FONDO, por medio de la cual resuelve:

Aceptar los descargos con relación al Artículo 1° numerales 9 t 10 de la Ley 23/81 al concluir que su comportamiento no obedeció a una actitud inmoral dirigida a fines diferentes al servicio médico, sino a un procedimiento inadecuado y no convencional, con una método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, que se aparta de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de La Protección Social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza.

Y no aceptar los descargos presentados referentes al Artículo 1° numerales 1 y 3 ; 7y los artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

Y segundo imponer al doctor G.R.V. CC: … de …., sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de 6 meses.

EL RECURSO:

El 09 de julio la apoderada del doctor G.R.V. interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación contra la resolución 005 del 03 de junio de 2009. del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la cual lo sancionó con suspensión en el ejercicio profesional durante 6 meses.

Fundamente su recurso:

1-Considera muy drástica la sanción de 6 meses impuesta al doctor G.R.V. , habiendo ratificado en audiencia de descargos, que la intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional.

2-La conducta y el procedimiento utilizado por este profesional se salen de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, pero solo se utilizó con el fin de descartar otros cuadros de infecciones.

3- El procedimiento es inadecuado, pero que en ningún momento hubo mala fe, tanto es así que el mismo profesional ha confesado su inusual procedimiento y no ha negado sus actuaciones.

4-El doctor G.R.V. ya fue sancionado por el Tribunal de Ética Médica del Valle con suspensión de 45 días, por violación de los mismos artículos, por hechos muy similares ocurridos en marzo del 2004, sanción debidamente causada.

5-Dice que en contra de su defendido existe una confabulación, pues existen varias declaraciones en contera, sobre hechos narrados muy similares, practicados en el mismo sitio y en todas las declaraciones aparece la auxiliar de enfermería A.P.

6-El doctor G.R.V. acepta su culpa de la forma inadecuada del procedimiento y manejo inusual del tratamiento, pero alega que ya fue sancionado por este proceder.

7-Se debe aplicar el principio del Non bis in ídem, dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de impedir que una persona ya juzgada vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta o procedimiento y también prohíbe permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones o juicios sucesivos ante una misma jurisdicción.

8- Los hechos son diferentes o más bien quien denuncia los hechos son personas diferentes, pero se hace énfasis en un mismo diagnóstico, en una misma conducta

o procedimiento no convencionales o soportados científicamente, realizados a los pacientes, ni tampoco registrados correctamente en la historia clínica.

PETICIÓN: Se revoque la Resolución No 005 del 3 de junio de 2009 mediante la cual se sanciona al doctor G.R.V. con suspensión en el ejercicio de la medicina por el termino de 6 meses.

El 29 del mes de julio del 2009 el Tribunal de Primera Instancia resuelve no reponer la decisión de la resolución 005-2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

La señora D.R.R presenta una queja o petición en forma verbal y escrita ante funcionaria de la oficina de atención al usuario del hospital Buena Esperanza del Municipio de Yumbo con relación a la consulta y procedimientos realizados por el Dr. G.R.V. el día 21 de Julio de 2005.

La queja es remitida a la jefe de control interno disciplinario del mismo Hospital. Se cita a la paciente para ampliación y ratificación de la queja, pero la dirección que figura en la historia clínica ya no corresponde a la paciente.

De la oficina de control interno del hospital se remiten las diligencias adelantadas y la versión libre del médico al Tribunal de Ética Médica del valle del Cauca, registrando en forma accidental que la quejosa se llama D.R.R

El Tribunal solicita a la oficina de control interno disciplinario del Hospital la historia clínica, hojas de enfermería, etc de la paciente.

Por regla general, las denuncias deben ser interpuestas bajo la gravedad del juramento y por tal razón, en principio, las denuncias anónimas no son de recibo, pero pese a la situación anterior, cuando la denuncia anónima contempla informaciones serias, reales y verídicas, tal información puede ser fuente para iniciar una investigación preliminar que tiene como objetivo primario verificar la verosimilitud de las denuncias contenidas en ese tipo de escritos.

Es evidente que lo contenido en la denuncia de la señora R.R., a pesar de no haber podido ser ratificada bajo la gravedad del juramento, es una realidad, que su contenido se ajusta completamente a la verdad histórica de los hechos, tanto que los hechos, por lo menos en lo relacionado con su existencia son aceptados por el propio disciplinado.

En tales circunstancias, pese a la no ratificación de la denuncia la información fue idónea para iniciar la respectiva investigación y para llegar al conocimiento de los hechos que llevaron al Tribunal de primera instancia a imponerle una sanción al médico disciplinado.

Se trata entonces ésta de una actuación válida, que no es del caso anular por las razones expuestas con anterioridad.

En el recurso de apelación el inculpado doctor R. en ningún momento debate o desvirtúa las consideraciones y conclusiones a que llegó el Tribunal Seccional para imponerle la sanción de suspensión; por el contrario acepta que realizó los métodos y procedimientos motivo de la queja, que se apartó de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, y confiesa su inusual procedimiento y acepta su culpa, lo mismo que el diligenciamiento de la historia es deficiente por no contar con "su mejor caligrafía"

Dice el memorial que el doctor R. realizó estos procedimientos para descartar otros cuadros de infecciones, sin aclarar cuales, puesto que el motivo de consulta de la paciente y el diagnostico anotado por el mismo médico fue el de vaginosis sin presentar síntomas de otra patología.

En su recurso acepta haber sido sancionado con anterioridad (15 meses antes), por los mismos hechos, sin embargo continúa realizando estos procedimientos con el conocimiento que eran censurables y sancionables lo que indica que el médico G.R.V. es reincidente.

El nom bis in idem es una garantía constitucional que prohíbe la persecución reiterada, indefinida y consiste precisamente en que no se puede iniciar plurales investigaciones penales por un mismo hecho.

Al hacerse referencia a un mismo hecho, ha de entenderse la prohibición como la imposibilidad de los funcionarios del Estado de iniciar varias investigaciones por una misma conducta o por un mismo hecho; porque es obvio que el Estado en el ejercicio del ius puniendi puede iniciar tantas investigaciones contra una misma persona, como cuantos hechos o conductas diferentes haya realizado.

En el caso presente la recurrente tiene un errado concepto de esta prohibición constitucional porque no se está tramitando una nueva investigación por un hecho que en el pasado fue objeto de juzgamiento sino que se trata de un nuevo proceso originado en una nueva conducta realizada por el mismo médico

pero sobre una paciente diferente y en circunstancias de tiempo modo y lugar perfectamente diferentes.

Tan cierta es la aseveración anterior que el propio legislador admite en el caso de la inasistencia familiar que una vez adelantado un proceso por incumplimiento alimentarios del pasado si el irresponsable padre nuevamente incurre en la inasistencia se le puede hincar un nuevo proceso por el mismo delito porque se trata de nuevas conductas, similares a las anteriores pero diferentes, en cuanto constituyen nuevos deberes alimentarios.

Lo anterior aparece previsto en el artículo 235 del Código penal que establece:

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

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

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar la resolución No 005 del 03 de junio del 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio de la cual se le impone sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 (seis) meses al doctor G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No …. de …. Como infractor al artículo 1 numeral 1 y 3, artículos 11, 12 15 y 36 de la Ley 23 de 1981. ARTICULO SEGUNDO: Una vez en firme la presiente providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE…"

III- RESPECTO DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA POR EL MÉDICO CONDENADO

Es absolutamente claro que el individuo G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal cuando, a pesar de haber sido condenado con sanción severa de suspensión en el ejercicio de la medicina, continuó desempeñándose como médico sin tener el privilegio legal y social de hacerlo

La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como: "la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención,

tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar."

La medicina se ha clasificado como una 'profesión liberal'. La esencia de estas profesiones es que la persona entrega a quien las ejerce una confianza especial y unos elementos personales íntimos que hacen que la relación sea más de tipo humanístico que económico.

Cada país forma a sus profesionales de acuerdo a las necesidades sociales del momento, a las normas internacionales de excelencia académica y a los recursos disponibles. El título universitario implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica.

Las facultades de medicina legalmente reconocidas, que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). La medicina en nuestro país la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame) y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas .

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición, en forma reiterada, está ejerciendo como médico.

Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte

del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente.

Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas, y profesionalismo.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

El delito no es solamente ejercer un acto médico no aprobado, sino anunciarse para tal efecto, lo cual configuraría simultáneamente un delito de estafa .

El tratadista colombiano Sergio Yepes expresa en su obra Responsabilidad Civil Médica :

"[...] debemos denunciar a aquellas personas que sin ser médicos realizan actividades curativas temerariamente, poniendo en peligro la integridad de quienes se someten a sus acciones ocasionando menoscabos en éstos debido a la impericia y a la falta de conocimiento y competencia profesional."

La Ley 14 de 1962 aclara qué personas ejercen ilegalmente la medicina:

"[...] a) Las que por medio de las llamadas ciencias ocultas se dediquen a tratar enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden. b) El que con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones, o por cualquier otro medio semejante abuse de la credulidad ajena. c) Los médicos y cirujanos, o las personas legalmente autorizadas para ejercer dicha profesión que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos. d) Los que trabajen en ramos afines o auxiliares de la medicina, como farmacéuticos, enfermeros, parteros, fisioterapeutas, etc., que extralimitando el campo de sus actividades practiquen el ejercicio de aquella profesión."

Y aclara las sanciones respectivas: "El que ejerza ilegalmente la medicina y cirugía sin tener el correspondiente título de idoneidad[...] incurrirá en prisión de seis meses a dos años y responderá civilmente de los perjuicios causados."

Desafortunadamente, en la actualidad el ejercicio ilegal de la medicina comporta una multa si nos basamos en el Código de Policía.

Pero, si se analiza el asunto desde el punto de vista de suplantación de personalidad, fraude procesal, estafa y otros delitos asociados a este ejercicio, las sanciones se pueden hacer más efectivas y de una severidad proporcional al acto médico ilegal.

El sujeto G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal al estar suspendido de su práctica por condena ejecutoriada de los tribunales de ética médica.

La prueba reina en este caso obra a folio 008 del cuaderno principal del expediente en cuestión, en donde se aprecia que el 19 de julio de 2010 ejerció la profesión médica estando suspendido de la misma por sentencia ejecutoriada del Tribunal Nacional de Ética Médica y confirmada en la respuesta a la apelación impetrada por el condenado, el día 12 de abril de 2010.

Quiere esto decir que, el 19 de julio de 2010, el sujeto G.R.V. atendió a la paciente M.A.F.P., estando suspendido del ejercicio de la medicina a partir del 12 de abril de 2010. Esto conforma un claro ejercicio ilegal de la medicina.

Y estaba suspendido por la condena impuesta de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años, comenzando en el año 2009, de acuerdo con la providencia 61-09 de esta superioridad, la cual se encuentra transcrita en ésta providencia

Ya veremos mas adelante, cuando se hable de interrupción de la prescripción, los alcances de esta transgresión de la norma ético médica.

IV- RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

En providencia número 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA se expreso lo siguiente:

…

"…Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

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

…

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

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

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

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

" *Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.*"

…….

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

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración, o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito, debidamente ejecutoriada. El

vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, " rápidamente, " sin dilaciones injustificadas…..", pues no puede el disciplinado quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales.

V- LA PRESCRIPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL

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

Este Tribunal Nacional de Ética, en noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. Efraím Otero Ruíz , en la Providencia No.92-2013 expresó en relación a que la prescripción no operaba en tres años:

"…Dice el recurrente que son dos aspectos en los cuales esta Corporación se fundamenta para negar la declaratoria de caducidad y que tales hechos son:"

" No existe pronunciamiento de la Corte Constitucional que sostenga que el término de prescripción de la acción disciplinaria en el ámbito médico deba regirse por las disposiciones contenciosas administrativas y no por las normas penales disciplinarias especiales.

Es equivocado sostener que existe revocatoria tácita de la norma ética que dispone que en lo no previsto en esa codificación se remitirá a las previsiones del Código de Procedimiento penal, porque una norma de carácter general como el Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) no puede derogar una ley especial como el Código de Ética Médica."

Cabe destacar que el recurrente incurre en graves imprecisiones porque ésta Corporación sostuvo trascendentales argumentos que no son mencionados por el recurrente. Entre ellos debemos citar que el legislador en el artículo 82 de la Ley 23 quiso que la remisión legislativa para el lleno de sus vacíos fuera a una normatividad penal, de la misma naturaleza del derecho ético disciplinario. En tal sentido se consideró:

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

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidos en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

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

Y por analogía, nos atreveríamos a afirmar que dicha remisión se ha venido haciendo respecto de toda la normatividad penal en general, para efectos de poder resolver por lo menos de manera jurisprudencial algunos vacíos existentes en la ley no solo en lo relacionado con las normas de procedimiento, sino igualmente con las normas del derecho penal material, como ocurre por ejemplo con el vacío

existente respecto al período prescriptivo de la acción, que evidentemente por prohibición constitucional no podría concluirse en su imprescriptibilidad y que nos obliga a remitirnos a la legislación disciplinaria ordinaria, por ser la más cercana a las características de éste especial proceso.

También consideró esta Corporación que de manera equivocada el Código Contencioso habla del fenómeno de la caducidad, que en el entendimiento técnico del derecho penal es un fenómeno totalmente diferente al de la prescripción y que por tanto yerra el solicitante al pedir la declaratoria de " caducidad " de la acción disciplinaria. En tal sentido se argumentó:

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

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

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

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

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

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

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años. Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Cabanellas en su incomparable Diccionario nos enseña en relación con los vocablos que son objeto de análisis:

*"**PRESCRIPCIÓN**. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. || Usucapión o prescripción adquisitiva (v.). Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva (v.) || Cesación de la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta, o ya quebrantada la condena. || Precepto, orden mandato. || ant. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra."*

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

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

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

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

2. Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en su diferencia. Cortés Giménez, resumiendo puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Ennecerus y otros declara que: "La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en cambio la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el Juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la

exposición del demandante; la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión". (v. Cláusula de caducidad.) . (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

" Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.
La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes

La Corporación igualmente consideró que era imposible la remisión al Código Contencioso Administrativo, porque una ley general, como es ésta codificación, no podía prevalecer sobre las previsiones de una ley especial, como lo es la Ley 23. En tal sentido se dispuso:

" El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

" ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

"ARTÍCULO 30. ***TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.*** *La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto."*

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

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

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

" Podría argumentarse que con la propuesta anterior se afecta el principio de favorabilidad, puesto que es evidente que la propuesta del peticionario es manifiestamente a los intereses de los disciplinados, pero debe tenerse en cuenta igualmente el principio contenido en el artículo 1º de la Carta en cuanto a que dispone la prevalencia del interés general sobre el puramente particular. En tal sentido se dispone:

" ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran ***Y EN LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

...

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que respondiese a la

trascendental misión encomendada al instrumento procesal disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicios a los intereses generales de la Nación.

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

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

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

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

*"**DERECHO SANCIONADOR** Características*

El derecho sancionador se caracteriza por: i) ser eminentemente público, puesto que los bienes que pretende proteger tienen un interés de esa naturaleza; ii) la consecuencia de la trasgresión de sus preceptos es una pena o sanción, sin perjuicio de su función preventiva; iii) exigir la legalidad de los delitos y de las faltas, así como de las penas y de las sanciones - principio de legalidad y tipicidad de los delitos y de las faltas y de las penas y sanciones y; iv) la imposibilidad de que existan penas o sanciones imprescriptibles, característica que se desprende de lo previsto en el inciso final del articulo 28 de la C. P. En su parte sustancial el derecho administrativo sancionador describe, entre otros aspectos, los comportamientos que son objeto de reproche por parte del Estado y determina la sanción o pena a imponer y, en la parte procesal, regula el procedimiento que se debe adelantar para establecer la existencia del comportamiento reprochable, la responsabilidad de sus actores y la aplicación de las penas o sanciones.

PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO MÉDICO

Naturaleza administrativa. Finalidad

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

MÉDICOS Si son servidores públicos, están sujetos al régimen disciplinario propio y al Código Disciplinario Único.

En los términos de lo dispuesto por los artículos 26 y 124 de la Carta, la libertad de escoger profesión u oficio está sometida a la inspección y vigilancia de las autoridades y es facultad del legislador determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, contexto en el cual es necesario precisar que los profesionales de la medicina no sólo están sometidos a las normas del proceso ético disciplinario de la ley 23 de 1981, sino también, cuando tengan la calidad de servidores públicos, al Código Disciplinario Único - ley 734 de 2002 que determina el régimen de derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses de

aquéllos, de manera obvia por faltas diferentes a las que preservan el buen ejercicio de la profesión médica. Esta doble sujeción de los profesionales de la medicina como sujetos disciplinables, determina que la ley 23 de 1981 se les aplique por conductas previstas como faltas atentatorias de la ética médica, sean o no servidores públicos, toda vez que el legislador estableció un estatuto propio para esta clase de profesionales y, si ellos tienen la calidad de servidores públicos, es posible deducirles responsabilidad por violación del régimen disciplinario contemplado en la ley 734 de 2002.

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

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

ACCIÓN PENAL Prescripción / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Concepto / PENA Prescripción / PRESCRIPCIÓN DE LA PENA Carácter sustantivo

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

y a los derechos del sujeto pasivo de la acción y por lo mismo no es usual que los códigos procedimentales penales se ocupen del tema.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Aplicable a normas sustanciales y procesales

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

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

Podría argumentarse que la cita jurisprudencial no es válida porque los artículos 47 y 52 de la Ley 1437, por razones cronológicas no existían cuando se produce el pronunciamiento del Consejo de Estado, pero debe recordarse nuevamente que desde el Código Contencioso de 1984, se preveía una prescripción de tres años. En tal sentido ésta Corporación sostuvo:" Finalmente se debe recordar que como bien lo reconoce el solicitante, la norma de la Ley 1437 de 2011, artículo 52, cuya aplicación se pretende en el proceso disciplinario médico, no es nueva, porque en lo esencial ya existía en el artículo 38 del Decreto 1º de 1984, Código Contencioso que fue reemplazado por el cuya aplicación se pretende:

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

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

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

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

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

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

En ningún momento ésta Corporación afirmó que la Ley 23 contuviese norma sobre la prescripción, y cuando se hizo referencia a la derogatoria tácita, es respecto del artículo 82 de la mencionada Ley, porque consideramos que siendo una ley especial, éste artículo que remite a normatividades penales, no podía

entenderse derogado tácitamente por el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 (norma de carácter general) cuando dispone que las previsiones de esa norma son aplicables a los procesos disciplinarios distintos del Disciplinario único.

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

VI - LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

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

1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las victimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria;

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

3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.

4- La excesiva carga de procesos en manos de un número insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas;

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

6. La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

En anterior decisión, ésta Corporación, con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora (21 de julio de 2015), en relación con la interrupción de la prescripción sostuvo:

I- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Por muchísimas razones, múltiples procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e inefectividad en la resolución de casos de variada índole. En nuestro sistema profesional médico se presentan varias causas de prescripción, entre las cuales mencionamos solamente algunas:

1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las victimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria

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

3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso

4- La excesiva carga de procesos en manos de un numero insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.

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

6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

Es una realidad que en la Ley 23, regulatoria del proceso ético disciplinario no existe ninguna previsión normativa relacionada con la prescripción y menos aún, sobre su posible interrupción.

Esta laguna legislativa nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la posibilidad de la integración legislativa con normas de otros ordenamientos, para que podamos responder a éste interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas. En el ámbito jurisdiccional, ejerce el ius puniendi, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana,[52] ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un

valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital,[53] la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,[54] la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles,[55] la prohibición del destierro, la cadena perpetua, y la confiscación[56]; de prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida[57]; de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones,[58] de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad de locomoción.[59] Igualmente es perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo,[60] la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso,[61] la

---

*52 - 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, F**UNDADA 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).*

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

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

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

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

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

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

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

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

57 - 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).*

práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites de la legalidad[62] y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano.[63]

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del

---

58 - 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.
La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. SÓLO PUEDEN SER INTERCEPTADAS O REGISTRADAS MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY.
Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).
59 - ARTICULO 28. Toda persona es libre. ***NADIE PUEDE SER MOLESTADO EN SU PERSONA O FAMILIA, NI REDUCIDO A PRISIÓN O ARRESTO, NI DETENIDO, NI SU DOMICILIO REGISTRADO, SINO EN VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, CON LAS FORMALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LA LEY.***
La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.
En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Lo destacado no lo es en el texto).
60 - ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.
En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.
61 - 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.
62 - Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.
63 - 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.

Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento,[64] que al decir de Escriche, es evitarle al ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo Nro. 2 de 2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contentivo del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional.[65]

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua,[66] y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos.[67]

---

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

……

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

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

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

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

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

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

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

66 - Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. Artículo 77. Penas aplicables

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

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

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

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

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

"PRESCRIPCIÓN. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA. Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.[68] (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

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

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

67 - Ley 742 de 2002. Artículo 29. Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

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

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

…….

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

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

"PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.[69] (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación.[70]

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

"ARTÍCULO 86. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN."

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

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

Hoy con la norma disciplinaria vigente,[71] y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha dispuesto que la

---

70 - ART. 86.—Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.
Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).
71 - ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado pr el articulo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anti corrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:
La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.
La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.
PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

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

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

Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios. Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y\o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración,[72] al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la ley penal favorable,[73] y al principio de integración, para llenar los vacíos que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido.[74]

---

72 - Ley 599 de 2000. ART. 2°—INTEGRACIÓN. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.
Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.
73 - Ley 599 de 2000. ART. 6°—LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.
La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o

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

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

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

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

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

---

desfavorable. Ello también rige para los condenados.
La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.
Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.
La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.
74 - ARTÍCULO 25. INTEGRACIÓN. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

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

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudirse a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes,[75] y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.

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

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

Dentro de esa naturaleza compleja del derecho disciplinario ha de concluirse entonces que el trámite de los procesos disciplinarios debe adelantarse con el

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

apego de los principios y garantías propias del derecho penal material y que la decisión final del proceso disciplinario si es susceptible de ser cuestionada ante la justicia contencioso administrativa.

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

"Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena."[76]

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

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

"A nuestro juicio, lo que acontece es que la infracción suele estar formulada inconcretamente, vagamente. En este sentido y por lo mismo que los tipos penales son agotadores, no le falta razón a Max Ernesto Mayer al establecer como características del Derecho Penal disciplinario la ausencia del tipo."[77]

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

76 - Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967
77 - Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Ob cit. Tomo I pág 44.

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

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado,[79] y la de éstos y los particulares en el artículo 6º del mismo Estatuto,[80] confiriéndose a la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6º del artículo 277 de la C. N.[81]

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

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad.[82]

---

78 - Art. 123.- Son servidores publico los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.
La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.
79 - Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.
80 - ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extra limitación en el ejercicio de sus funciones.
81 - Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:
6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones publicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
82 - Art. 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio . La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan

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

" La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo.[83]

Es claro que al ser un derecho sancionador y al poderse afectar derechos trascendentes del ciudadano, como sería por ejemplo excluirlo del ejercicio profesional por un tiempo más o menos largo, que en la actualidad puede llegar a ser hasta de cinco años, es apenas lógico que dicho poder punitivo se encuentre perfectamente regulado para evitar que se pudieran cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos sometidos a tales controles. Es por ello que en éste ámbito predomina de manera relevante el principio de legalidad, tanto en el área de la definición de las conductas constitutivas de falta disciplinaria, como en el área procesal, en cuanto a los procedimientos que deben seguirse para finalmente poder imponer una sanción disciplinaria. La Constitución de 1.991 dispuso un muy especial cuidado a los problemas relacionados con la salud, la seguridad social y el desarrollo integral y armonioso de los ciudadanos al establecer una serie de normas que tienen como finalidad fundamental garantizar el pleno y libre desarrollo de la personalidad, dentro del más estricto respecto a la dignidad de ser hombre.

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

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

En el 44 se determinó que:

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

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y en el 47 la protección de los minusválidos, mientras que en el 48 se determina

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

la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado; para finalmente establecer en el art 49 que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es la razón por la cual, pese a la libertad de escogencia profesional el Estado se abroga el derecho de reglamentar y controlar todas las profesiones admitidas

normativamente, porque de no ser así los derechos consagrados y garantizados estarían siempre en inminencia de ser vulnerados por un ejercicio profesional en contravía de los lineamientos técnico-científicos y legales.

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

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

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

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

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

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

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. El debido proceso es universal y se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

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

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

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

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidas en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

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

Y nos atreveríamos a afirmar que dicha remisión se ha venido haciendo respecto de toda la normatividad penal en general, para efectos de poder resolver por lo menos de manera jurisprudencial algunos vacíos existentes en la ley no solo en lo relacionado con las normas de procedimiento, sino

igualmente con las normas del derecho penal material, como ocurre por ejemplo con el vacío existente respecto al período prescriptivo de la acción, que evidentemente por prohibición constitucional no podría concluirse en su imprescriptibilidad y que nos obliga a remitirnos a la legislación disciplinaria ordinaria, por ser la más cercana a las características de éste especial proceso.

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

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

" Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.
La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes

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

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

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

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

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

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio,[84] quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen[85] en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -verbigratia-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

84 - La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.
85 - Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960

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

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

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

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

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

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

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

El artículo 230 de la Carta establece:

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

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

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

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

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". (Subrayas de la Corte).

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

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados,

además de la ley "exactamente aplicable al caso controvertido", enunciaba la analogía ("aquéllas que regulen casos o materias semejantes"), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

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

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

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

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen[86] al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque

86 - Op. cit.

no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

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

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

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

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

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

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexequible el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener "como criterio auxiliar obligatorio" "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional", mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga

la insistencia es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

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

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

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

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

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

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

c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina

como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernan Valencia Restrepo[87] en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista pre clásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

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

Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. "...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos." (Subrayas de la Corte).

Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés[88] al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "....los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió,[89] al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "....No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos,[90] si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento.

88 - Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.
89 - Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.
90 - El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

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

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

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

El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

"ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla."

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas

juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

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

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

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley,[91] porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los

---

91 - 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.

particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un periodo prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6º de la ley 890 de 2004.

Con lo anterior en mente hay que tener en cuenta las siguientes fechas

1- Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina al sujeto G.R.V. el 1º de septiembre de 2009, en sede de primera instancia por la infracción ética de agresión sexual en una paciente;

2- Ejercicio de acto médico encontrándose suspendido de la profesión médica el 19 de julio de 2010;

3- El auto de apertura de investigación por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle tuvo efecto el 19 de febrero de 2014, es decir, a menos de cuatro años de haber ocurrido los hechos (folio 70 de cuaderno principal);

4- Con este auto se interrumpe la prescripción de la acción ético disciplinaria por espacio de otros cinco años. Esto quiere decir que dicha prescripción tendrá efecto el 19 de febrero de 2019.

VII- SOBRE LA PELIGROSIDAD SOCIAL DE CIERTOS SUJETOS

Alega el defensor del disciplinado, sobre la no peligrosidad del Dr. G.R.V. , y a pesar de que el vocablo en su contenido o significación es sumamente claro, debe hacerse una aclaración importante en la evolución histórica del Derecho Penal Colombiano y del derecho penal universal, porque el vocablo en su significación jurídica fue una de las armas argumentativas de los fundadores del positivismo penal, Ferri, Lombroso y Garófalo, porque como consecuencia de su tesis central sobre la inexistencia del libre albedrio en la conducta humana al tomar decisiones afectantes de la ley penal, y coadyuvando la anterior con las teorías antropológicas de Lombroso, las sociológicas de Ferri y las criminológicas de Garófalo, pregonaron la famosa teoría de la peligrosidad, según la cual por estigmas antropológicos, por circunstancias

patológicas, por ambientes sociales, como la falta de educación, la pobreza, y por circunstancias criminológicas, estos por las causas individuales y sociales que llevan a la conducta delictiva, - siguiendo los temas tratados por Lombroso en su obra: " El delito, sus causas y remedios " -, las principales causas que determinan, de manera irremediable al ser humano a la realización de la conducta delictiva serían las siguientes: el clima, terrenos insalubres, la raza, la prensa, las aglomeraciones, la densidad poblacional, las inmigraciones, la alimentación precaria, el alcoholismo, la instrucción, problemas económicos, la religión, el desamparo en la niñez, la herencia, la edad, la precocidad, el sexo, la prostitución, la ociosidad, las prisiones.[92]

Frente a la teoría del libre albedrío, propuesta por Carmignani, Carrara y sus seguidores, el positivismo contrapuso su tesis del determinismo y como consecuencia de éste último la prognosis de la conducta futura del hombre delincuente y la adjetivación del comportamiento probable de grandes grupos humanos, como consecuencia de sus **predeterminación** a la realización de conductas delictivas, que lleva a éstos profesores a calificarlos como exponentes de la **peligrosidad** o de la **temibilidad social.**

Sobre el concepto de peligrosidad el Diccionario de Cabanellas nos lo enseña así:

"**Peligrosidad o Peligrosidad Social.** Para Florian, la aptitud, inclinación o tendencia del delincuente a delinquir de nuevo. Para Grispini, la capacidad de una persona para llegar a ser con posibilidad autora de un delito. Para Jiménez de Asúa, la peligrosidad integra una posibilidad relevante, una probabilidad de un elemento temido."

1. Instauración doctrinal. El concepto de peligrosidad es producto de la Escuela positiva italiana, que, al servicio de su lema de la defensa social (v.) entendía que no sólo interesa el castigo de los delitos consumados, intentados o frustrados, sino que conviene anticiparse a la realidad del mal adoptando medidas de seguridad contra sujetos de los cuales quepa esperar fundadamente, por condiciones personales, de relación o de ambiente, la comisión de actos contrarios a los intereses sociales e individuales.

2. Reparos. Reaccionando contra los excesos de ese certero principio (que encuadra dentro de la extendida fórmula: "mejor es prevenir que remediar"),

92 - El delito, sus causas y remedios, César Lombroso, Trad. C. Bernaldo de Quirós, E. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1902.

los defensores de las libertades individuales aducen que no existe síntoma ni prueba alguna concluyentes acerca de la producción inevitable de un delito; ya que el desistimiento es posible en todo instante, aun probado el pensamiento criminal y los primeros actos preparatorios.

3. Síntomas. Los positivistas indican como signos más evidentes de peligrosidad social o criminal: la multirreincidencia (por supuesto indiscutible), la habitualidad, la habitualidad, las enfermedades mentales (sobre todos las manías agresivas), el alcoholismo, la toxicomanía, la vagancia, la mendicidad, el proxenetismo, la prostitución, el ser jugador profesional.

4. Peligrosidad y delincuencia. La relación entre una y otra y otra ofrece dos aspectos, según señala Julián Calvo: por una parte, el delito anterior puede, o no, considerarse, según los casos, como un índice de peligrosidad, y ésta puede no ser revelada por delito alguno anterior (de aquí la clasificación de la peligrosidad en predelictiva y postdelictiva, de gran trascendencia en las leyes); por otra parte, la conducta peligrosa puede denunciar una tendencia delictuosa o simplemente antisocial. La teoría de la peligrosidad se dirige a un fin de prevención y halla su fundamento en el derecho de la sociedad a defenderse a sí misma y asegura su propia conservación (derecho de defensa), y en el deber de proteger y enmendar a sus miembros minusvalentes (derecho de protección).[93]

Estas teorías propuestas por Ferri en el conocido proyecto de código penal italiano de 1921, que finalmente sería rechazado por el Parlamento Italiano, que se inclinó por el proyecto presentado por Hugo Rocco, de corte e inclinación eminentemente clásico.

Pese a la derrota de sus teorías en la madre patria italiana, ese proyecto y las teorías positivistas se expandieron por el mundo, donde en numerosos países se aprobaron Códigos positivistas, teniendo como modelo el Proyecto Ferri, entre ellos Colombia que lo adoptó como código en 1936 y que habría de regir, hasta 1980, cuando fue derogado por el código de ese año; o se aprobaron numerosos estatutos, ideados por las doctrinas positivistas, entre ellos Colombia, con la Ley 135 de 1937, conocida como " Ley de vagos, maleantes y rateros ". En otros países se aprobaron estatutos similares, con la única diferencia que el último adjetivo fue sustituido por el de " gamberros ".

93 - Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, Tomo VI, pág 181, Buenos Aires,1.996

Las más conocidas dictaduras de la época se nutrieron en las tesis positivistas, como fue el código penal soviético de 1935, algunas de las famosas leyes Hitlerianas, promulgadas en Nuremberg y algunos estatutos penales para perseguir a los menesterosos y a la pequeña delincuencia de la España Franquista.

Ferri explica lo que se debe entender por la peligrosidad o temibilidad en su obra: " Principios de Derecho Criminal. Delincuente y el delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia sostuvo:

"Ahora bien, la noción del peligro no fue extraña a las doctrinas que consideraron la sola entidad objetiva del delito, y ya Carrera distinguió el daño, del peligro, según que el primero o solamente el segundo sea resultado del delito. Y por los juristas alemanes y después por los neoclásicos italianos esta distinción realista fue llevada <<nebulosamente entre las nubes>>(como decía Romagnosi), discutiéndose si el peligro significa la <<posibilidad >> o la <<probabilidad de un evento antijurídico; si para valuar el peligro el Juez debe tener en cuenta el caso concreto o más bien referirse al momento de la acción (la <<prognosis postuma>> de Liszt); si el peligro es una <<entidad objetiva>> o más bien una <<inducción subjetiva>>, etc. Incluso se ha distinguido después el peligro en efectivo y presunto (pericolo corso>> y <<pericolo appreso>> de Carrara), en concreto y abstracto, remoto y próximo, individual y colectivo, real y eventual o potencial… llegándose en pleno exceso artificioso a hablar incluso de <<un peligro del peligro>>… cuando es evidente que a la justicia punitiva (aunque no a la policía de seguridad) sólo interesa el peligro efectivo y real (2).

(…)

La Escuela Positiva, en cambio, ha hablado siempre de temibilidad o peligrosidad del delincuente, atribuyéndola una función jurídica (no sólo en la aplicación individual de la pena, si no ante todo en la norma de la ley penal) bien diversa de aquella otra que radica en la constancia de un peligro frente al daño no producido. Una cosa es considerar el hecho peligroso, y otra muy distinta considerar al hombre peligroso (2).

En efecto, la peligrosidad del delincuente es independiente con frecuencia del peligro objetivo. Y puede subsistir incluso aunque falte éste, como en el caso de la tentativa imposible por razón de los medios adoptados o a causa del fin propuesto por el delincuente, como veremos al tratar de la tentativa. Recuérdese el caso Laurent, juzgado por la Corte de Agen, que atrajo la atención de Francisco Carrara: un padre perverso, impulsado por motivos de interés

resuelve matar a su hijo, y mientras éste se encuentra trabajando en el campo prepara y carga un fusil para darle muerte cuando vuelva del trabajo. Pero el hijo regresa de modo imprevisto a la casa y descarga el arma, colocándola en el mismo sitio en que estaba antes, dispara el padre contra él a dos pasos de distancia. Ahora bien, como quiera que el joven salió ileso, y dado que con un fusil sin cargar no es posible dar muerte a un hombre, la teoría objetiva sobre el delito intentado concluye sosteniendo que la conducta de Laurent no es delictiva, aunque sí inmoral. Y lo mismo en el caso del que penetra en la habitación donde duerme la persona que ha elegido como víctima y dispara contra ella, siendo así que había muerto ya hace algunas horas a causa de un aneurisma o por otro motivo. No es posible matar a un hombre muerto, dice el jurista, que sólo tiene en cuenta la objetividad jurídica de la infracción.

Pero se trata, tanto en el caso Laurent como en el otro, de un delincuente de peligrosidad indudable, responde el criminalista que valúa el acto en el autor.

En el primero y segundo de estos ejemplos no sólo no existe daño alguno, sino que tampoco se da objetivamente el peligro. Pero tanto en uno como en otro existe la peligrosidad del delincuente.

De ello resulta moral y jurídicamente indudable la necesidad de una sanción represiva contra el sujeto: esto fue lo que hizo el Tribunal de Agen condenando a Laurent a pesar de las abstracciones contrarias de la <<lógica jurídica>>. Y si la tentativa de delito es pueril hasta el extremo de no demostrar ni siquiera la peligrosidad del sujeto (que intenta, verbigracia, envenenar a otro por medio de azúcar, o causar la muerte por medio de exorcismo mágicos a distancia, etcétera), podrá eliminarse la sanción represiva, quedando, sin embargo, la oportunidad de las <<medidas de policía>> (vigilancia, advertencia, amonestación, arresto momentáneo, internamiento en una casa de salud, etc.) muy distintas de las << medidas de seguridad>> (1).

La peligrosidad del delincuente constituye, por tanto, en criterio (subjetivo) fundamental que va sustituyendo al criterio clásico (objetivo) de la entidad del delito. Por ello, nuestro Proyecto de Código penal que, según Jiménez de Asúa, es el único que ha dado una sistematización legislativa integra al criterio de la peligrosidad criminal, procuró << que el centro de las leyes penales pasara del delito al delincuente>> (2).[94]

94 - Principios de Derecho Criminal, Enrique Ferri, págs. 267 y ss, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Reus, Madrid, 1.933. Sin fecha de edición.

El penalista argentino, Eusebio Gómez, en su obra: " Enrique Ferri, aspectos de su personalidad. Síntesis y comentario de su obra ", nos orienta respecto a las teorías positivistas y formula críticas a las mismas:

" En materia de peligrosidad, Ferri, después de haber admitido el concepto de que todo autor de delito es siempre responsable, hace una distinción que el autor de este libro se ha permitido criticar en otra obra. Para Ferri hay una peligrosidad criminal y una peligrosidad social. Esta comporta el peligro de que se cometa un delito; la otra el de que se recaiga en el delito. Según Ferri, la peligrosidad social no puede motivar sino medidas de defensa preventiva, que tienen carácter policial, insusceptibles de ser confundidas con las que se adoptan post – delictum para la defensa represiva.

La crítica precedentemente recordada dice así: "Claro está que puede existir peligrosidad sin delito, pero comportando el peligro de delito. En este sentido no se ve cómo puede sostenerse la diferencia entre "peligrosidad social" y "peligrosidad criminal", por el hecho de que ésta represente peligro de reincidencia y la otra peligro de delito. Peligro reincidencia es peligro de delito, porque sin delito no hay reincidencia".

"Las medidas que exigen la peligrosidad sin delito no pueden tener un carácter que, en lo esencial, difiera de las que corresponde asignar a la peligrosidad revelada por el delito. A la defensa social contra éste responden, o deben responder, unas y otras medidas. Este concepto – que Ferri tacharía de ecléctico – es de las más irreductible adhesión a los postulados básicos de la escuela positiva."[95]

Por su parte Rafael Garófalo en su obra: " La Criminología", refiriéndose de manera concreta a la represión de la criminalidad, define lo que él entiende por Delito natural, al sostener:

"El crimen o "delito natural" es, según el concepto que he procurado dar del mismo, la ofensa inferida al sentido moral de la humanidad cuando ésta no es ya esclava del instinto bestial o de las pasiones fogosas e indomables de la vida de rapiña, es decir, cuando ha llegado ya a los primeros grados de la civilización."

95 - Enrique Ferri, Aspectos de su personalidad, Síntesis y comentario de su obra., Eusebio Gómez, Ediar Editores, pág 299, Buenos Aires. 1947.

Y un poco más adelante en referencia a la peligrosidad, sin mencionarla nos dice:

"Hay sujetos incompatibles con todo medio civilizado; y como sus instintos salvajes no les consientes someterse a las reglas de la actividad pacifica, lo que les sería conveniente es la vida de las horadas errantes o de las tribus primitivas. Para garantir a la sociedad contra éstos, no habría más que dos medios: o encerrarlos por toda su vida o expulsarlos para siempre. El primer medio sería en muchos casos bastante más cruel que la misma muerte, el segundo es bastante más preferible cuando una nación posee colonias, tierras todavía despobladas, donde la actividad malhechora no proporcionaría utilidad alguna y donde la conservación de la existencia sería continuamente el aguijón del trabajo, que es su condición absoluta. Por consiguiente, por medio de la deportación es como hay que eliminar a los ladrones de profesión, a los vagabundos, y en general a todos los mal hechos habituales: su adaptación a la vida social solo será posible en condiciones de existencia completamente nuevas.[96]

Esa peligrosidad que llevó a los positivistas a proponer medidas preventivas (sancionatorias) y represivas, justificando las primeras en el concepto de la peligrosidad o la temibilidad, es un debate y un concepto superados por la historia, porque es una realidad que al castigarse preventivamente se desconoce el principio de legalidad y se termina sancionando al hombre por lo que es, -teoría del derecho penal de autor -, y no por lo que ha hecho (derecho penal de acto o de conducta).

Criterios y teorías que no tendrían cabida dentro del moderno concepto del Estado Social, y Democrático de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el debido proceso, en el principio de legalidad, que han llevado a que las viejas teorías positivistas hayan sido revaluadas por las teorías del derecho penal de acto.

Hoy la peligrosidad ha sido sustituida, por las causas de agravación punitiva,[97] y debe reconocerse que éstas causales de agravación de la pena, coinciden con las características del hombre peligroso, estudiado por los positivistas italianos.

---

96 - La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, Rafael Garófalo, Trad. Pedro Dorado Montero, pág 332, E. La España Moderna

97 - ARTICULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

Y hablando de éste tema en concreto, ha de reconocerse, que un médico que realizando un acto médico, aprovechando su situación de preeminencia sobre la paciente y de la minusvalía relativa de la paciente, realiza actos sexuales abusivos, se constituye en una conducta que como se demuestra en esta providencia ha sido reiterativa, que no solo se convierte en un pesado baldón o deshonra para la profesión, sino en un verdadero peligro para los miembros del sexo femenino que acudan en busca de sus servicios, donde se las va a irrespetar, a ofender en su honra y a desconocer su libertad de autodeterminación sexual.

VIII- EL ARGUMENTO DE CUMPLIR ÓRDENES A SABIENDAS DE HABER SIDO SUSPENDIDO DEL EJERCICIO MÉDICO

Llama la atención esta afirmación del investigado por su fundamento absurdo, su falsa inocencia y su argumento que constituye un verdadero insulto a la inteligencia del juez.

---

2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.
4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.
7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.
8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
10. Obrar en coparticipación criminal.
11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.
13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.
14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.
15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.
16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.
17. <Numeral adicionado por el artículo 2 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.
17. <sic> <Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1356 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la conducta punible fuere cometida total o parcialmente en el interior de un escenario deportivo, o en sus alrededores, o con ocasión de un evento deportivo, antes, durante o con posterioridad a su celebración.

Cómo así que cumplir órdenes de atender pacientes, a sabiendas de encontrarse suspendido del ejercicio profesional por agresor sexual de varias pacientes ?.

Cómo es posible que este sujeto disciplinado quiera "vender" la idea de persona obediente y temerosa ante la orden de ejercer ilegalmente la medicina, conociendo las múltiples sentencias a que se había hecho acreedor por sus actos antiéticos y socialmente ofensivos ?

Porque tratar de descargar la culpa del ejercicio ilegal de la medicina exclusivamente en sus superiores, a sabiendas de sus condenas, resulta imposible de aceptar como argumento lógico de orden jurídico.

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

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. No conceder la solicitud de declaración de la prescripción de la acción disciplinaria en el presente proceso por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las cuales se refieren a haberse presentado el inicio de la acción dentro de los cinco años de haber ocurrido los hechos.

ARTÍCULO SEGUNDO. Declarar la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISCIPLINARIA en el presente proceso por hechos ocurridos el 19 de julio de 2010 con auto de apertura de investigación por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle el 19 de febrero de 2014, es decir, a menos de cinco años de haber ocurrido los hechos motivo de este proceso, con lo cual se interrumpe la prescripción de la acción ético disciplinaria por espacio de otros cinco años. Esto quiere decir que dicha prescripción tendrá efecto el 19 de febrero de 2019.

ARTÍCULO TERCERO. No reponer la decisión de SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CINCO AÑOS al ciudadano con titulo de médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No. ... de … y tarjeta profesional No. … por violación a los artículos 1 (numerales 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, por los argumentos expresados en la parte motiva de esta providencia. Lo anterior agravado por los antecedentes de tres condenas previas graves por decisiones incluidas en esta sentencia.

ARTÍCULO CUARTO. Conceder el recurso de apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. ARTÍCULO QUINTO. Enviar el proceso a dicho Ministerio para lo de su competencia. CÚMPLASE

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado-Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, veintiséis (26) de enero del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1303 DEL VEINTISÉIS (26) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL DIECISEIS (2016)

REF: PROCESO 1105 DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL META

DENUNCIANTE: Sr. J.U.H.G.
DENUNCIADO: Dr. J.C.G.G.

Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 04-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, mediante providencia de 10 de febrero de 2015, declaró que existían méritos para abrir cargos al doctor J.C.G.G., por presunta violación a los artículos 10, 15 y 46 (literal c) de la Ley 23 de 1981.

El 30 de junio de 2015, el encartado rindió su diligencia de descargos.

Posteriormente, mediante auto de 4 de agosto de 2015, el juez acquo decreta la práctica de unas pruebas y niega otras, motivo por el cual la defensa del implicado interpone recursos de Reposición y Apelacion en contra de dicho auto.

El 13 de octubre de 2015, el tribunal seccional repone parcialmente el auto de agosto 14 de 2015, decretando un testimonio y concediendo el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno procesal se recibe en esta superioridad el 26 de noviembre de 2015 y, puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El 7 de noviembre de 2013 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, una queja firmada por el señor J.U.G, Presidente de la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Bajo Orinoco, quejándose de graves deficiencias en la atención del paciente J.L.R. (qepd), identificado con cédula de ciudadanía número …., expedida en …, ciudadano colombiano miembro de la etnia indígena Amorrua en el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE PUERTO CARREÑO, atendido por el médico J.C.G.G..

El paciente consultó por dolor abdominal severo, distensión abdominal, vomito, sed, ausencia de deposiciones y sudoración profusa. Al examen se encontraba con signos de choque.

Se practicó radiografía de abdomen simple que mostraba severa distensión de asas intestinales sugestivas de volvulus.

Se comenzó hidratación y se llamó al cirujano general de turno, acudiendo el doctor J.C.G.G., quien exhibía el pasaporte A03111008, el cual ordenó colocación de sonda nasogástrica y observación por las siguientes seis horas. El estado general del paciente se deteriora progresivamente y hacia las 16:20 presenta paro cardiorrespiratorio, el cual es atendido de emergencia, siendo el enfermo intubado y logrando salir del paro.

El médico J.C.G.G. interviene al enfermo, encontrando un volvulus del colon sigmoide, practicando hemicolectomia izquierda y colostomía tipo Hartmann. Se trasladó a la UCI, en donde su estado general continuó empeorando, hasta entrar en paro cardiorrespiratoio irreversible y falleciendo a las 21:00.

Debe mencionarse que este personaje que funge como cirujano general es oriundo de la República de El Salvador; es médico egresado de una escuela de medicina de Cuba; y es residente de la ciudad de Puerto Ayacucho, del Estado Amazonas de Venezuela.

Se anota que este médico no tenia Registro Médico de Colombia, ni cédula de extranjería, ni homologación del titulo debidamente certificado por autoridad nacional colombiana.

La queja fue aceptada el 28 de noviembre de 2013 por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, iniciándose el proceso de investigación preliminar ético disciplinaria, bajo la dirección de la Señora Magistrada Doctora DORA LILIA BAQUERO MALDONADO.

De acuerdo con una hoja de vida contenida en los folios 51 a 108 del cuaderno principal, G.G., dice haber obtenido los siguientes títulos:

• Médico General de la Escuela Latinoamericana de Medicina de Cuba.

•Especialista en Medicina General Integral de la misma Escuela.

• Especialista en Cirugía General de la misma institución.

• Diplomado de angiología en la atención primaria en salud.

Dentro del proceso disciplinario en curso, una vez se abrió el pliego de cargos en contra de J.C.G.G., el tribunal negó la práctica de tres pruebas contenidas en el folio 437 del cuaderno principal, en referencia a dos testimonios y un oficio a la Gobernación del Vichada, relativo a una información relacionada con el quejoso, señor J.U.H.G.

El defensor del mismo, abogado MIGUEL ÁNGEL CHÁVEZ GARCÍA, identificado con cédula de ciudadanía número 19.413.503 de Bogotá y Tarjeta Profesional de abogado numero 73.822 del HCSJud, elevó recurso de reposición y en subsidio apelación ante la decisión nugatoria del tribunal de primera instancia.

el juez acquo repuso parcialmente el auto de 4 de agosto de 2015, ordenando el testimonio del señor EYVAR AMURY GUZMÁN MONTAÑA y de la doctora LUZ ESTELLA VALDERRAMA, manteniendo su posición de no decretar la prueba testimonial del señor J.U.H.G. y dos oficios dirigidos a la Gobernación del Vichada.

Concedió entonces la apelación ante esta superioridad, la cual se repartió por sorteo como se ha descrito previamente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1- LA OBSERVACIÓN ESTRICTA DEL DEBIDO PROCESO

Es de capital importancia observar el debido proceso en el presente caso, no solamente por tratarse de una obligación procesal ineludible, sino por tratarse de un paciente especialmente protegido por nuestro Derecho Nacional y un médico de nacionalidad extranjera que ejerce en nuestro país con un titulo convalidado ante las autoridades.

En este tipo de situaciones, es recomendable conceder la práctica de pruebas solicitadas, cuando exista la más mínima posibilidad de poder llegar a ser determinantes en la decisión a tomar, con el objeto de evitar cualquier transgresión del derecho a la defensa.

Por estas razones y, con miras a no ser acusados de prejuzgar a ninguno de los implicados, no se analizan los hechos con detenimiento y tampoco se emite ningún tipo de opinión que pudiera implicar el mencionado prejuzgamiento. Por estas razones, esta Sala Plena se sirve ordenar de manera muy respetuosa y considerada con el tribunal de primera instancia, sean decretadas las pruebas solicitadas por la defensa del médico investigado.

Se advierte, eso sí, que no se tolerarán por parte de dicha defensa ni de ninguno de los sujetos procesales involucrados, maniobras dilatorias del proceso, pues de inmediato serán puestas en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura o de quien desempeñe sus funciones en el momento en que estas llegaren a tener efecto.

Más aun, si llega a despertarse la mas mínima sospecha de dichas dilaciones injustificadas, exhortamos al Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta a proceder de manera similar ante las autoridades de control del ejercicio del Derecho en nuestro país.

2- DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"…Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud.

...

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio

que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser 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." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad".

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

3- BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

Expresa la Sentencia C 426 de 1997, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía:

"…La buena fe y las obligaciones impuestas por los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.

La buena fe bien puede incluírse entre los "elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos", a los cuales se refería Josserand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

"La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe." (Sentencia C-544 del 1º de diciembre de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional No. 12 pág. 41).

La Constitución vigente, en su artículo 83 consagró el principio de la buena fe, así:

"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Al decir de la Corte (en la sentencia citada), "esta norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas".

Como es explicable dada su importancia, existen innumerables definiciones de la buena fe: en los títulos traslaticios del dominio, en la posesión, en la

percepción de los frutos, en los contratos, etc. En el artículo 768 del Código Civil, por ejemplo, se dice que "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Planiol y Ripert la definen así, en relación con los contratos: "Entre nosotros, todos los contratos son de buena fe y ésta es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo.

Esta exigencia plantea, por ende, al juez un problema delicado, siempre que haya de fijar a qué se ha obligado determinado contratante; pero existe no sólo desde el punto de vista de la justicia, sino en interés bien entendido de los contratantes, todos los cuales han de beneficiarse con ella. La vida en sociedad se facilita de ese modo". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo sexto, primera parte, Edición Cultural S.A., Habana 1940, número 379, página 530).

Precisamente en cumplimiento de este principio (el de la buena fe en los contratos), dispone el artículo 1603 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Viniendo ahora al campo del proceso, y particularmente del proceso civil, no puede pasarse por alto el deber que el numeral 1 del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil impone a las partes y sus apoderados: "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos".

Pues bien: sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad?

La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes", según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil…"

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

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. Pedir al Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta decretar y practicar las pruebas solicitadas por la defensa del médico J.C.G.G.. ARTICULO SEGUNDO. Advertir que no serán toleradas maniobras de tipo dilatorio por parte de ninguno de los sujetos procesales. ARTICULO TERCERO. Contra la presente decisión no caben recursos. ARTICULO CUARTO. Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado - Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente, GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado, FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, veintiuno (21) de febrero del año dos mil diecisiete (2017).

SALA PLENA SESIÓN No. 1355 DEL VEINTIUNO (21) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2017)

REF: Proceso No. 1996 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Denunciante: Sra. L.J.G.
Contra: Drs. C.R.C., A.M.S. y C.D.G.B.

Providencia No. 16-2017
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS.

Por providencia de ésta Corporación del 16 de enero del presente año, se decretó la prescripción de la acción disciplinaria seguida contra los doctores R.C. y S.E.

La asesora jurídica del Tribunal de Antioquia en mensaje dirigido a ésta Corporación el 31 de enero del año en curso, solicitó aclaración en relación con los términos prescriptivos, a la luz de la jurisprudencia de éste Tribunal que se ha venido aplicando de manera uniforme y reiterada desde hace ya bastante tiempo.

Revisada por la Corporación esa jurisprudencia, los argumentos planteados en el anterior escrito y lo sostenido en el auto que decretó la prescripción, y se debe reconocer que se equivocó en tal declaratoria, porque en lugar de tener en cuenta la fecha en que se abrió la correspondiente investigación disciplinaria,

en un error inexplicable se tuvo en cuenta fue la fecha en que el proceso fue recibido por el Tribunal de primera instancia.

La fecha de recepción del expediente por la primera instancia fue el 21 de septiembre de 2011 y la apertura de la investigación disciplinaria fue el 20 de noviembre de 2012. Teniendo en cuenta las fechas precedentes y el tiempo transcurrido desde la apertura de la investigación disciplinaria, se ha de concluir que la acción aún no ha prescrito.

Se trata de un error que reconoce esta Corporación y deben buscarse los medios que sean idóneos para que el mismo sea corregido.

Planteado el anterior problema la Sala entra a resolver lo pertinente luego de los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

En la providencia en que se decretó la prescripción la Sala sostuvo lo siguiente en relación con el fenómeno de la prescripción:

" Los hechos tuvieron ocurrencia en agosto de 2011 y la queja fue recibida en el tribunal de primera instancia el 21 de septiembre de 2011.

Por lo anterior, han transcurrido cinco años de este proceso, destacado por su lentitud, ineficiencia e insoportables demoras de ambas partes (abogados, defensores y tribunal a-quo).

Es por ello que debemos declarar la PRESCRIPCIÓN del proceso en análisis, lo cual deja un amargo sabor de injusticia en este caso, cuya decisión lógica de grave culpabilidad y merecida sanción no pudo llevarse a efecto." (Lo destacado no lo es en el texto).

En la parte destacada se evidencia el error en que incurrió la Corporación para decretar la prescripción de la acción, porque en lugar de tener en cuenta la fecha del auto que ordenó la apertura de la investigación disciplinaria, -20 de noviembre de 2012 -, contó los cinco años del período prescriptivo de la acción, desde la fecha en que se recibió la queja por parte del tribunal de primera instancia que fue el 21 de septiembre de 2011.

Es claro que al tener en cuenta la fecha de la recepción de la queja, el fenómeno de la prescripción ya se habría producido, mientras que si el tiempo de prescripción, cinco años, se cuentan, como ha debido hacerse desde la fecha de apertura de la investigación disciplinaria, este fenómeno aún no se ha producido, porque este hecho solo se concretaría el 20 de noviembre de 2017. Es decir, que es una realidad que la acción disciplinaria aún no ha prescrito.
Se trata de un error de percepción evidente, de la misma manera que se ha de concluir que la prescripción decretada por esta Corporación el 16 de enero de 2017, no corresponde a la realidad, porque el fenómeno de la prescripción aún no se ha producido en este proceso.

Es bien sabida la preeminencia valorativa que tiene la Constitución sobre todos los ordenamientos legales que existen en el país y dicho mandato sobre la supremacía constitucional surge del contenido del artículo 4º de la Carta que establece:

"ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales." (Lo destacado no lo es en el texto).

Es igualmente una realidad, que de conformidad con el Texto Superior, en el adelantamiento de los procesos debe prevalecer el principio del debido proceso y legalidad y los mismos deben ser tramitados de conformidad con las formas propias de cada juicio. En tal sentido se determina:

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

Es necesario concluir que como consecuencia del error en que se incurrió al decretar una prescripción que aún no se había producido, se violó el debido proceso, el principio de legalidad y las formas propias de cada juicio.

El debido proceso constitucional, como defensa del ciudadano frente al ejercicio de poder persecutor y sancionador del Estado, y como defensa de los intereses colectivos y públicos del proceso penal, contempla entre sus múltiples garantías la existencia de un proceso previamente determinado a

la existencia de los hechos, de jueces naturales competentes, independientes, imparciales y previamente creados por la ley, de la misma que una serie de ritos procesales que son garantía tanto de los intereses individuales como de los colectivos que están inmersos en el proceso penal.

Es claro que se ha violado el debido proceso, en sus elementos de la legalidad de las formas propias de cada juicio, en cuanto se decretó una prescripción que temporalmente aún no se había consumado.

El Constituyente al consagrar la administración de justicia como un servicio público al que tiene derecho la comunidad estableció que en los procedimientos judiciales debe prevalecer el derecho sustancial. En tal sentido se dispuso:

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

La prevalencia del derecho sustancial en el proceso de administración de justicia es un concepto que tiene múltiples significados, pero por sobre todo, que en un Estado de Derecho, la administración de justicia está consagrada para resolver los conflictos que se presenten entre los miembros de la Nación, debiendo los jueces resolver tales diferencias con la búsqueda y la obtención de la verdad histórica de los hechos y de conformidad con ella, con la aplicación de las normas que deben regular los hechos sucedidos, investigados y que deben ser objeto del fallo correspondiente.

Con la decisión equivocada que se dictó en el pasado es evidente que no hubo en éste proceso prevalencia del derecho sustancial, porque se trata de una decisión que no está de acuerdo con la realidad temporal de éste proceso, porque como ya se evidenció, en el mismo, no se ha producido el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria.

Este principio constitucional se reafirma como norma rectora en el artículo 10 del Código Procesal Penal, Ley 906 de 2004, de la misma manera que se establece que todos los que intervienen en el proceso penal deben lograr la eficacia en el proceso de administrar justicia.

Igualmente se dispone que es un deber de los administradores de justicia corregir los actos irregulares que se hubieren producido dentro de un determinado proceso, y con tal objetivo, cuando los mismos no se puedan solucionar de otra manera, se crea la institución de las nulidades, para que se disponga la nulidad de esos actos irregulares. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 10. ACTUACIÓN PROCESAL. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial."

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes. (Lo destacado no lo es en el texto).

La disposición anterior es una norma rectora y bien se sabe, que las mismas tienen un valor prevalente sobre todas las demás. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 26. PREVALENCIA. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación." (Lo destacado no lo es en el texto)

Del contenido de las normas citadas en precedencia se ha de concluir que frente a un error en el que incurrió esta Corporación, tal decisión termina por afectar de manera grave el debido proceso, el principio de legalidad y el imperativo legal de que todos los procesos deben rituarse de conformidad con las formas propias de cada juicio.

Si uno de los objetivos de la justicia es la obtención de su eficacia y con ésta decisión, se afecta precisamente esa eficacia, de la misma manera que se afecta el principio constitucional de la primacía del derecho sustancial, debe la Sala proceder a corregir el acto irregular en que se incurrió y para ello no existe otra alternativa que decretar la nulidad de la providencia que se ha venido analizando.

La nulidad por violación de garantías fundamentales y de manera concreta por violación de las garantía que integran el concepto del debido proceso constitucional aparece consagrado en el inciso 457 del Código Procesal Penal al establecerse:

"ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales."

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

La violación del debido proceso es evidente, puesto que se está ordenando archivar un proceso, en el cuál la acción disciplinaria aún no ha prescrito, además de los perjuicios ocasionados a los pacientes que fueron afectados con el comportamiento profesional de los disciplinados. En tan precisas circunstancias no queda otra alternativa que la de decretar la nulidad de la providencia de ésta Corporación del 16 de enero de 2017, de la que fue ponente el suscrito y que se dictó en el proceso Nro 1996-11, y que está numerada como la 05-2017.
El error que se cometió se evidencia de lo considerado y resuelto por ésta Corporación en relación con el término prescriptivo de la acción, en la providencia Nro 65-2015:

I- EL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL PRESENTE PROCESO

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

Quedaría un sabor de amarga injusticia en el presente caso, no porque estemos

dando un criterio de inocencia o culpabilidad respecto de quienes participaron en el manejo de este caso, sino por las dilaciones injustificadas que se presentaron en diversas entidades del Estado, que obstaculizaron, entorpecieron y demoraron este proceso.

Y a esto también contribuyó el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander, quien no solamente incurrió en demoras adicionales, sino que de manera negligente y francamente opuesta al espíritu y la hermenéutica exegética de la Ley 23 de 1981, no se desempeñó con la diligencia y rigurosidad que el caso exigía y se apartó de la ley de manera flagrante, a través de una serie de análisis que esta superioridad rechaza de manera enérgica.

En sentencia número 1764 del Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia, con ponencia de este mismo magistrado (FGM) se expresó:

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

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

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

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

I- LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN, en providencia numero 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA se expresó lo siguiente:

…

"…Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:"

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

…

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

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

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

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

"Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado."

...

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

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades

la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

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

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

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

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

Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

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

…

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

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

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

II- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

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

1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las víctimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria.

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

3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.

4- La excesiva carga de procesos en manos de un numero insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.

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

6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

Es una realidad que en la Ley 23, regulatoria del proceso ético disciplinario no existe ninguna previsión normativa relacionada con la prescripción y menos aún, sobre su posible interrupción.

Esta laguna legislativa nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la posibilidad de la integración legislativa con normas de otros ordenamientos, para que podamos responder a éste interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas. En el ámbito jurisdiccional, ejerce el ius puniendi, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana,[98] ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital,[99] la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,[100] la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles,[101] la prohibición del destierro, la cadena perpetua, y la confiscación;[102] de

98 - 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)*

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

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

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

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

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación

prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida;[103] de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones,[104] de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad de locomoción.[105] Igualmente es perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo,[106] la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso,[107] la práctica probatoria debe ser realizada

y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

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

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

103 - 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).

104 - 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

107 - 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.

dentro de los límites de la legalidad[108] y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano.[109]

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento,[110] que al decir de Escriche, es evitarle al ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como

---

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.

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

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

109- 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.

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

...

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

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

consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo Nro. 2 de 2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contentivo del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional.[111]

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua,[112] y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos.[113]

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

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

---

111 - ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>
El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.
La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.
112 -Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. Artículo 77. Penas aplicables
1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5o del presente Estatuto una de las penas siguientes:
a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
B) LA RECLUSIÓN A PERPETUIDAD CUANDO LO JUSTIFIQUEN LA EXTREMA GRAVEDAD DEL CRIMEN Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CONDENADO.
2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:
a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (Lo destacado no lo es en el texto)
113 - Ley 742 de 2002. Artículo 29. Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

nacional y la prescripción de la acción y de la pena será de conformidad con las previsiones de nuestras leyes.

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

"PRESCRIPCIÓN. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA. Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra."[114] *(Lo destacado no lo es en el texto).*

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

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

...

Esta caducidad procesal empieza a correr desde la medianoche del día en que se haya cometido el delito o, de ser éste continuo, desde aquel en que cesó de cometerse.[115] *(Lo destacado no lo es en el texto).*

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

"PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.[116] (Lo destacado no lo es en el texto).

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

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

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

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

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

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

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

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

la libertad o fallece dentro del ilícito cautiverio.

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

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

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

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

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

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

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación.[117]

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

"ARTÍCULO 86. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN."

---

117 - ART. 86.—Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.
Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

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

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

Hoy con la norma disciplinaria vigente,[118] y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha dispuesto que la prescripción de la acción disciplinaria comenzará a contarse a partir del auto de apertura del proceso disciplinario.

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

Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios. Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

---

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

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

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

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

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y\o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración,[119] al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la ley penal favorable,[120] y al principio de integración, para llenar los vacíos que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido.[121]

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

Es evidente que éste tipo de regulaciones normativas no cubren la totalidad de los fenómenos de derecho penal material, ni del derecho procesal penal que se presentan en el adelantamiento de los procesos disciplinarios, vacíos que de manera necesaria, se deben llenar de conformidad con las previsiones penales

---

119 - Ley 599 de 2000. ART. 2º—INTEGRACIÓN. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.
Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.
120 - Ley 599 de 2000. ART. 6º—LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.
La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.
La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.
Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.
121 - ARTÍCULO 25. INTEGRACIÓN. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

y procesales señaladas con anterioridad y que aparecen consagradas en los códigos penal y procesal penal, actualmente vigentes.

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

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

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

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

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudirse a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes,[122] y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

---

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

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.

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

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

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

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

"Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena."[123]

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la

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

protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

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

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

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

La Constitución Nacional en el capítulo destinado a la función pública, precisa y determina quienes son funcionarios públicos y delega en la ley para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.[124]

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado,[125] y la de éstos y los particulares en el artículo 6º del mismo Estatuto,[126] confiriéndose a la Procuraduría General

124 - Art. 123.- Son servidores publico los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.
La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio
125 - 125 - Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.
126 - ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6º del artículo 277 de la C. N.[127]

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

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad.[128]

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

" La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo.[129]

Es claro que al ser un derecho sancionador y al poderse afectar derechos trascendentes del ciudadano, como sería por ejemplo excluirlo del ejercicio profesional por un tiempo más o menos largo, que en la actualidad puede llegar a ser hasta de cinco años, es apenas lógico que dicho poder punitivo se

---

127 - Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:
6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones publicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
128 - Art. 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio . La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.
Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.
129 - Derecho Administrativo, Julio Pratt, Tomo I. Pág 154. Montevideo 1977.

encuentre perfectamente regulado para evitar que se pudieran cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos sometidos a tales controles.

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

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

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

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

En el 44 se determinó que:

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

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

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

"Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y

ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El debido proceso será aplicado en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas."

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

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

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

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

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

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

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

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidas en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales

en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

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

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

El legislador consciente de la naturaleza o característica penal del derecho disciplinario quiso que en los vacíos existentes en la legislación disciplinaria se acudiese a normas de naturaleza penal para llenar sus vacíos y esta voluntad del legislador es entendible, porque siendo el objetivo y las características del proceso penal muy especiales, en cuanto a tratarse de una acción de carácter personal, y teniendo como su función fundamental el análisis y valoración de

la conducta humana, era necesario, que las disciplinas derivadas del derecho penal, entre ellas, el disciplinario, llenaran sus vacíos con normas de naturaleza igualmente penal, porque ellas conservan la necesaria filosofía que caracteriza al derecho penal, de una manera diferente a las otras ramas que integran la enciclopedia de las ciencias jurídicas.

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

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

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

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

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

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

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

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

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al filósofo argentino Carlos Cossio,[130] quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen[131] en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -verbigratia-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

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

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

130 - La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936
131 - Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

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

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

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

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

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

El artículo 230 de la Carta establece:

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

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

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

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

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". (Subrayas de la Corte).

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

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

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración

positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

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

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

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen[132] al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

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

---

132 - Op. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se

resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernan Valencia Restrepo[133] en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista pre clásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte).

Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: **"La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil".** (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno.

"...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos." (Subrayas de la Corte).

---

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

Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez Valdés[134] al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "....los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y filósofo argentino Genaro R. Carrió,[135] al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "....No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos,[136] si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

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

134 - Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.
135 - Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.
136 - El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

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

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

El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

"ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla."

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

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

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

La Corporación quiso expresamente citar algunas de las normas constitucionales relacionadas con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social, para

destacar la indesconocible trascendencia de la temática, en la que el instrumento disciplinario regulatorio de la profesión médica cumple un rol trascendental para mantener la vigencia y validez de los mencionados principios.

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

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley,[137] porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un periodo prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

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

---

137 - 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.

Por lo expresado, se debe interrumpir la prescripción que venia siendo acumulada contando la fecha 22 de mayo de 2010 y se considera que los cinco años de prescripción se reanudan a partir de la fecha de inicio de la acción disciplinaria: 20 de septiembre de 2013, con lo cual el termino de prescripción se contará hasta el 20 de septiembre de 2018. [138] [139]

---

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

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

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

139 - Inició la intervención la Dra. MARÍA MERCEDES VÁSQUEZ PIÑEROS manifestando que en la actualidad son generalizadas las inquietudes en todos los Tribunales Seccionales sobre el tema de la prescripción. Lo anterior porque en la práctica las quejas llegan cuando falta poco tiempo para que ocurra la prescripción, ello aunado a que en algunos tribunales el volumen de procesos es muy alto, por ejemplo en el Tribunal de Bogotá hay 800 procesos activos aproximadamente con las dificultades que implican las citaciones de médicos, testigos, las solicitudes de aplazamientos y en general las maniobras dilatorias de los abogados defensores. Por todas estas y otras razones, el término de 5 años resulta insuficiente en la mayoría de los casos.

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

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

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

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

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

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

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

Ello quiere decir que en este momento como ya se conoce la problemática, no sería aplicable la citada norma a los médicos que apliquen biopolímeros porque ya se sabe cuál es la consecuencia de su aplicación. Agregó que según su criterio el proceso ético disciplinario debería ser más de tipo penal que civil o disciplinario porque la penalización hace que los actos sean expeditos y las sanciones más estrictas.

Seguidamente explicó la diferencia entre caducidad y prescripción, señalando que caducan acciones y prescriben los derechos. La acción se mira desde el punto de vista de quien puede demandar, es decir, si el interesado no interpone la queja dentro de los 5 años, la acción caduca. Lo que prescribe es la facultad de juzgar o dicho de otro modo, el derecho del estado a juzgar. En todo caso son dos figuras de terminación del proceso.

La prescripción no opera si no se solicita y no es oficiosa. La caducidad si puede ser oficiosa y está dirigida a la salvaguarda del interés público.

Las diferencias entre una y otra muestran que se limita más el derecho de la persona a accionar que el derecho del Estado a impartir justicia.

El Dr. Jacob Cuéllar manifestó que la metodología para abordar el tema de la prescripción de la acción disciplinaria en sede de Ética médica, es partir del artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, que como norma especial impone una remisión clara a las normas de procedimiento penal. Primero: al acudir a la norma procesal, que si bien es de tendencia acusatoria, en el artículo 332-7, establece como causal, el vencimiento de términos, pero más aún si fuéremos más precisos normativamente, el artículo 77 , que dispone las causales de extinción de la acción penal, consagra como causal la prescripción, y este tópico está regulado en la misma normatividad procesal en el artículo 292 sobre su interrupción; norma procesal que nos lleva al artículo 83 del en el código penal, en el que se establece que el termino básico de prescripción de la acción es de cinco años. En este punto, surge un problema de aplicación de la norma, porque ella indica que la providencia o acto procesal que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación y este acto procesal no existe en la norma especial disciplinaria médica, lo que existe es un PLIEGO DE CARGOS, y la una actuación procesal que existe semejante en la norma procesal penal es el ESCRITO DE ACUSACION, esta actuación no tiene la entidad para interrumpir la acción penal, dicho escrito solo tiene inicialmente un efecto disciplinario en el funcionario investigador, el cual pierde competencia para ese caso concreto, y se extiende el termino por 60 días más para la audiencia pública, si vencido este término, ya surge una causal de preclusión de la acción penal, mas no la prescripción.

Como vemos estas normas no resuelven el problema procesal de la prescripción de la acción disciplinaria, con lo cual nos obliga a aplicar el principio de integración normativa , el cual me indica que debería aplicar en esta materia el código general del proceso, el cual a su vez tampoco nos resuelve el problema, con lo cual, debemos seguir con el proceso de integración, acudiendo a las normas que por su estructura y contenido, regulen materias similares, y es en este punto que se debe proceder a acudir al código único disciplinario, ley 734 de 2.002, en su artículo 21 , norma que de manera clara y precisa, regula el instituto de la prescripción de la acción disciplinaria. En efecto, el artículo 30 de le Ley 734 señala:

"La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

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

De acuerdo con ello habría que preguntarse cuál es el alcance del término ocurrencia de la falta.

La Dra. Claudia Patricia Gaviria señaló que pensar en ampliar los términos de prescripción implicaría reformar la ley. Por ello se debe buscar en el Código Penal o en la Ley 734 el término de prescripción que más nos favorezca. Con la reforma introducida por la Ley 1474 a la Ley 734 se cuentan los términos a partir del auto de apertura y con el Código Penal corre desde la ocurrencia de los hechos, por eso, para los Tribunales es más favorable la Ley 734.

El Dr. Jacob Cuéllar, manifestó que se debe tener en cuenta que como en nuestro campo nos rige la Ley 23 de 1981 que es una ley especial y remite al Código de Procedimiento Penal, no se puede entrar a aplicar de entrada la Ley 734. En efecto, hay dos sentencias de la Corte Constitucional (C-259/1995 y la C-259/2005) en las cuales se efectúa un análisis de la Ley 23, específicamente sobre la remisión por el principio de especialidad. En ellas se dice que la remisión es al Código Procesal Penal vigente, en aquello que sea posible y no afecte la naturaleza del proceso disciplinario. Las dos hablan de las reglas procesales y se avala la remisión a las leyes procesales penales.

Si en el Procedimiento Penal no se encuentra la solución se debe buscar en las otras normas, en el orden que establece la Ley 153 de 1887. En esta medida, en el Código de Procedimiento Penal se dice que la caducidad y la prescripción se cuentan desde la ocurrencia del hecho y se interrumpe con la formulación de la imputación. Aplicando esta norma ganaríamos un tiempo de 5 años. No sería una aplicación desfavorable porque ya existe la norma.

En un primer momento se puede pensar que la formulación de la imputación equivale al pliego de cargos porque se

III- CONCLUSIONES

...

1- Si la acción disciplinaria en el presente caso se inicio el 20 de septiembre de 2010, se interrumpe la prescripción a partir de esta fecha y comienzan a contarse de nuevo los cinco años de dicho termino, el cual culminará el 20 de septiembre de 2018.

Lo sostenido en ésta providencia ha sido reiterado de manera uniforme en las siguientes decisiones:

1) Providencia Nro 65-2015, del 28 de julio de 2015. M. P. Fernando Guzmán Mora.

2) Providencia Nro 80-2015 del 15 de septiembre de 2015, M. P: Fernando Guzmán Mora.

3) Providencia Nro. 81-2015, del 15 de septiembre de 2015. M. P. Juan Mendoza Vega.

---

entiende que desde allí empieza el juicio. Sin embargo, una cosa es la denuncia y otra cosa el pliego de cargos, pero lo que tenemos en el proceso disciplinario que se parezca a la imputación es el pliego de cargos.

El Dr. Jacob Cuéllar hizo referencia al Estatuto Anticorrupción aclarando que frente a los actos médicos no se puede predicar que sean corruptos sino incorrectos.

El Dr. Guzmán Mora señaló que existen las siguientes alternativas:

1.Aplicar la teoría de la prescripción en cinco años de manera absoluta

2. Aplicar la ley penal que dice que el pliego de cargos interrumpe la prescripción

3. Aplicar la Ley 734 de 2002

La Dra. Claudia Patricia Gaviria llama la atención de que no es lo mismo acusación que imputación, por eso no cree que sean tan sencillo aplicar esa norma porque no se tendría un acto que se asemeje a la formulación de la imputación en el proceso disciplinario y debemos ser muy cuidadosos con la propuesta a realizar de modo que no sea atacada por los abogados defensores y no la puedan tumbar fácilmente mediante tutela.

La conclusión final en el debate, es que si no se encuentra un acto que se pueda asimilar a la formulación de imputación, se debe justificar de tal manera que nos permita acudir a las disposiciones de la Ley 23 de 1.981, luego por disposición del artículo 82, acudir a la aplicación de la ley procesal penal vigente, norma que no resuelve el problema porque en la ley procesal penal, el acto que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación, la cual no es igual a la resolución de pliego de cargos, por ello al no encontrar una solución en esta norma, se justifica poder aplicar otras normas, para llenar el vacío normativo que presenta la ley 23 de 1981, el orden de aplicación es el código único disciplinario, ley 734 de 2002, por regular materias similares.

Se sugiere que el proceso de fundamentación o de motivación de la resolución que se dicte en este tema tenga este orden de argumentación, con la cual se está justificando la aplicación de la ley 734 d 2.002, frente a la no aplicación de la ley penal y procesal penal, en este tema específico, por lo expresado anteriormente por el DR. Jacob Cuéllar, con lo cual se tiene que la prescripción de la acción disciplinaria médica prescribe en cinco años desde la ocurrencia de los hechos, pero que se interrumpe con la resolución de apertura de la acción disciplinaria, según lo dispone el artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo "La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. .."

4) Providencia Nro. 02-2016, del 26 de enero de 2016. M. P. Francisco Javier Henao Pérez.

5) Providencia Nro. 03-2016, del 26 de enero de 2016, M. P. Francisco Javier Henao Pérez.

6) Providencia Nro. 05-2016, del 26 de enero de 2016. M. P. Fernando Guzmán Mora

7) Providencia Nro. 26-2016 del 5 de abril de 2016. M. P. Germán Gamarra Hernández.

8) Providencia Nro. 29-2016, del 12 de abril de 2016. M. P. Germán Gamarra Hernández

9) Providencia Nro. 82-2016, del 27 de septiembre de 2016. M. P. Fernando Guzmán Mora.

10) Providencia Nro. 05-2017, del 16 de enero de 2017. M. P. Fernando Guzmán Mora.

11) Providencia Nro. 09-2017, del 24 de enero de 2017. M. P. Gabriel Lago Barney

Es claro que lo resuelto en la providencia cuya anulación se decreta, está en contradicción con lo considerado en la jurisprudencia sostenida en las providencias antes referenciadas.

En las circunstancias considerativas precedentes, se declarará la nulidad de la providencia antes analizada, y se ordenará a la Corporación de primera instancia que prosiga con la tramitación del juicio.

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: DECRETAR LA NULIDAD DE SU PROPIA PROVIDENCIA, del 16 de enero de 2017, que aparece a folios 530 y ss del cuaderno principal, por haberse violado el debido proceso y de los elementos que lo integran: el principio de legalidad y las formas propias del juicio, además de haberse desconocido la jurisprudencia uniforme y reiterada sobre la prescripción de la acción disciplinaria. ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que la acción disciplinaria de éste proceso aún no ha prescrito. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente -Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, marzo treinta y uno (31) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.995 DEL TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: Proceso No. 544-2006 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Contra la doctora: C.H. DE ASMET SALUD.
Asunto: Recurso de apelación

Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO GUZMÁN MORA
Providencia No.22-09

VISTOS :

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca decide declarar responsable a la DRA. C.H., identificado con C.C. No. … de..., de la violación del art. 7 de la Ley 23 de 1.981 en concordancia con el art. 3 y 4 del decreto 3380 de 1.981 de la Ley 23 de 1.981 al no haber ajustado su conducta ética a los preceptos que obligan a abstenerse de prestar asistencia médica en los casos en que la actividad no corresponda a su especialidad, como en el presente caso respecto de las colposcopias biopsia, realizadas en virtud del programa Tamizaje para la detección temprana del cáncer de cuello uterino, ejecutado por ASMED SALUD para marzo de 2.006.

A su vez, decidió IMPONER, a la DRA. C.H., sanción disciplinaria consistente en CENSURA ESCRITA Y PUBLICA, conforme al Art. 83 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el Art. 51 y 54 del Decreto 3380/81 que reza: La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales de infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta.

El defensor de la acusada solicita al TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA se sirva REVOCAR en su integridad la RESOLUCIÓN No. 029 de 8 de Julio de 2008, expedida por la SALA PLENA de ese Tribunal y en su defecto enviar el proceso en apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional de Ética Médica el 8 de Noviembre de 2002 y puesto para reparto en Sala Plena del 2 de Diciembre, le correspondió por sorteo al magistrado JAIME FERNANDO GUZMÁN MORA. Cumplidos los términos legales (y teniendo en cuenta las vacaciones legales del Tribunal y posteriormente la incapacidad por enfermedad muy grave del Magistrado ponente), se procede a resolver de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

El proceso ético disciplinario fue iniciado el 24 de Mayo de 2.006, con base en la queja formulada por la Sociedad Caucana de Obstetricia y Ginecología, contra la doctora C.H. DE ASMET SALUD.

Sostiene el quejoso doctor C.SBC b, Vicepresidente de la Sociedad Caucana de Obstetricia y Ginecología:

1. Por qué un médico general (DRA. C.H.), realiza procedimientos propios de la especialidad de Ginecología y Obstetricia (Colposcopias y biopsias dirigidas), sin tener titulo de especialista, ni capacitación por ente universitario como lo exige la normatividad en salud, exponiendo a toda una población de mujeres a los riesgos de una patología de cervix mal enfocada, con la consecuente posibilidad de ser igualmente mal tratada, aumentado la morbimortalidad por cáncer de cervix.

2. Porqué en dicha entidad las biopsias de cervix que las toma un médico general mediante la modalidad del test de schiller son reportadas como realizadas por especialista y mediante modalidad de colposcopia.

3. Porqué dicha entidad no contrata con personal idóneo y entrenado, debidamente certificado (médicos Gineco-obstetras), que lleven a cabo el procedimiento bajo el rigor ético y científico que amerita.

4. Se han detectado gran número de pacientes que acuden a la consulta especializada para tratamiento llevando reportes de biopsias que no han

sido realizadas por especialista y sin embargo se reportan como realizadas por especialistas, suplantando el nombre de uno de nuestros miembros (DR. J.V.E.D.), además se informa por parte de los pacientes que no fueron realizados siguiendo las recomendaciones de los protocolos mundiales para el diagnóstico para la patología cervical, como es la Colposcopia biopsia, sino mediante la modalidad de test de schiller, la cual no permite precisar el tipo de lesión, grado de severidad, ni la naturaleza de la misma.

Decisión del Pliego de cargos

El proceso cumple con todas las etapas procesales y se dicta pliego de cargos el cual es ratificado por el TRIBUNAL DE ÉTICA MEDICA DEL CAUCA, y el Tribunal Nacional se inhibe de tramitar el recurso de apelación con ponencia del DR. FERNANDO GUZMÁN MORA.

4.-Pruebas.

El Proceso cuenta con varios medios probatorios ente los cuales se encuentran: A folio 12 aparece ampliación de la queja por parte del doctor B.

A folio 45 testimonio del doctor J.V.E.

A folio 81 informe de la relación de Colposcopias firmadas por el doctor J.V.E y las firmadas por la doctora C.H. y SOFWARE (sic) de resultado de dichos exámenes.

El 24 de Enero de 2.007 folio 120, informe de conclusiones donde se aconseja abrir pliego de cargos por violación del Art. 7 del código de ética médica.

En Sala plena número 03 de Enero 31 de 2.007, se calificó el mérito del informativo y en la providencia respectiva el Tribunal, declara que existe mérito para dicta pliego de cargos a la doctora C.H. por la presunta violación al Art. 7 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el Art. 3° y4° del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, según Resolución No. 004.

El 7 de Febrero de 2.007, folio 129 el abogado de la doctora H. presenta recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 004-31- 01-2007, expedida por la Sala Plena del Tribunal de Ética Médica (que resolvió declarar que existe mérito para dictar pliego de cargos a la doctora C.H. "de la presunta violación del Art. 7° de la Ley 23 de 1981, en concordancia con

el Art. 3° y4° del Decreto Reglamentario 3380 de 1981"), con el fin de que se revoque dicha decisión.

En Sala Plena No. 005 de Febrero 14 de 2.00, folio 141 por resolución número 0013-14-02-2007, el Tribunal de Ética Médica del Cauca, resuelve no reponer para revocar el pliego dictado, en contra de la doctora C.H., y se concede el recurso de apelación interpuesto contra la presente resolución para ante el Tribunal de Ética Médica Nacional.

El 9 de Abril de 2.007, folio 150 el apoderado judicial de la investigada adiciona la sustentación del recurso de apelación presentado de .manera subsidiaria en contra de la resolución referenciada.

En sala plena sesión numero 914 del 22 de Mayo de 2.007, el Tribunal Nacional de Ética Médica folio 156 de inhibe de conocer el recurso de apelación y devuelve el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

El Tribunal Seccional efectúa los siguientes raciocinios:

La ley disciplinaria trata de garantizar el correcto y científico ejercicio de la medicina y sea lo primero observar que la demora en decidir el recurso de reposición ante la inhibición del Tribunal Nacional de Ética Médica de conocer el recurso de apelación se debió a que la Sociedad Colombiana de Ginecología y Obstetricia no contestó los oficios relacionados con la solicitud en lo referente a que ¿un médico general está autorizado para la realización de Colposcopias biopsias?, ¿en caso negativo quién es el profesional que debe hacer dichos exámenes?, oficios de septiembre de 2.007 y Febrero de 2.008 y 24 de Abril de 2.008.

A pesar de que la solicitud se ocupa de otros aspectos, se analiza la primera queja en tanto que es la que dió lugar al pliego de cargos remitidos por la Sociedad Caucana de Obstetricia.

La Resolución número 5261 de 1994, establece el manual de actividades intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y autoriza al médico general a practicar estos exámenes según los artículos siguientes de ésta resolución.

1. Artículo 20 responsabilidades por niveles de complejidad.

2. Artículo 21 clasificación por niveles de complejidad para la atención médico quirúrgico.

3. Artículo 72 definir para las intervenciones de toma de biopsias, la siguiente nomenclatura y clasificación: biopsias de órganos genitales femeninos internos número 17.640, cuello uterino (cervix) número 03.

4. Artículo 73 definir para los procedimientos de endoscopios diagnósticas y terapéuticas la siguiente nomenclatura y clasificación: Numeral 9 número 18903, colposcopia - vaginoscopia N. 02.

5. Artículo 90 establecer como otras actividades, intervenciones y procedimientos diagnósticos y terapéuticos lo siguiente: Numeral uno ginecobstetricia.

6. Libro II capitulo I plan obligatorio de salud pos niveles de complejidad Artículo 92 de las responsabilidades.

7. Artículo 92 de las responsabilidades

8. Artículo 95 asesoría. Parágrafo el médico general.

9. Artículo 96 POS para el nivel I de complejidad: citología.

10. Artículo 116 clasificación por niveles de complejidad médico quirúrgicas. La ley 100 de 1993 libro segundo el sistema general de seguridad social en salud. Título I: Disposiciones generales. Capitulo i objeto y características del Sistema:

Artículo 152... Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son: regular el Servicio Público, esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio de todos los niveles de atención.

Artículo 154 numeral f, organizar los servicios de salud en forma descentralizada por niveles de atención y con participación de la comunidad. Artículo 156 características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, numeral m. el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a que hacen referencia los artículos 171 y 172 de esta ley, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. SUS DECISIONES SERÁN OBLIGATORIAS PODRÁN SER REVISADAS PERIÓDICAMENTE POR EL MISMO CONSEJO.

En virtud de esta facultad el gobierno expidió la siguiente normatividad la Resolución numero 09412 de 2000 y su anexo técnico uno, norma técnica para la detección temprana del cáncer de cuello uterino y guía de atención de lesiones preneoplásicas del cuello uterino, posteriormente expidió el Decreto 1011 del 2.006, por el cual se establece el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salad del sistema general de Seguridad Social en Salud, la Resolución 1043 de 2.006, por el cual se establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicio de salud, para habilitar sus servicios de implementar el componente de la auditoria para el mejoramiento de la calidad de la atención y se dictan otras disposiciones y la Ley 1122 de 2.007, por lo cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Estas normatividades modifican la Resolución 5261 de 1994, especialmente la resolución 00412 del año 2000, en relación con actividades y procedimientos de obligatorio cumplimiento para acciones en desarrollo de protección de enfermedades específicas como la detección temprana del cáncer del cuello uterino y guía de atención de lesiones preneoplásicas del cuellos uterino por medio de la colposcopia (colposcopia 70.2.2.00) y biopsia dirigida (colposcopia con biopsia 70.2.2.01).

Este Magistrado a fin de resolver el punto central de la investigación solicitó concepto a la Sociedad Colombiana de Ginecología y Obstetricia el cual llegó el 18 de Junio de 2.008, y es enfático en afirmar por intermedio del Presidente de la Asociación Colombiana de Colposcopia y Patología del tracto Genital Inferior, que un médico general no puede realizar dicha actividad.

En relación a la suplantación del nombre del doctor J.V.E por la doctora C.H. no hay evidencia de ello porque el informe de Colposcopias en medio magnético certifica claramente cuales fueron las biopsias y Colposcopias hechas por cada uno de ellos.

CONCLUSIONES

El poseer un título universitario que autorice a ejercer sin restricciones, a la médica disciplinada, su sentido ético le indicará que, debido a las especiales circunstancias, en este caso la toma de colposcopias y Colposcopias con biopsia, hará mejor en remitir a las pacientes a un colega que domine el campo específico.

De modo que siendo un imperativo ético rehusar la atención siempre que exista la posibilidad de un colega, verdadero especialista en colposcopia y en colposcopia biopsia que involucre el diagnóstico y la enfermedad de las pacientes se encarguen del asunto, el no hacerlo implica la asunción de la responsabilidad por el fracaso y complicaciones. Pero como no se encuentra suficientemente capacitada por una Institución autorizada su actividad será de una inexperta y debe asumir las acusaciones por incompetencia, llamada técnicamente culpa por imprudencia. (sic)

No basta con exhibir un título de médico con idoneidad, cuando las circunstancias ameritaban y permitían que las pacientes fueran puestas en manos de un especialista.

Se puede descartar la responsabilidad de quien, en situación crítica, no ha tenido más alternativa, y ha debido aceptar el reto que la enfermedad o la muerte de su semejante le impone, consciente de su poco saber, capacidad o experiencia. Esta es la excepción al deber general del acto médico.

Pero es indiscutible, que la conducta realizada por la médica disciplinada revela la falta de idoneidad profesional, puesto que no está demostrado, que hubiera recibido entrenamiento especializado en ginecología, colposcopia, y colposcopia biopsia, por una Institución autorizada y en tales condiciones es evidente que actuó con imprudencia e impericia.

Revisada la normatividad vigente especialmente la Resolución 412 de 2.000, del entonces Ministerio de Salud, (hoy Ministerio de Protección Social), en su anexo técnico número 1 de 2.000, la colposcopia y colposcopia con biopsia, son procedimientos que deben ser realizados en las UNIDADES DE PATOLOGÍA CERVICAL Y COLPOSCOPIA, (UPCC).

Estas Unidades deben contar con un ginecólogo debidamente entrenado y certificado como colposcopista por una Institución autorizada.

En consecuencia, la colposcopia (70.2.2.00) y la colposcopia biopsia (70.2.2.01) sólo pueden ser realizadas por Ginecólogo colposcopista certificado y no es pertinente que sean realizadas por médico general. La norma es tan rigurosa que un ginecólogo no certificado como colposcopista no puede realizar el procedimiento, menos aún un médico general.

A pesar de que la doctora C.H. fue "entrenada", por un ginecólogo, no estaba autorizado para certificarla porque la norma exige que debe ser una institución autorizada.

El actuar médico se encuentra regulado por la norma jurídica dentro de la cual debe proceder, en las condiciones precedentes, en cumplimiento de las competencias establecidas, por la Ley, este Magistrado considera que existen méritos suficientes para sancionar con CENSURA PUBLICA a la médica disciplinada por la presunta violación al Artículo 7º de la Ley 23 de 1981, en concordancia con los artículos 3 y 4 del Decreto 3380 de 1981 y teniendo en cuenta el Art. 54 del Decreto 3380 de 1981.

La sanción a imponer se sustenta por cuanto la DRA. C.H., identificada con C.C. No. .. de…, no ajustó su conducta ética a los preceptos que obligan a abstenerse de prestar asistencia médica en los casos en que la actividad no corresponda a su especialidad, como en el presente caso respecto de las colposcopias biopsia, realizadas en virtud del programa Tamizaje para la detección temprana del CA del cérvix", ejecutado por ASMED SALUD para el año 2.006, exactamente en marzo de 2.006.

También es importante recordar que al inicio de la investigación se escuchó en testimonio al doctor J.V.E., como uno de los profesionales que el Vicepresidente de la Sociedad Caucana de Ginecobstetricia cita como el médico que remite los exámenes a los hospitales locales y que está vinculado en la modalidad de contrato con ASMET SALUD para la realización de las colposcopias biopsias (folio 12 y 13 del expediente). Igualmente a folios 8 hay una certificación del Gerente Regional de ASMET SALUD, en el que indica que el doctor J.V.E tiene un contrato bajo la modalidad de facturación en un programa de Promoción y Prevención y una certificación en el que indica que la doctora C.H. médica disciplinada en este Proceso no es empleada ni tiene vínculo contractual con ASMET SALUD, (folio 11).

A folios 45 a 47 se encuentra la diligencia de testimonio del doctor J.V.E., que manifiesta conocer a la doctora C.H., e informa que fue ella la que le pidió que la entrenara para la toma de biopsias de cuello uterino, y que así lo hizo, y que participó en campañas de prevención temprana de cáncer de cuello uterino, con la doctora C.H. y para ASMET SALUD. No informa nada de su vínculo contractual con ASMET SALUD. Pero que si realiza exámenes de colposcopia y que nunca autorizó el uso ni empleo de su nombre para prácticas ó en reportes histopatológicos.

El señor FREDY CORRALES PATINO funcionario de ASMET SALUD, a folio 53, afirma que el contrato para la campaña de promoción y Prevención era con el doctor E. y desconocía porqué la doctora C.H. aparecía haciendo remisiones de pacientes afiliadas a ASMETSALUD.

La señora LILIANA PALACIOS MUÑOZ enfermera funcionaría para la época de los hechos de 2.006, de ASMET SALUD, informa que la doctora C.H. fue presentada por el doctor V.E, en Enero o Febrero de año 2.006, para que apoyara el Programa de Detección Temprana de Cáncer de Cuello Uterino. Acepta y conoce que la doctora C.H. fue entrenada por el doctor V.E. y afirma que fue entrenada para hacer colposcopias biopsias.

A folios 74 a 78 hay certificación del Gerente General de ASMET SALUD doctor GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, donde informa aspectos sobre el Programa de Detección Temprana de Cáncer de Cuello Uterino, explica los estándares patológicos presentes en la población femenina en el Departamento del Cauca afiliadas a su entidad y ratifica las funciones de la enfermera LILIANA PALACIOS como Coordinadora Nacional de Enfermedades de Alto Costo, FREDY CORRALES como el encargado de la celebración de los contratos para el Programa antes mencionado y el médico GASPAR MARINO BALANTA como coordinador Médico de dicho Programa.

A folios 88 a 90 la señora DOLMA MUÑOZ BRAVO, funcionaría de ASMET SALUD en el Programa de Promoción y Prevención e informa que una reunión celebrada con GASPAR BALANTA médico Coordinador del Programa para la Detección de CANCER de Cervix en compañía de C.H., doctor J.V.E y ella, se coordina la ejecución del proyecto antes mencionado e informa que los exámenes que realiza la doctora H. los hace por cuenta del doctor E. en los lugares en donde el doctor E. no pudiera acudir y que los exámenes y las actividades de la doctora C.H. se hacen por cuenta y a nombre del doctor J.V.E. Es de aclarar que esta profesional es la auditora del Programa y según su testimonio cumplía directrices acordadas en reunión previa coordinada y dirigida por el doctor GASPAR MARINO BALANTA.

A folios 91 y 92 el médico GASPAR MARINO BALANTA afirma que la doctora C.H. no tenía vínculo laboral con ASMET SALUD, y que la contratación para dichos procedimientos dentro del Programa de Promoción y Prevención era con el doctor J.V.E. y que ella hacia parte del equipo de este último. Al preguntarle cual era su función en ASMET SALUD el médico BALANTA informa que es jefe de Garantía de Calidad y Aseguramiento y al preguntársele

porqué permitió que se realizaran actividades sin el cumplimiento de los requisitos legales contesta que la contratación se hizo entre ASMET SALUD y el doctor J.V.E. y que fue con él con quien se articuló el programa de Promoción y Prevención. Igualmente afirma que las actividades realizadas por la doctora C.H. se hicieron y se permitieron porque eran a nombre y por cuenta del doctor J.V.E. quien era la persona contratada por ASMET SALUD. A folio 95 el doctor J.V.E de manera libre amplia su declaración diciendo que la doctora C.H. es una profesional que no actuó como dependiente de él, que no hay vínculo laboral entre ellos dos y deja entrever que las decisiones de vincular o no a la doctora C.H. era del resorte del doctor BALANTA.

En diligencia de exposición libre la doctora C.H., manifiesta que ella está capacitada para realizar los procedimientos porque la Resolución 5261 de 1994, permite que un médico general pueda realizar dichas actividades, a ella no se le interroga sobre su vínculo con el doctor E., tampoco ella hace mención a dicha relación, sólo manifiesta que fue capacitada por el doctor J.V.E en esos procedimientos y que si realizó las colposcopias biopsias y remitió las muestras a estudio histopatológico.

Es de aclarar que en este proceso no existe ni puede existir intervención de la señora Magistrada MARÍA PIEDAD ACOSTA por estar debidamente impedida, habiéndosele aceptado su impedimento en decisión de Sala de fecha 17 de Enero de 2.007.

En el Pliego de Cargos nada se define en relación con la conducta del doctor J.V.E y hay suficientes pruebas para considerar que es necesario ordenar compulsar copias de todo lo actuado y especialmente de las piezas procesales antes mencionadas incluidas la relación de biopsias en medio magnético visibles a folios 81, 82 a 86 y los folios 56 a 71, como integrantes de las piezas que no de hacer parte del proceso que se abrirá en contra del profesional, porque presuntamente ha permitido el empleo de su nombre para el ejercicio de actividades que controvierten el orden normativo que regula las actividades en salud, especialmente de los Decretos 2.006, que establece los criterios de calidad de atención en salud, las condiciones de capacidad tecnológica y científica del prestador de salud, los sistemas de habilitación del prestador de salud, especialmente lo referido a los requisitos de inscripción del prestador de salud, los sistemas de acreditación. Igualmente las normas contenidas en la Resolución 1043 de 2006 sobre las condiciones tecnológica y científica del prestador de salud, la Resolución 0412 de 2.00, sobre las normas técnicas para la detección temprana de enfermedades de interés en salud pública, como el

cáncer de cuello uterino, contenidas en el anexo técnico I de 2.000, para el diagnóstico y de lección temprana de cáncer de cuello uterino. Documentos que conformarán expediente aparte y será reasignado en sala diferente. Para que un Magistrado investigador realice las actividades correspondientes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del TRIBUNAL ÉTICA MEDICA DEL CAUCA, en cumplimiento de sus atribuciones disciplinarias, en nombre de la República de Colombia y por mandamiento de la Ley.

Resuelve: PRIMERO: Declarar responsable a la DRA. C.H., identificado con C.C. …de..., de la violación del art.7 de la Ley 23 de 1.981 en concordancia con el art. 3 y 4 del decreto 3380 de 1.981, al no haber ajustado su conducta ética a los preceptos que obligan a abstenerse de prestar asistencia médica en los casos en que la actividad no corresponda a su especialidad, como en el presente caso respecto de las colposcopias biopsia, realizadas en virtud del programa Tamizaje para (la detección temprana del CA del cérvix, ejecutado por ASMED SALUD para el año 2.006. SEGUNDO: IMPONER, a la DRA. C.H., sanción disciplinaria consistente en CENSURA ESCRITA Y PUBLICA, conforme al Art. 83 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el Art. 51 y 54 del Decreto 3380/81 que reza: La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales de infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta. TERCERO: ORDENAR compulsar copias de lo actuado conforme a la relación de pruebas de la parte motiva de esta resolución para iniciar investigación en contra del DR. J.V.E.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El abogado LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR sustenta el recurso en varias consideraciones:

1- Efectúa una crítica al procedimiento del Tribunal Seccional, afirmando que no hay clara prueba de la violación de un tipo disciplinario ético. Dice entre otras cosas:

"...De esta manera, era esencial para efecto de iniciar el proceso disciplinario, que el Tribunal tuviera por establecido de manera clara y precisa cual era el tipo éticodisciplinario que era transgredido por la conducta de mi representada, es decir, le correspondía verificar, para que el proceso fuera iniciado, si era verdad que la normatividad en salud prohíbe a los médicos generales realizar procedimientos de colposcopias y biopsias, como lo sostenía el denunciante.

Aspecto que no podía ser diferido hasta el momento de adoptar la sanción, pues la calificación jurídica de la conducta tiene que definirse desde el principio, con el propósito de no vulnerar el derecho de defensa, y no afectar el principio de congruencia.

A pesar de lo imperativo de este proceder, que exige que desde el inicio de la actuación se tenga claro si existe un tipo disciplinario susceptible de ser violado con la conducta desplegada por el profesional, llama la atención que al momento de decidir la imposición de la sanción, el Tribunal no sólo se pregunte, sino que le pregunta a la Sociedad Colombiana de Ginecología el aspecto fundamental sobre el que descansa esta controversia, que es esencialmente normativa, cual es si ¿un médico general está autorizado para la realización de Colposcopias biopsias? ¿en caso negativo quien es el profesional que debe hacer dichos exámenes?, y se justifique que la demora en la continuación de la actuación es porque dicha agremiación no ha contestado los oficios de septiembre de 2007, febrero de 2008 y 24 de abril de 2008..."

2- Aspecto que nos merece el siguiente comentario: Si hasta abril de 2008, el Tribunal le está preguntando a esta agremiación si ¿un médico general está autorizado para la realización de Colposcopias biopsias?, es porque hasta esa fecha no lo tenía claro, y sin embargo, y sin precisar si el proceder de mi defendida violaba o no la ley al realizar estos procedimientos, procedió a abrir la investigación y posteriormente a abrir pliego de cargos. Y no lo tenía claro, pues no de otro modo se explica que detenga el procedimiento es espera de esta respuesta. Pero y mientras tanto hacía caso omiso de nuestros cuestionamientos presentados en las distintas actuaciones, donde echamos de menos la normatividad en salud violada por mi defendida. Aspecto al que no ha respondido el Tribunal, lo cual se explica, con lo oficios a que hace referencia, donde tiene que preguntarle a un gremio nacional de médicos, de la misma especialidad del de la sociedad que hace la denuncia, para que unos particulares le resuelvan el extremo normativo que le corresponde establecer es a la autoridad disciplinaria.

Por ello resulta cuestionable que el Tribunal para fundar su decisión y resolver los extremos que plantea esta investigación, sostenga en la decisión recurrida: "Este Magistrado a fin de resolver el punto central de la investigación solicitó concepto a la Sociedad Colombiana de Ginecología y Obstetricia el cual llegó el 18 de junio de 2008, y es enfático en afirmar por intermedio del Presidente de la Asociación Colombiana de Colposcopia y Patología del tracto Genital Inferior, que un médico general no puede realizar dicha actividad."

Por lo que cabe aclarar, que tanto las prohibiciones y los mandatos que definen la conducta típica ético disciplinaria, tiene que estar definida previamente por el legislador, y no por un gremio de médicos, a la postre, de la misma especialidad de la sociedad denunciante, por ello el Tribunal, tiene que salir es a consultar la Ley, para ver si encuentra de manera inequívoca y precisa una norma que indique que a los médicos generales le está prohibido realizar estos procedimientos, y no salir a preguntarle a la agremiación de especialistas que cuestiona esta práctica por los médicos generales, pues esta opinión no constituye fuente del derecho alguna, en el cual pueda la autoridad fundar una decisión, mucho menos, de la gravedad de una sanción. Por esta sola razón la decisión habría de revocarse.

Y que esto es así, y que el Tribunal no ha encontrado norma legal alguna que establezca que la colposcopia - biopsia es un procedimiento que le está prohibido a los médicos generales es que ha huido de esta discusión, y a tratado de justificar esta prohibición, en diferentes criterios metajurídicos que no constituyen fuentes formales del derecho obligatorias, así, en la Resolución 004-31-01-2.007 por medio del cual dictó el pliego de cargos, acudió a una supuesta "literatura internacional", donde se informa que es la colposcopia, para a partir de allí deducir de la nada, que este procedimiento es de la especialidad de Ginecobstetricia, pues en ninguna parte de la literatura transcrita se dice que este procedimiento lo tienen que realizar médicos ginecobstetras, y por otra parte, en la Resolución 013-14-02- 2007 se acude a categorías abstractas como los valores humanos que tiene la profesión médica, en idéntico propósito: "El ámbito de configuración, y de interpretación en sede ético disciplinaría, no es el mismo que el ámbito de configuración e interpretación penal. En ambos de tratan de conductas, pero en sede disciplinaría, se valora el actuar ético que está constituido por los valores humanos que tiene la profesión médica...". Pues una cosa es que difiera la tipicidad penal de la tipicidad disciplinaria, pero cosa distinta es abrogarse por virtud de esta diferencia la competencia para la creación de tipos disciplinarios en sede administrativa con referencia a "valores humanos" establecidos ex post por el Tribunal y que en su parecer deben ser los que guíen la conducta profesional de los médicos realizada ex ante.

Y lo más curioso es que estos fundamentos metajurídicos pretendió oponerlos a la Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Salud "Por la cual se establece el Manual de Actividades Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud", que faculta de manera expresa a los médicos

generales para realizar los procedimientos identificados como grupos 01 al 08, dentro del cual está la colposcopia, que está clasificada en el grupo 2.

"En Conclusión se puede aceptar que en el CODIS y el MAPIPOS, del POS, estén estas patologías clasificadas como actividades del Nivel de atención II, o de complejidad del Nivel II. Pero eso no quiere decir que todas las actividades de los grupos dada la complejidad de la patología, nivel II, puedan ser realizadas por médico general. Está establecido que el procedimiento diagnóstico denominado Colposcopia está catalogada dentro de las Endoscopias Diagnósticas, con un nivel de complejidad 02, pero esto no quiere decir que pueda o deba ser realizado por le (sic) médico general, dado que no esparte (sic) del entrenamiento de su formación básica, porque para poder realizar dicha actividad, debe el médico especialista en Ginecología hacer un curso especial de endoscopista." (negrilla fuera de texto).

Pero como esta posición es insostenible desde el punto de vista jurídico, pues la autorización para realizar este procedimiento por los médicos generales emana clara de la Resolución 5261 de 1994, hoy acude a otro argumento, y si bien acepta que esta norma autoriza al médico general para practicar estos exámenes, considera que al momento de los hechos ya no estaba vigente, porque en su entender ha sido derogada por normas posteriores:

"La Resolución número 5261 de 1994, establece el manual de actividades intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en salud y autoriza al médico general a practicar estos exámenes según los artículo siguientes de esta resolución:

(...) 4. Artículo 73 definir para los procedimientos de endoscopias diagnósticas y terapéuticas la siguiente nomenclatura y clasificación: Numeral 9 número 18903, colposcopia-vaginoscopia. No. 02..." (negrilla fuera de texto).

Pero a reglón seguido da a entender que esta norma ha sido derogada:

"En virtud de esta facultad el gobierno expidió la siguiente normatividad la Resolución número 00412 de 2000 y su anexo técnico uno, norma técnica para la detección temprana del cáncer de cuello uterino y guía de atención de lesiones preneopfásicas del cuello uterino, posteriormente expidió el Decreto 1011 del 2006, por el cual se establece el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de Salud del Sistema General de Segundad Social en Salud, la Resolución 1043 de 2006, por el cual se establecen las condiciones

que deben cumplir los prestadores de servicio de salud, para habilitar sus servicios e implementar el componente de la auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención y se dictan otras disposiciones y la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Estas normatividades modifican la Resolución 5261 de 1994, especialmente la resolución 00412 del año 2000, en relación con actividades y procedimientos de obligatorio cumplimiento para acciones en desarrollo de protección de enfermedades específicas como la detección temprana del cáncer del cuello uterino y guía de atención de lesiones preneoplásicas del cuello uterino por medio de colposcopia (colposcopia 70.2.2.00) y biopsia dirigida (colposcopia con biopsia 70.2.2.01).

Y es tan reforzado este último criterio del Tribunal, que le quiere oponer a la Resolución 5261 de 1994 -que acepta que autoriza al médico general para practicar colposcopias biopsias- normas cuya vigencia ha tenido lugar después de los hechos.

Por esta razón sólo nos detendremos a analizar si es verdad que la Resolución 00412 de 2000 derogó el Decreto 5261 de 1994, que concede autorización a los médicos generales para realizar estos procedimientos.

En primer lugar, advertimos que el Decreto 412 de 2000 "Por la cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de la acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública", no derogó expresamente la Resolución 5261 de 1994, sino la Resolución 3997 de 1996, tal como lo señala en su Artículo 20 referido a vigencia y derogatoria: "Esta Resolución rige tres (3) meses después, contados a partir de la fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la Resolución 3997 de 1996, la cual continuará aplicándose mientras entra en vigencia la presente resolución". Por tanto mal puede utilizarse para fundar en ella una sanción, pues tal como lo ha dicho la Corte Constitucional la conducta punible', debe ser no solo previamente sino taxativa e inequívocamente definida por la ley previa.

"1. Requisito que no se cumple en este caso, pues no es verdad que de manera inequívoca, el Decreto 412 de 2000 derogó la Resolución 5261 de 1994, pues

como se puede advertir, esa norma no lo manifiesta expresamente, por tanto, es un asunto de interpretación, con lo que se le quita el ámbito de certeza que han de caracterizar a las prohibiciones para que den lugar a sanción."

3- La resolución recurrida desconoce el principio de legalidad y el debido proceso.

En este sentido se ha pronunciado el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICÁ- SALA PLENA en sentencia de fecha 13 de julio de 1984: "Definición de competencia del Tribunal de Ética. La autoridad del tribunal se concreta pues al conocimiento de faltas contra la ética médica en que incurran los profesionales que ejerzan la medicina en el territorio nacional. **Ello presupone la existencia de una norma legal (L.23/81). susceptible de ser infringida. En ningún caso. para efectos del proceso disciplinario ético-profesional, es posible invocar el incumplimiento de deberes éticos no previstos en la Ley.** Se cumple así la garantía constitucional que señala como nadie puede ser juzgado sino conforme las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Tribunal Nacional de Ética Médica, S. Plena, Sent- Julio 13/84 M.P. Camilo Casas Santofimío) (Publicado en el Texto "Régimen Jurídico del Ejercicio Médico", Primera Edición, Legis, 1.998).

Ahora bien, el Tribunal decidió declarar responsable a mi representada por "(...) la violación del Artículo 7 de la ley 23 de 1981 en concordancia con el art. 3 y 4 del decreto 3380 de 1981 ...al no haber ajustado su conducta ética a los preceptos que obligan a abstenerse de prestar asistencia médica en los casos en que la actividad no corresponda a su especialidad (negrilla fuera de texto).

Como la norma legal que a juicio del Tribunal se infringió fue el artículo 7 de la ley 23 de 1981 en concordancia con el art. 3 y 4 del decreto 3380 de 1981, se impone su estudio.

La estructura de esta norma es la siguiente:

SUPUESTO DE HECHO: CUANDO NO SE TRATE DE CASOS DE URGENCIA Y EL CASO NO CORRESPONDA A LA ESPECIALIDAD DEL MÉDICO.

CONSECUENCIA JURÍDICA: EL MEDICO PODRÁ EXCUSARSE DE ASISTIR A UN ENFERMO.

En donde, por una parte se advierte en el supuesto de hecho dos requisitos:

1. Que no se trate de casos de urgencia

2. Que el caso no corresponda a la especialidad del médico.

De manera que si se dan estos requisitos, la consecuencia es que el médico PODRÁ excusarse de asistir a un enfermo.

Siendo de destacar que la norma no establece como consecuencia el DEBER para el médico de excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios cuando el caso no corresponda a su especialidad, sino que solamente prescribe una permisión de realizar dicha conducta, por ello el texto normativo utiliza la expresión "podrá", más no el imperativo "rehusará", como si lo hace el artículo 6 de la ley 23 de 1981, cuando de manera inequívoca ordena:

'El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral..."

Donde se advierte que cuando esta ley impone un deber de abstención utiliza la expresión rehusará, pero cuando concede una facultad, utiliza la expresión podrá.

Contenido del artículo 7 de la ley 23 de 1981 que es similar al contemplado por el artículo 4 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, que señala; "Con excepción de los casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios por las siguientes causas:

a) Sí se comprueba que el caso no corresponde a su especialidad, previo examen general..." (negrilla fuera de texto).

Donde esta norma lo que hace es reproducir nuevamente la autorización que la ley le concede al médico para, en presencia de esas especificas causales, no asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios.

Por consiguiente, no le es dable al Tribunal convertir en imperativo una actuación, que conforme al tenor de la normas en que basa el pliego de cargos, sólo es una conducta facultativa, que como toda permisión le da libertad de actuación al sujeto destinatario de la misma.

Pues bien sabemos que las normas mandan, prohíben o permiten, la primera establece deberes positivos o deberes de actuación, la segunda, deberes negativos o deberes de abstención, en tanto que la tercera, ni manda, ni prohibe. sino que simplemente toleran un comportamiento, que para la norma en comento, se traduce en que el orden jurídico le autoriza al médico en presencia de esas precisas causales, para no atender a un paciente, sin que sea violatorio del orden jurídico; pero en absoluto, que le ordene al médico a no hacerlo, como erróneamente lo interpreta el Tribunal, que pretende darle una interpretación extensiva a una norma que contempla una sanción, cuando lo dable en presencia de este tipo de normas es la interpretación restrictiva.

De esta manera el Tribunal confunde dos términos completamente distintos, cuáles son "deber" y "poder", pues conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el deber es "Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por la leyes naturales o positivas", mientras que el poder se refiere a "Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo".

Así, conforme al significado de estas palabras, podemos afirmar que el artículo 7 de (a ley 23 de 1981 le concedió la facultad o posibilidad al médico de negarse a prestar sus servicios cuando no corresponda a su especialidad, pero no el deber de hacerlo.

En consecuencia, el ente disciplinador no puede -pretextando que los tipos disciplinarios son de configuración abierta, como lo manifiesta el Tribunal en la Resolución 013-14-02-2007, por medio de la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por nosotros- establecer deberes donde no los existe, pues dicho proceder viola el principio de legalidad cuyo respeto le es exigible a todas las autoridades públicas -incluido por supuesto el Tribunal de Ética Médica, que ejerce una función pública- y además vulnera el derecho fundamental al debido proceso, ya que en materia disciplinaria éste no se garantiza únicamente con cumplir formalmente el procedimiento, sino que deben existir unas conductas que previamente estén señaladas como objeto de sanción, pero en forma alguna convertir una facultad en un deber, pues eso no es "tipicidad abierta", eso simplemente es crear prohibiciones donde la norma no las ha señalado, es decir crear la tipicidad donde no existe.

Sobre la taxatividad de la conducta típica ha dicho la Corte Constitucional:

"Así ha dicho esta Corporación lo siguiente:

"13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué "motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas112. De esa manera, ese principio protege la libertad 'individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se te imputa (CP art. 29).

14- Este principio de legalidad penal tiene varías dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, **y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca la imposición de penas que derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no por la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.** (...)16~ La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, **ya que la determinación concreta las cuáles son los hechos punibles recae finalmente,** en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas.

Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, **las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa el inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si la conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley**. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal".

Conforme lo anterior, podemos afirmar que el Tribunal vulnera el principio de legalidad, y el principio de tipicidad y de taxatividad, según el cual, **las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del Juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley**, pues el tribunal convirtió una facultad o posibilidad contemplada para el médico en el artículo 7 de la ley 23 de 1981, de excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios cuando el caso no corresponda a su especialidad, en un deber Jurídico susceptible de falta disciplinaria.

Pues no podemos perder de vista, que el procedimiento al que se refiere la Ley 23 de 1981, es un procedimiento disciplinario, y como tal está regido por el principio de legalidad, e! cual aparece regulado en materia disciplinaria en el artículo 4 de la Ley 734 del año 2002 que dispone: "El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos **que estén descritos como falta** en la ley vigente al momento de su realización." (negrilla y subrayado fuera de texto).

De manera que si el comportamiento del investigado no está descrito como falta en la ley vigente al momento de su realización, no procede la investigación en su contra y mucho menos sancionarlo, como lo efectuó el Tribunal.

Por las anteriores consideraciones, que demuestran que mi representada no ha violado el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 3 y 4 del decreto 3380 de 1981, se impone la revocatoria de la Resolución cuestionada.

Por lo anteriormente expuesto, con todo respeto solicito al TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA se sirva REVOCAR en su integridad la RESOLUCIÓN No. 029 de 8 de Julio de 2008, expedida por la SALA PLENA de ese Tribunal, que resolvió, entre otras decisiones, declarar responsable a la DRA. C.H. "...de la violación del artículo 7 de la ley 23 de 1.981, al no haber ajustado su conducta ética a los preceptos que obligan a abstenerse de prestar asistencia médica en los casos en que la actividad no corresponda a su especialidad, como en el presente caso respecto de las colposcopias biopsia, realizadas en virtud del programa Tamizaje para la detección temprana del CA del cerviz (sic)", ejecutado por ASMED SALUD para el año 2.006, ..."

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

1- LA TIPICIDAD EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

No es de recibo el argumento del recurrente, por cuanto claramente se especifica en el pliego de cargos la violación a los art.7 de la Ley 23 de 1.981 en concordancia con el art. 3 y 4 del decreto 3380 de 1.981.

Ley 23 de 1981

Artículo 7. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

a) Que el caso no corresponda a su especialidad.
b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
c) Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.

Decreto 3380 de 198:

"...Artículo 3. Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico.

Artículo 4. Con excepción de los casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios por las siguientes causas:

a) Si se comprueba que el caso no corresponde a su especialidad, previo examen general.

b) Que el paciente reciba atención de otro profesional que excluya la suya sin su previo consentimiento.

c) Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas, entendiéndose por éstas no sólo la formulación de tratamiento sino también los exámenes, juntas médicas, interconsultas y otras indicaciones generales que por su no realización afecten la salud del paciente…"

Todos los seres humanos en nuestra interrelación desarrollamos conductas. La conducta puede ser comisiva u omisiva y se presentan de forma culposa y dolosa, es decir, la conducta puede ser comisiva culposa, comisiva dolosa y omisiva culposa y omisiva dolosa.

La norma jurídica comporta dos presupuestos: Un Hecho Jurídico y la Consecuencia Jurídica. Cuando tomamos las conductas y las examinamos comparándola con el supuesto de hecho contenido en la norma penal estamos hablando de tipicidad.

El tipo ético disciplinario es un símbolo, precepto, descripción y lo podemos definir así:

"Es un instrumento legal lógicamente necesario, de naturaleza descriptiva que tiene como función individualizar las conductas desarrolladas por los médicos.

Todos los tipos éticos tienen una estructura así: Una Acción, un Resultado. Y una Relación de Causalidad.

Sujeto Activo: Lo encontramos referido siempre a la conducta de un médico.
Sujeto Pasivo: Es el sujeto en quien recae la acción, el Estado es el titular del bien jurídico tutelado de la ética profesional médica.

La conducta Se divide de manera general en comisiva. El elemento descriptivo es la norma que es una composición gramatical perfecta. El verbo rector es el verbo principal que hay en una formación gramatical, es aquello que desarrolla la acción.

El juicio de valoración es la evaluación que se hace de la conducta examinada para determinar si esa conducta se puede subsumir dentro de la descripción que trae el legislador.

El que interpreta o quien hace el estudio debe buscar la concordancia que existe entre la conducta desarrollada y la descripción hecha por el legislador, es decir, si sea conducta cabe dentro del tipo penal.

Cuando la respuesta es positiva, es decir, si esa conducta cabe de manera perfecta dentro de la descripción hecha por el legislador, o más técnicamente hablando, existe una adecuación típica, estamos frente a una conducta típica.

Entonces, el proceso de adecuación típica del magistrado es un proceso de valoración donde se evalúan el tipo y la conducta. La tipicidad es la respuesta afirmativa del resultado que nos da al comparar la conducta con el tipo penal.

La Ley 23 de 1981 tiene los tipos disciplinarios dispersos en toda su extensión, por lo que el trabajo del magistrado instructor es doblemente arduo: estudiar la conducta, compararla con los tipos descritos y subsumir esa conducta, en caso de ser ilícita, dentro de uno de esos tipos para comenzar a investigar

2- PRINCIPIO DE CONFIANZA EN MEDICINA

Una profesión consiste en la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. La profesión médica puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. La medicina es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación. La culpa nace de la incorrecta utilización de estas capacidades y se compara con las de aquel otro médico que usualmente las hubiese hecho funcionar en forma adecuada.

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica, que dice en su artículo 1, parágrafo 1:

"La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingo de nacionalidad, ni de orden económico, social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes."

Sin embargo, el ejercicio de la medicina puede lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley. La práctica quirúrgica en particular puede llevar al empeoramiento de las condiciones de salud de un enfermo

y a su ulterior deceso, los cuales son justificables solamente a la luz del ejercicio por parte de profesionales idóneos que actúen dentro de normas universalmente establecidas y que procedan con la debida diligencia en el cuidado de los pacientes.

Para que el ejercicio médico se encuentre dentro de la ley debe poseer toda una serie de requisitos. La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como:

"[...] la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar."

Cada país forma a sus profesionales de acuerdo con las necesidades sociales del momento, las normas internacionales de excelencia académica y los recursos disponibles. El título universitario implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica.

Solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades del país. La misma Ley 23 de 1981 lo especifica en su artículo 46:

"Para ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional
b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud
c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales."

Las facultades de medicina legalmente reconocidas que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). Además, de acuerdo con el Decreto 3380 de 1981, en su artículo 27:

"El Ministerio de Salud, expedirá a cada médico una tarjeta profesional que acredite su calidad de tal y que lo autoriza para el ejercicio legal de la profesión en todo el territorio de la República de Colombia."

En nuestro país se especifica que la medicina la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas.

La idea del 'monopolio médico' exclusivo de los profesionales intenta proteger a los miembros de la sociedad del riesgo del ejercicio por parte de personas sin la debida formación académica y científica. Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, sin cumplir esta exigencia, esta ejerciendo la medicina en forma ilegal.

El médico deberá emplear solamente aquellos métodos aceptados por la profesión y la sociedad con base en la Lex Artis (6). Quien no lo hace así, contraviene la Ley 23 de 1981, en su artículo 12):

"El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas."

¿Cuáles son estas instituciones? (Decreto 3380 de 1981, artículo 8)

"Para los efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden:

a) Las facultades de medicina legalmente reconocidas
b) Las academias y asociaciones médico- científicas reconocidas por la Ley o el Ministerio de Salud
c) La Academia Nacional de Medicina
d) Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica y de vigilancia y control en materia médico - científica"

Lo anterior quiere significar que, de acuerdo con el artículo 29-3 del Código Penal Colombiano, cuando se produzca una lesión a un bien jurídico en el

curso del ejercicio de una actividad lícita, si se actúa con base en normas de conducta definidas y a través de una acción cuidadosa, perita y diligente, no se quebranta la estructura jurídica y, por lo tanto, no se constituye en delito. Estos posibles daños inculpables, configuran los trastornos de tipo iatrogénico, previsible y social y científicamente aceptable, distinta de la malpraxis o mala práctica y, por tanto, no sujeta a consecuencias jurídicas si se efectúa dentro de la Lex Artis.

Se considera en este capítulo la conducta del profesional de la medicina, acreditado con título universitario. Porque otro caso es el del lego que, debido a las circunstancias del lugar y el modo, se ve forzado a echar mano de sus nociones o informaciones y conocimientos empíricos, para prestar ayuda en un intento por curar. Tal es el caso de la persona sin estudios formales en medicina, que ante la situación de inminencia de muerte de un semejante se ve obligado a actuar de alguna forma para salvarle la vida, constituyéndose en esta forma el típico estado de necesidad.

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, en su literal a), excusa al médico de la obligación general de prestar asistencia, cuando "el caso no corresponda a su especialidad". Esto es comprensible, según lo hemos visto, porque aun cuando se posea un título universitario que lo autorice a ejercer sin restricciones, su sentido ético le indicará muchas veces que, debido a las especiales circunstancias del caso, hará mejor en remitir al paciente a un colega que domine el campo específico. El mundo actual ha contemplado un avance de la ciencia que ha impuesto los 'especialismos' de que hablaba Ortega y Gasset, y así un hombre de ciencia "conoce muy bien su porciúncula del universo", pero siendo honesto, debe confesar que tratándose de dominios de saber que pertenecen a otros, su conocimiento en esos campos es restringido.

De modo que siendo un imperativo ético rehusar la atención siempre que exista la posibilidad de que un colega, verdadero especialista en el campo determinado que involucre la enfermedad del paciente, se encargue del asunto, el no hacerlo implica la asunción de la responsabilidad por el fracaso. Por otro lado, si se encuentra suficientemente capacitado, su actividad será la de un experto y no habrá de temer por acusaciones de incompetencia, llamada técnicamente culpa por impericia.

Como puede inferirse, no basta con exhibir un título genérico de idoneidad, cuando las circunstancias habrían ameritado y permitido que el paciente fuera puesto en manos de un especialista. A contrario sensu, puede descartarse sin

mayor análisis la pretensa responsabilidad de quien, en situación crítica, no ha tenido más alternativa y ha debido aceptar el reto que la enfermedad o la muerte de su semejante le imponen, consciente de su poco saber o experiencia. Esta excepción al deber general de cuidado interno, funciona exclusivamente como eso: como excepción.

Es entonces claro que la médica investigada, al no poseer un título de idoneidad, en lugar de un simple entrenamiento monodocente, no estaba respondiendo a la confianza que la sociedad depositó en ella al otorgarle el título de médico. De médico general. No de especialista, porque jamás efectuó estudios respectivos.

Esto la lleva a incursionar en el peligroso campo de la impericia médica

3- IMPERICIA MEDICA

No podemos pasar por alto el hecho de la impericia de quien no se somete al filtro de la especialización. Impericia que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de algunas ramas de la profesión médica y equivale a la 'inobservation des regles d'art' de la doctrina francesa; parcialmente a la 'malpractice' de los anglosajones y al 'kunstfehler' de los alemanes.

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia.

2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica.

3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado.

4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular.

5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada.

6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten.

Hay que mencionar que el período de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

Esto hace que sea una verdadera injusticia que médicos graduados que sacrifican otros años adicionales para perfeccionar sus habilidades en especialidades concretas, deban competir con quien en forma empírica se anuncia, por ejemplo, como "cirujano estético" y acompañe su afirmación con pedazos de cartón de cursos cortos, llamándose adicionalmente "discípulo" de grandes profesores que ni siquiera lo conocen.

No debe olvidarse que varios cursitos menores jamás reemplazan a un postgrado. Que los "diplomas" que se colocan en los muros de los consultorios muchas veces son apenas certificados de asistencia a esos cursos. Que los programas de especialización pueden provenir de organizaciones no universitarias (Centro Médico especializado para entrenamiento en cirugía del dedo pulgar izquierdo…conformado por tres amigos que decidieron que eran expertos mundiales en ese campo). Y que muchos certificados de especialista pueden ser falsos.

Se insiste, de nuevo, en que esta consideración es de aspecto exclusivamente médico. Sin embargo, sus implicaciones sirven de fundamento a muchas decisiones que evalúen la idoneidad de la acción profesional.

4- Respecto a la disertación que hace alrededor de los verbos poder y deber, debe hacerse notar al abogado defensor que cae en un claro sofisma de distracción, pues olvida que la norma expresa: Que el caso no corresponda a su ESPECIALIDAD. Esto quiere decir que hay innumerable número de procedimientos que corresponden al especialista y no a un médico general.

Los ginecólogos que efectúan colposcopias, jamás podrán compararse a un médico general parcialmente entrenado que también las hace. Y mucho menos cuando dicho médico general ha sido adiestrado en una técnica tan delicada simplemente por otro médico que, dicho sea de paso, no constituye una institución aceptada para tal fin. Además, la doctora en cuestión tampoco tenía contrato con la entidad que dirigía las colposcopias, lo que lleva a la lógica conclusión de tener que investigar al ginecólogo que firmaba los resultados de cada procedimiento sin haberlo efectuado y sin haberlo supervisado por lo menos, por posibles faltas a la ética médica y falsedad documental asociada.

Por último, es obvia la violación a la Lex Artis en medicina

Efectivamente, de las cuatro características principales que distinguen al acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis, por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.

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

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

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

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

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

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

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

La Lex Artis es experiencia, es estudio, es actualización periódica. Para abordar su esencia debemos ubicarnos en contextos históricos y sociales determinados. En medicina, se aprende de los casos clínicos, de la investigación, del contacto con otros médicos y, sobre todo, de la experiencia críticamente dirigida, la cual llega a ser acumulativa. A este respecto expresaba el filósofo John Locke:

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

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

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

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

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

De otro lado, el método científico es un procedimiento para describir condiciones en que se presentan sucesos específicos. Es la aplicación de la lógica a los hechos observados. A través de ella se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Su interés se centra en determinar características, propiedades, relaciones y procesos en los hechos observados; es verificable; se puede someter a confrontación empírica; es relativo (sus afirmaciones pueden ser reformadas); es sistemático; es comunicable por medio de un lenguaje específico; es descriptivo, explicativo y predictivo.

El valor científico de una teoría no puede determinarse en relación con su aceptación por la mente humana o por la sociedad misma cuando ésta está inundada de creencias dogmáticas y supersticiones. Esto no quiere decir que la ciencia y el científico no deban ser modestos y humildes frente a la ignorancia de lo que aún no se conoce.

"[...] con casi cada nuevo logro científico, con cada solución hipotética de un problema científico, el número de problemas no resueltos aumenta: y así mismo aumenta el grado de su dificultad; de hecho, ambos aumentan a una velocidad superior a la que lo hacen las soluciones. Y sería correcto decir que mientras nuestro conocimiento hipotético es finito, nuestra ignorancia, nuestra creciente ignorancia es infinita."

La tecnología es la aplicación de los conocimientos para resolver problemas humanos. Es el juego de procesos, herramientas, métodos, procedimientos y equipo que se utilizan para producir bienes y servicios. La tecnología hace suposiciones sobre los valores humanos de los productos materiales y la calidad de vida de trabajo, entre otras cosas. Existe una herencia del pasado en tecnología: El desarrollo del lenguaje, la domesticación de animales, la conservación de alimentos, el reloj mecánico, etc. El avance de la tecnología se ha denominado 'determinismo tecnológico'.

La tecnología determina el curso de la sociedad. Sin embargo, no debemos ser simples usuarios de tecnología, sino administradores de tecnología, tomando decisiones inteligentes que evalúen el impacto de la tecnología sobre los seres humanos y el medio ambiente.

Por esta razón, cuando se habla de la medicina como una ciencia, es preciso considerar a la vez, una tecnología que le proporciona instrumentos y una ética que imprime carácter a su trabajo.

Todos los elementos, científico, tecnológico y ético, pueden compilarse en la Lex Artis, que valora la aplicación del conocimiento médico con los parámetros de la excelencia.

Es evidente que para cada época han existido parámetros diferentes, dado el nivel de desarrollo científico alcanzado hasta ese momento. Con el paso del tiempo, unas 'verdades' van siendo reemplazadas por otras más firmes y el apoyo de la técnica o de la tecnología abre nuevos horizontes y permite la inauguración de nuevos métodos. Por esta razón algunos filósofos de la ciencia hablan ahora de la provisionalidad del conocimiento, de la falibilidad como principio y de la necesidad de generar, para esta epistemología antidogmática, una ética que considere las implicaciones de los descubrimientos científicos y sus aplicaciones tecnológicas.

Así, la Lex Artis ad Hoc vendría alimentada por el componente ético, que a veces pretende dejarse por puertas con el argumento de que la ciencia debe ser éticamente neutra si se quiere evitar su estancamiento. Pero no seria una ética de viejo cuño, que sobre el hombro del científico esté susurrando a cada paso: "detente, es malo lo que haces, está prohibido por la naturaleza; va en contra de los principios establecidos por siempre."

Sería una ética que considerara un valor absoluto: la honestidad. Y de él derivara todas sus consecuencias. Porque el médico honesto 'sabe que no sabe' o, en el mejor de los casos, 'cuán poco sabe'. Y entiende que no es depositario de la verdad absoluta, de modo que únicamente el estudio perseverante y el esfuerzo en la práctica harán que la falibilidad se reduzca a su mínima expresión. Y es consciente de la necesidad de una crítica que ponga a prueba sus teorías; y si con la crítica y la discusión encuentra un error, humildemente estará en capacidad y en disposición de aceptarlo y superarlo. ¿Quién duda entonces que una postura ética así, con ese entronque socrático, que es a la vez epistemológico, no se harían mejores profesionales de la medicina?

El médico tiene el deber de mantenerse constantemente actualizado. Y no solamente por afán científico o por el placer de conocer los últimos adelantos de su respectiva especialidad, sino por la obligación de conocer aquellos datos prácticos que tengan evidente repercusión en su ejercicio y que van a redundar en un mejor servicio a sus pacientes.

La literatura médica representa los informes de la experiencia de centros hospitalarios, instituciones investigativas y grupos de práctica que, utilizando

el método científico, describen investigaciones, avances técnicos, conceptos renovados y métodos terapéuticos adecuados para los diferentes tipos de enfermedades y trastornos que sufrimos los seres humanos.

Ya no basta, como en el pasado, con mencionar la 'experiencia personal', cuando ésta no ha sido sometida a la crítica de la ciencia. Hoy en día pesa más la mención de trabajos realizados en los diferentes hospitales, que hablan de centenares de casos y sus respectivos resultados, que el caso anecdótico de quien pretende fundamentar su conocimiento en una experiencia no controlada.

El cúmulo actual de información es de tal magnitud, que ya es imposible de asimilar incluso en aspectos específicos de alguna especialidad profesional. Sin embargo, la lectura diaria, la actividad académica, la discusión de los casos con colegas de igual altura intelectual, la revisión de temas, la publicación de casos y la docencia misma, son formas de mantener al médico actualizado.

Por esto, el profesional de la salud debe poseer habilidad específica, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la disfunción orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad. El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y exigente con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas. Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y maquinas correspondientes.

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica. En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir. En esencia, lo moralmente bueno es la 'buena voluntad'. Con ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención, pues además se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto.

Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas. La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo

previsto (artículo 16):

"La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados."

Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Un excelente cirujano, que por el acaecimiento de un suceso particular o por el transcurso del tiempo ve alteradas sus condiciones de motricidad fina, cometería una irresponsabilidad si no incluyera esa estimación del estado físico de su propia persona en la valoración del riesgo.

El consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia.

El médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico. Esto se contempla en la Ley 23 de 1981 (artículo 15): "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados".

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Éste puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado 'estado de necesidad', que obliga a intervenir a un paciente en

estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser 'pagadas' por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias:

- El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia)

- Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia)

- Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un

aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto).

En el plano jurídico, el error médico está constituido como entidad, por una constelación de datos, hechos, síntomas, pruebas y opiniones, que lo diferencian nítidamente del error común o vulgar que dan nacimiento a responsabilidad civil en otros términos.

En efecto, si se esta convencido de estar viajando por una vía con prelación y por no detener el vehículo se choca con el que trae la vía, se debe responder por ese error y por el daño que del mismo se ha derivado; hay una norma que indica la prelación de vías y eso basta. O si equivocadamente se estima como preciosa una piedra brillante que se posee y, de buena fe, se vende a otra persona, se deberá responder por el error y resarcir de todo perjuicio a quien tomó la gema falsa creyendo en la palabra de quien la vendió; en este caso, el juicio falso produjo para el vendedor un provecho inmerecido. Estas son equivocaciones en las que un hombre diligente no incurriría en condiciones normales.

Pero un médico que trata de diagnosticar el mal que aqueja a su paciente: Debe siempre acertar, so pena de responder de su equivocación ? Habrá de constatarse no un hecho sencillo como los anteriormente enunciados, sino una constelación, un universo, un conjunto, una suma de signos y síntomas, de respuestas dadas por el paciente, de resultados de los exámenes de laboratorio, de datos suministrados por el estado actual de la ciencia, de información que objetivamente o subjetivamente se entrecruza para obtener, finalmente, una explicación o diagnóstico, que será apenas el punto de partida de una conducta a asumir, o pronóstico.

Y entre el abanico de posibles opciones, el médico tendrá que escoger la más acertada, como quiera que siempre habrá 'otra posibilidad' de interpretar esta realidad compleja. No siendo infalible, el médico puede cometer errores de apreciación, que lo conduzcan a un tratamiento equivocado. Véase, pues, como es diferente el resultado de un error de construcción intelectual, a una percepción simplemente equivocada del objeto. En el primero juegan, además de la corrección ontológica (adecuada percepción del objeto), la corrección lógica (adecuada construcción del raciocinio).

Para saber si ésta es la casa de Arturo, simplemente he de preguntar y escuchar la respuesta: sí o no. Para saber, en cambio, si Arturo está enfermo de hepatitis,

habrán de conjugarse muchos juicios, inferencias, deducciones y observaciones sensoriales correctas, mezclados entre sí.

El médico emite conceptos y basado en ellos realiza acciones; en todo el trayecto, el error permanecerá al acecho, debido a esto, el problema esencial no estriba en plantear un diagnóstico, sino en darle una certeza definitiva. Utilizando términos estadísticos, cuando se encuentra presente el azar, cualquier forma ordenada de conocimiento trata de delimitar las causas de error, para hablar entonces del 'margen de error' en sus resultados.

¿Puede equivocarse el médico al efectuar un diagnóstico o al prescribir el tratamiento? Obviamente que sí. ¿Debe responder el médico por cada error que cometa en su actividad profesional? ¡No! Únicamente responderá del error culpable, esto es, del ocasionado en una imperita, negligente o imprudente práctica profesional, siempre a la luz de la Lex Artis o norma de excelencia del momento en el cual se juzgue su conducta.

5- DEBIDO PROCESO

Habla el abogado de violación al debido proceso, lo cual no se evidencia en ninguna parte del proceso

Recordemos que el Debido Proceso está constituido por todas las garantías de las cuales deben estar revestidas las personas que acuden al proceso, sin discriminación de ninguna especie, es decir, la garantía del demandante y el demandado, de la mujer y el hombre, etc.

Hasta el mayor criminal tiene derecho al Debido Proceso. En la misma Biblia se menciona al Creador indagando a Adán antes de expulsarlo del Paraíso.

El Debido Proceso debe guardarse en todas las actuaciones, públicas y privadas. En este último aspecto, cuando una entidad privada presta un servicio público como la educación, debe, con mayor razón, sujetarse al Debido Proceso.

Este Debido Proceso encarna varios derechos concomitantes:

DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Jurisdicción es la función pública de administrar justicia

Es tener derecho al acceso a la administración de justicia, cuando se trata de preservar un derecho que se considera vulnerado.

El Derecho a la Acción es poner en marcha el aparato judicial del Estado. Si se mira a la luz del art 229 de la CN, se incluye como norma esencial

Además el derecho a obtener de dicha administración una decisión debidamente motivada.

De las providencias judiciales, las que entran a decidir áreas importantes (Actos interlocutorios) y las que deciden (Sentencias), deben acompañarse de motivación o sustento de la decisión judicial. Esto garantiza el derecho a la defensa, en la medida en que se tiene conocimiento de los motivos que indujeron al juez la decisión y, en consecuencia, puede controvertirse o impugnar esa decisión. Si no se conocen los motivos, no hay forma de controvertir la mencionada decisión

Derecho a impugnar las decisiones judiciales

Los recursos son ordinarios y extraordinarios
Los ordinarios son: Reposición, apelación, queja y suplica
Los extraordinarios son Casación y Revisión

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

Derecho a ejecutar lo decidido

Dentro de los poderes de la jurisdicción está el poder de ejecución, es decir, de ejecutar lo decidido, para que la administración de justicia no sea un rey de burlas.

No basta con que el juez diga que se deba entregar una suma determinada de dinero, si el funcionario no tiene la capacidad de hacerlo real, de convertirlo en hecho concreto. Para esto se diseñó el mecanismo de embargo y secuestre de bienes, para su remate y con el producido se paga la obligación.

Al arrendador no solo le interesa que le entreguen lo que se debe sino que se lance al arrendatario incumplido. Y la sentencia tiene mérito ejecutivo

En el ámbito labora, al trabajador despedido sin justa causa a quien se da la razón por brazos caídos, no es efectiva la simple sentencia del juez, a no ser que se ejecute lo ordenado por el funcionario judicial.

DERECHO AL JUEZ NATURAL

Debe conocerse con antelación cuál es el juez que debe conocer de una conducta. Tiene aplicabilidad en todas las áreas, pero especialmente en el campo penal

Por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil se establece qué debe conocer el Juez Municipal, el Juez de Circuito, Los Tribunales y la Corte

En el campo penal, la parte instructiva del proceso penal la instruye el fiscal, quien dicta o no resolución de acusación
Al surtirse esta etapa se llega al conocimiento del juez

Fiscal seccional Penal de Circuito
Fiscal ante Tribunal Sala penal de Tribunal
Fiscal ante Corte- Sala de Casación de la Corte

En el campo laboral está el juez laboral, quien conoce en única instancia de tantos salarios mínimos y en primera instancia, a partir de tantos salarios mínimos

Esto está pre establecido y lo conoce todo el mundo

Por qué se admite la rebaja de penas a partir de confesión? Porque se parte de la base de la celeridad del proceso, a descongestión de juzgados y cárceles. Hay, en última instancia, hay economía procesal y se evita el desgaste de la rama judicial si se pide, por ejemplo, sentencia anticipada.

Jurisdicción, legitimidad y competencia pre establecidas

PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS

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

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

No implica esto que todo el mundo tenga acceso al proceso, sino las partes interesadas y que conforman los sujetos procesales.

Es público en el sentido en que se encuentra al alcance de todos, pues la ley dice qué juez, qué técnica, qué términos, etc.

Además, protege el desarrollo normal del proceso. Tan nocivo es un proceso acelerado como uno demorado.

El proceso tardío trae desazón para los asociados.

La ley 446 le ordena al juez, de manera perentoria, el cumplimiento de los términos.

Por ejemplo, si el juez dicta los actos de sustanciación no son dictados en tres días sino en diez, los actos no pierden su valor. O si la sentencia se demora varios meses, sigue siendo válida.

Por eso dice López que los términos son para las partes. Pero si a ese funcionario se le demuestra una dilación injustificada, puede estar incurso en un delito, una responsabilidad disciplinaria y una responsabilidad civil.

Art 40 del CPC. Responsabilidades del juez. Responden por dolo, por demorar las providencias, etc.

En las grandes ciudades los jueces se encuentran congestionados por la cantidad de negocios. Sin embargo, eso no es argumento para no hacer lo que se debe hacer

También puede haber dilación por las partes, porque es posible que contra una providencia no proceda un recurso y se interpone.

En los procesos de restitución o lanzamiento se utiliza este truco de interponer recursos para demorar el acto judicial

Ahora, si hay una irregularidad procesal, se genera una nulidad. Pero la demora en sí no invalida la actuación judicial.

En el caso penal, cuando se detiene a una persona por demora en el proceso, se puede recurrir al Habeas Corpus, que permite la salida del sindicado. Pero eso no anula la decisión judicial.

INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Quiere decir que el juez es autónomo, soberano, en su función pública de administrar justicia.

Que al decir del artículo 230 de la CN, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley.

Pero además esta independencia hace referencia a que no haya ninguna perturbación de índole económica, política, social, religiosa, étnica, etc en la administración de justicia y que el juez solamente actúe bajo el mandato constitucional sometido al imperio de la ley

También quiere decir que no se inmiscuyan las otras ramas del poder público, sea legislativo o ejecutivo.

La creación del Consejo Superior de la Judicatura tiene como una de sus finalidades, desligar a la rama judicial del legislativo y el ejecutivo. Esto sucedía hasta 1991.

La forma de influencia más lastimosa era la dependencia económica del ejecutivo con las adiciones presupuestales, cuyos funcionarios presionaban su entrega a la aparición de algunos fallos.

A partir de su creación, la encargada de gerenciar el presupuesto en su elaboración y ejecución es la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

Así se eliminan las influencias nocivas de las otras ramas del poder público.

De otro lado, se encuentra en trámite la reforma de los concursos para los cargos de jueces, en el aspecto de seleccionar entre la lista de elegibles. Afortunadamente, por acciones de tutela, se ha hecho respetar el orden

Pero una carrera administrativa específica dota de independencia a la rama judicial, especialmente en la periferia, en donde los caciques de turno influyen en los nombramientos de jueces.

DERECHO A LA DEFENSA

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

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

La Defensa puede ser judicial y técnica o material (En el caso de la Justicia Penal, está a cargo de un defensor nombrado por el procesado, el cual debe ser abogado con tarjeta profesional vigente o los estudiantes de consultorio jurídico y la defensoría).

Es obligatoria en el Derecho Penal, así el procesado no quiera defenderse o no tenga los recursos para pagarlos. Todos los abogados deben obligatoriamente prestar el servicio de defensor de oficio, a excepción de los funcionarios públicos y los defensores que tengan más de 3 defensorías de oficio en ese momento. El defensor de oficio tiene facultades ilimitadas si están dentro de la ley.

CONCLUSIONES

El proceso se dirigió de manera adecuada. No se violaron derechos fundamentales ni normas jurídicas procesales de ningún tipo. La doctora encartada al efectuar procedimientos para los cuales no se encontraba autorizada cayó en dos causales de culpabilidad: Impericia e imprudencia.

En caso de encontrarse el desarrollo de un carcinoma de cervix en las mujeres que fueron sometidas a colposcopia por un médico general no calificado: Responderá por las consecuencias de su error? Obviamente en este caso deberá hacerlo, con todas las consecuencias legales que sobrevengan.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Confirmar, como en efecto confirma, la decisión de declarar responsable a la DRA. C.H., identificada con cédula de ciudadanía No. … de .., de la violación del Art. 7 de la Ley 23 de 1.981 en concordancia con el Art. 3 y 4 del Decreto 3380 de 1.981, al no haber ajustado su conducta ética a los preceptos que obligan a abstenerse de prestar asistencia médica en los casos en que la actividad no corresponda a su especialidad, como en el presente caso respecto de las colposcopias, biopsia realizadas en virtud del programa Tamizaje para (la detección temprana del CA del cerviz), ejecutado por ASMED SALUD para el año 2.006. ARTICULO SEGUNDO: Confirmar la sanción disciplinaria consistente en CENSURA ESCRITA Y PUBLICA. ARTICULO TERCERO. Confirmar el inicio de investigación en contra del DR. J,V,E,, para determinar si efectivamente faltó a uno o varios artículos de la Ley 23 de 1981. ARTICULO CUARTO. Encarecemos al Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca que esta nueva investigación se lleve a efecto de manera rápida, para evitar el fenómeno de la prescripción. ARTÍCULO QUINTO - Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada, MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, junio veintitrés (23) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1277 del veintitrés (23) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REFERENCIA: PROCESO No. 1958-14 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.

DEMANDADO: DOCTOR G.R.V.
DENUNCIANTE: HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO
PACIENTE: M.A.F.O.

ASUNTO. Solicitud de Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por termino superior a seis meses

Providencia No. 50-2015.
MAGISTRADO PONENTE: DOCTOR FERNANDO GUZMÁN MORA

VISTOS

Mediante RESOLUCIÓN No. 001-2015 del 28 de enero de 2015, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca resolvió "Dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica de este proceso a fin de determinar si el médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía … de .. y tarjeta profesional …, es merecedor a sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio profesional de mas de seis meses por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia".

El expediente fue enviado por "error involuntario" a la carrera 66ª N 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno

principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

Cabe mencionar que existen además serias irregularidades en los tiempos transcurridos entre actos procesales en este caso, para lo cual NO SE ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN LÓGICA DE NINGÚN TIPO .

HECHOS

El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO "ESE".

En el se hacia relación a una comunicación de la Personería Municipal de Yumbo (Valle) fechada 14 de enero de 2011 en donde se solicitaba al Hospital La Buena Esperanza del mismo municipio, información respecto de la atención a la señora M.A.F.P. identificada con cédula de ciudadanía número …., en relación con lo que se calificó como un "mal procedimiento médico" asociado a un dispositivo intrauterino.

La mencionada paciente fue atendida el 13 de mayo de 2010 para realizar procedimiento de planificación familiar (DIU) por la médica UN. H.M.G..

El 3 de junio de 2010, el Gerente del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, mediante oficio firmado por T.A.F.F., se notificó oficialmente del fallo ético disciplinario confirmado por el Ministerio de Protección Social, en relación con la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de cinco años, impuesta al médico G.R.V. (folio 0067 del cuaderno principal).

El 17 de junio de 2010, en control médico se le informó a la paciente que no se encontraba el dispositivo supuestamente implantado, y solicitaron una radiografía, ordenando nueva cita para el 28 de diciembre de 2010, es decir, seis meses después.

El 13 de julio de 2010, consultó al mismo hospital por dolores pélvicos y fue atendida por el médico I.M.L., quien ordenó a la enfermera de turno retirar el dispositivo, el cual no fue visualizado por la mencionada profesional. Frente a esto,, el médico formuló diclofenaco y ordenó una ecografía pélvica. Esta fue efectuada el 14 de julio y no logró detectarse el DIU, el cual

posteriormente fue descubierto mediante radiografía de abdomen simple en la cavidad abdominal.

El 19 de Julio de 2010 fue revisada por el médico G.R.V., quien en ese momento se encontraba suspendido del ejercicio de la medicina por el término de cinco años , por abuso sexual en paciente femenina, como adelante se mencionará en su momento.

El 7 de agosto fue recibida en interconsulta por el especialista en ginecología M.V.R., quien programó cirugía para el 7 de diciembre de 2010. Dicho procedimiento fue efectuado por el médico E.Q., quien encontró daños en una de las trompas de Falopio por efectos de la implantación del DIU.

El 8 de febrero de 2011, una junta médica del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, decidió remitir el caso ante el tribunal seccional de ética médica, con el objeto de definir la responsabilidad derivada del procedimiento inicial de colocación de DIU.

El oficio fue recibido por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente).

POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUÉS DEL ULTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

Allí se "repartieron" las diligencias al Magistrado DAIRO DE JESÚS GUTIÉRREZ CUELLO, quien ordenó apertura de investigación el 19 de febrero de 2014.

El 31 de marzo de 2014 el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo respondió que el ciudadano G.R.V. no prestaba sus servicios en la institución desde agosto 5 de 2010.

Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

Se nombró DEFENSOR DE OFICIO el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNANDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014.

El médico G.R.V., en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LOPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud.

El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V., por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica:

…

4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional.

...

9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

...

Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento Médico:

- Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;
- Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen;

- Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética;
- Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;
- Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente;
- Guardar y respetar los secretos a mí confiados;
- Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;
- Considerar como hermanos a mis colegas;
- Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;
- Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;
- Solemne y espontáneamente (sic), bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

…

Artículo 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional;

b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;

c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.

….

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LA INEFICIENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Existen serias irregularidades en los tiempos transcurridos entre actos procesales en este caso, para lo cual NO SE ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN LÓGICA DE NINGÚN TIPO y que hacen sospechar MALA FE en el manejo de este caso.

Recapitulemos las fechas

• El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO "ESE".

• El oficio fue considerado por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente)

• POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUÉS DEL ULTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

• El expediente fue enviado por "error involuntario" a la carrera 66ª N 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

• Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

• Se nombró DEFENSOR DE OFICIO el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014

• El médico G.R.V., en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LÓPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud.

• El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V., por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

Es imprescindible preguntarse dos cosas en estos tiempos procesales:

1- Por qué motivos se presentó una demora de mas de dos años y medio entre

la fecha de recibo de la queja (25 de abril de 2011) y el siguiente acto procesal (12 de febrero de 2014)??

2- A que se debe que, luego de esta inexplicable y vergonzosa demora, vuelva a presentarse una nueva dilación entre el 27 de febrero de 2014 y el 28 de enero de 2015, fecha en que se decidió el envío al Tribunal Nacional de Ética Médica?

3- Y para completar semejantes dilaciones, entre la fecha de decisión de envío a la segunda instancia y el recibo en el Tribunal de segunda instancia transcurren otros cinco meses?

Porque aquí podemos argumentar los siguientes planteamientos:

a- No es de aceptación que un tribunal seccional se tome casi tres años entre el primero y el segundo acto procesal.

b- No es de recibo que se presente una nueva demora de un año adicional entre dos nuevos actos procesales que definen rápidamente un envío de cuadernos procesales.

c- Es francamente absurdo que, encima de todo, se tomen cinco meses para enviar un expediente entre Cali y Bogotá.

No se puede aceptar esta situación que, lejos de traducir una simple ineficiencia judicial, orientan mas bien a una dilación premeditada de un proceso en que se está juzgando la conducta de un verdadero delincuente ético médico.

Y esta afirmación no es gratuita. Un profesional de la medicina que recibe al menos tres sanciones por actos condenados por los tribunales médicos deontológicos es un sujeto de alta peligrosidad para la sociedad. Y mucho mas en tratándose de actos relacionados con el pudor sexual de las pacientes, no en una sino en tres ocasiones.

Y para recordarle al tribunal de primera instancia, nos permitimos recordar los procesos en los que este sujeto ha sido condenado:

• 2004. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de 45 días por agresión sexual a la señora M.S.C.

• 2009. Sanción de seis meses por agresión sexual a la señora D.R.R..

Confirmado por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 20 de octubre de 2009 mediante providencia 78-09.

• 2009. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años por agresión sexual a la señora C.C.H., mediante providencia 61-09. Esta fue confirmada por el Ministerio de la Protección Social el 12 de abril de 2010, al resolver el recurso de apelación.

Estos hechos no tienen ningún fundamento lógico, ninguna excusa válida y absolutamente ninguna explicación intelectualmente aceptable.

Por tal motivo no queda otro camino que solicitar la intervención de la Procuraduría General de la Nación para que investigue semejantes atropellos a la justicia médica y a la buena fe social.

II- RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES DEL SUJETO DISCIPLINADO

Es francamente indispensable consignar en esta providencia las sentencias de este Tribunal Nacional en contra de este individuo con título de médico:

1- PRIMER PROCESO

Bogotá, noviembre dieciocho (18) del año dos mil ocho (2008).

SALA PLENA SESIÓN No.980 DEL DIECIOCHO (18) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO (2008).

REFERENCIA: *PROCESO No. 836-06 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.*
DEMANDADO: *DOCTOR G.R.V.*
DENUNCIANTE: *SRA. MERY SÁNCHEZ CADAVID*

MAGISTRADO PONENTE: Doctor Miguel Otero Cadena
Providencia No. 61-2008

ASUNTO

Apelación de la RESOLUCIÓN No. 005-2008 del 28 de mayo de 2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio del cual Resuelve "Imponer sanción de SUSPENSIÓN en el ejercicio profesional de la medicina

durante un período de cuarenta y cinco (45) días al Dr. G.R.V., identificado con la cédula de ciudadanía No. .. de ., registro médico … como infractor a los Art. 1 num. 1 y 9, 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, por los hechos relacionados con la paciente señora M.S.C.," dentro del Proceso 836-06.

HECHOS

El 7 de febrero de 2006 el Hospital Buena Esperanza de Yumbo envió al Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca la queja interpuesta por la señora M.S.C. por la actitud del doctor G.R.V. durante la consulta médica en el puesto de salud de Buenos Aires el día 16 de marzo de 2005.

En la declaración de la señora S. ante la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo Valle, manifiesta: "En el puesto de salud de Buenos Aires me hicieron la citología me salió con inflamación en el cuello uterino y en el resultado me salió la inflamación entonces la enfermera me dijo que tenía que pasar con el médico entonces yo saqué la cita y entonces me atendió el Doctor G.R.V., cuando pasé me dijo que tenía entonces yo le pasé el resultado lo que me había salido en la citología, el lo miro y me preguntó que si me dolía para orinar, teniendo relaciones entonces yo le contesté que no me dolía nada ni me ardía tampoco, me dijo que me subiera a la camilla, que me iba a revisar y me preguntó que cuantos orgasmos tenía al tener relaciones con mi esposo, entonces yo le dije que a veces no tenía, entonces el me dijo que me iba a revisar por que de pronto me hacía falta estimulación entonces me dijo que abriera las piernas que me iba a revisar y me empezó a meter los dedos entonces me apretaba como al lado de los ovarios y me dolía porque me hacía muy duro, duró unos minutos examinándome así de lado a lado y entonces después ya me dijo que yo era muy seca y que me iba a estimular y yo le dije que no, porque me daba vergüenza con un desconocido, y el me contestó que no que me relajara que tranquila que no pasaba nada y me empezó a frotar el clítoris y me metía los dedos y me decía que soltara el estómago y el me dijo que me iba a frotar cinco minutitos y le dije que no porque si no con mi esposo mucho menos con una persona desconocida, el me dijo que me relajara que si yo veía que me iba a desarrollar que me viniera que no pasaba nada, yo le dije que no que no podía y yo quería cerrar las piernas, entonces volvió y le dije que pena si no podía con mi esposo y me paré, ya me dijo que me subiera el interior y me dio una formula que porque yo tenía nervios, entonces yo le recibí la formula que me pasó y dejé ese examen ahí tirado y salí de una, Y le comenté a la enfermera, y ella me contestó que no era la primera vez que con otras personas había pasado lo mismo y que ellos no habían dicho nada por miedo de verse involucrados y pues ella me dijo

que si yo gustaba que hiciera una carta que ella me daba el nombre del médico, entonces pues yo le dije que si, pero pues como yo también comenté en la casa entonces me dijeron que eso era tiempo perdido porque ya después iban ha decir que la palabra del uno contra la de un médico no le iban a ser caso a uno de lo que uno decía contra un médico y después de ese examen con él me salía un flujo con sangre y yo nunca había tenido ese dolor y menos bajito. Después yo saque cita con la Doctora M.F.E. y entonces ella me preguntó que me pasaba y yo le conté que el Doctor me había masturbado y entonces yo le dije que después de ese examen que el me hizo me salió flujo sanguinolento, entonces ella me dijo que porque no había hecho un escándalo para que dejara de ser tan atrevido, entonces ella me trató me mandó óvulos, una ecografía y un examen y entonces tenía que cauterizarme por que tenía un desgarre de un parto entonces pues lo del flujo era lastimada."

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de acuerdo al Proceso Disciplinario No.836-06 que consta de 86 folios allegó la historias clínica de la paciente, las declaraciones de la señora M.S., de la señora A.P.M. auxiliar de enfermería, y la versión libre rendida por el doctor G.R.V. el día 4 de diciembre de 2006.

En Auto Interlocutorio No. 053~2007 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 19 de diciembre de 2007 se Resuelve: "PRIMERO.-Declarar que existe mérito para formular cargos contra Dr. G.R.V., por presunta violación a los artículo 1º. Numerales 1º y 9º, artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981.

SEGUNDO.- Señálase el día 30 de enero de 2008, hora 9:30 AM Para realización de la diligencia de descargos."

En la diligencia de Descargos realizada el día 2 de abril de 2008 y el respectivo documento de soporte el Doctor G.R.V. V., acompañado de su apoderado el Dr. GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ RESTREPO explica la forma como él interpreta los resultados de las citologías en general considerando que si existen "células que indiquen la inflamación, puede corresponder a un proceso tumoral, infeccioso de sitio d la citología o de tejido adyacente, por eso no me quedo con el solo resultado, si no que interrogo con síntomas asociados y lo complemento con un examen del área afectada"

Ante la pregunta si había utilizado especulo para revisar el cerviz de la paciente, informa que no lo utilizó por no disponerse de este elemento en el centro de salud y que realizó un examen ginecológico por medio del tacto vaginal, en la

versión libre folio 30 manifestó "encontré un proceso de erosión de cuello y flujo alrededor del cuello, no muy abundante, incluso externamente era muy difícil por que la paciente estaba muy tensa, desafortunadamente no hay lubricante en el puesto de salud, entonces lo que se utiliza es Isodine cuando lo hay".

Realiza una explicación del tratamiento que empleó en esta paciente y que había empleado en otras pacientes con patología de infección similar, tratamiento no convencional y no soportado por la literatura médica a no ser en "foros por Internet principalmente en España" que es "mas efectiva que el uso de los antibióticos convencionales, produciendo un tratamiento más paliativo sobre la infección que lo normal".

El tratamiento lo realiza con guates de látex a pesar que estos ocasionan inconformidad por ser "abrasivos" lo mismo que el uso de la gasa que impregna en Isodine y produce abrasión de los tejidos inflamados e infectados y con esto se obtiene según él, el estímulo para la regeneración de los tejidos.

Considera que la paciente no entendió las explicaciones dadas por su nivel socio cultural, que generalmente en el centro de salud las pacientes pertenecen al estrato 1 y 2, pero que con pacientes de mayor nivel socio cultural "es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos".

Explica que ante la supuesta violación de los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81 en el Centro de Salud no se dispone de elementos para llevar una historia clínica en mejor forma y él tiene dificultades en la escritura.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la Resolución No.005~2008 del veintiocho de mayo de 2008 no aceptó los descargos presentados por el Doctor G.R.V. y le impuso la sanción disciplinaria de SUSPENSIÓN en el ejercicio de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días.

Con fecha 1 de julio de 2008 el apoderado del Doctor R.V. interpuso recurso de reposición y subsidio de Apelación a la resolución 005-2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 10 de septiembre de 2008 resolvió no reponer la resolución 005-2008 del 28 de mayo de2008 y concedió la Apelación para ante este Tribunal.

El Recurso de Apelación fue remitido al Tribunal Nacional el día 10 de septiembre de 2008 y repartido en sala mediante sorteo en Sala Plena el 30 de septiembre de 2008, correspondió al doctor Miguel Otero Cadena como Magistrado Ponente.

CONSIDERACIONES

Manifiesta el Dr. GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ RESTREPO en calidad de apoderado judicial del Dr. G.R.V. sustenta los recursos de Reposición y en subsidio de Apelación explicando que el Dr. G.R. fue muy explicito en las explicaciones dadas a la paciente sobre los procedimientos que le "permitieran al galeno descartar la presencia de otros cuadros infecciosos dada la patología de la paciente, pues es claro que es mejor establecer de manera inmediata el diagnóstico de la paciente a fin de formular e iniciar la estrategia clínica pertinente a fin de dar final satisfactorio al cuadro presentado por la señora M.S.C.. De allí que a pesar de la de presunta incomodidad física generada a la paciente no se llevó acabo de manera voluntaria o mucho menos por una actitud deshonrosa por parte del Dr. R."

Considera el Dr. Gómez que la paciente mal interpretó las explicaciones dadas por el médico y que los procedimientos fueron realizados para producir efectos benéficos y por lo tanto la queja es infundada. Agrega más adelante que la interpretación errónea por parte de la paciente, pudo haber sido por su "condición social".

El Tribunal Nacional no encuentra lógicas las explicaciones dadas por el Dr. G.R.V. en la versión libre rendida el 4 de diciembre de 2006, folios 29 a 32, ni las dadas en la diligencia de descargos del 2 de abril de 2008, para demostrar que las maniobras o "procedimientos" no convencionales ni soportados científicamente realizados a la paciente, ni registrados correctamente en la historia clínica, fueron con fines terapéuticos o según el abogado Dr. Gómez a folio 72 con fines diagnósticos. Tampoco se entiende cómo sin especulo y unos guantes de látex que producen supuestamente abrasión realiza diagnóstico de erosiones del cuello uterino y no utilizó si tenía dudas del diagnóstico y no contaba con los elementos adecuados en el centro de salud, la remisión de la paciente a un mayor nivel de atención, sin recurrir a métodos no entendibles por la paciente, a pesar de ser bachiller, ni por esta Sala del Tribunal Nacional.

No es aceptable que se apoyen tanto el médico endilgado como su apoderado en el nivel socio-económico o en el estrato 1-2 de la paciente, la interpretación que hiciera ella de las explicaciones del procedimiento.

Desvirtúan la queja de la paciente por el tiempo transcurrido entre los hechos y la presentación escrita de la misma. El Tribunal Seccional encuentra en las explicaciones dadas por la quejosa y el testimonio de la auxiliar de enfermería, justificación a esa demora que se encuentra dentro de los términos establecidos por la Ley.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sostenido que cuando se presentan actividades delictivas atentatorias contra el pudor y la libertad sexual ha de darse credibilidad a la víctima cuando el testimonio de la víctima es coherente, concordante y no existen circunstancias que hagan temer por una acusación temeraria, vindicativa, interesada o por cualquier otra circunstancia que hiciera temer por su veracidad. Esta Corporación comparte ese criterio porque casi un porcentaje del ciento por ciento de estas conductas contra el pudor y la libertad sexual ocurren por razones obvias sin la presencia de testigos. En tales circunstancias aceptar tan peregrina tesis sería admitir que esta clase de atentados quedaran siempre en la más absoluta impunidad. En el caso sub judice nos encontramos con el testimonio de una mujer humilde pero honesta y eso se infiere de su lenguaje y de la forma como relata los hechos acaecidos; esposa preocupada con los abusivos desmanes del médico tratante, preocupada fundamentalmente por su posición ante su esposo y sin que se pueda deducir que hubiera llegado a tener interés en perjudicar al médico. Es desde todo punto de vista prácticamente imposible que una mujer en su calidad de esposa y madre vaya a inventarse tan absurdas acusaciones sin que las mismas hubieran ocurrido en la realidad.

Por el contrario encuentra la Sala que su dicho es concordante con el extraño y desconocido método diagnóstico o tratamiento utilizado por el acusado, la no utilización del especulo que es indispensable, igualmente la falta de una enfermera que en este tipo de exámenes es necesariamente requerida; las anteriores circunstancias unidas a lo comentado por la auxiliar cuando la paciente salió asustada del consultorio, de que no era el primer caso, son razones más que suficientes para darle credibilidad a lo denunciado por la quejosa.

En el Capitulo 59 pagina 1425 del Libro DERECHO MÉDICO COLOMBIANO – RESPONSABILIDAD ÉTICA MÉDICA DISCIPLINARIA de Fernando Guzmán y otros, que trata de DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MÉDICO dice:

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominación sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula

su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente.

Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona; Su intimidad.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca tanto al elevar pliego de cargos como al sancionar al Dr. G.R. V., se basa en el Capitulo I de la Ley 23 de 1981 que trata de la DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS, principios que expresamente lo señala el Artículo 1 constituyen el "fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

1.La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico- socia, racial, político o religioso . El respeto por la vida y los fueros de las persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes."

Teniendo en cuenta que en el recurso de Apelación no se desvirtúan los cargos y no quedan dudas, no hay lugar a la solicitud de resolver el proceso a favor del investigado.

En relación a la infracción a los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81, existe reconocimiento con algunos atenuantes relacionados con las dificultades en la caligrafía manifestados por el Dr. R., pero que no impiden se cumpla con la norma referente a lo señalado al registro de las condiciones de salud en la historia clínica.

La Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica considera con todo respeto que el Tribunal Seccional al señalar la sanción la aplicó con exagerada benevolencia.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: Confirmar el auto interlocutorio No.005~2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de fecha 28 de mayo de 2008.

ARTICULO SEGUNDO: Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

2- SEGUNDO PROCESO

Bogotá, septiembre primero (1) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1015 DEL PRIMERO (1) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: *Proceso No. 840, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle*
Contra *Dr. G.R.*
Denunciante: *Señora C.C.H.B*
Asunto: *Sanción de Suspensión por más de seis meses*

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega. MD.
Providencia No. 61-09

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, en sala plena del 10 de Junio de 2009, resolvió enviar al Tribunal Nacional de Ética Médica el proceso adelantado contra el doctor G.R.V., por queja presentada por la señora C.C.H.B., para la posible imposición de sanción consistente en Suspensión en el Ejercicio Profesional por lapso superior a seis meses. El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 5 de Agosto de 2009; puesto para reparto en la sala plena del 11 de Agosto, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

En escrito fechado el 7 de Febrero de 2006, la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital Buena Esperanza de la localidad de Yumbo, Valle del Cauca, envió al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca la queja presentada por la señora C.C.H.B, contra el médico G.R.V., junto con el auto No. 016-06 de dicha oficina y los anexos correspondientes, para que el tribunal abocara el conocimiento de la queja dentro de su competencia legal.
En la ampliación y ratificación de queja presentada bajo juramento a la ya

dicha oficina de Control Interno Disciplinario por la señora C.C.H.B (folios 7 y 8 rectos), relata ella que el 28 de Diciembre de 2005 fue atendida en la consulta externa del hospital por el doctor G.R. quien la venía controlando al parecer por infección genital; en esta consulta, el doctor le ordenó desvestirse y acostarse en la camilla de examen, "me revisó y me dijo que estaba muy irritada, fue cuando salió del consultorio, le dijo a la enfermera que le diera un frasco que era como una crema para untarme, él me empezó a echar esa crema en la parte vaginal y a limpiarme con algodón y después me empezó a meter los dedos… yo le dije que eso me estaba doliendo, entonces él me dijo que me tranquilizara…después ya terminó con eso y me dijo ahora tiene que estimularse, entonces yo le dije doctor yo nunca he hecho eso… él me dijo no le de pena, haga de cuenta que yo no estoy aquí…yo le ayudo, y él empezó a estimularme, él me dijo pero hay mujeres que se desarrollan muy rápido, usted por qué no…dijo abra bien las piernas y sacó la lengua para hacerme sexo oral, entonces yo me paré de la camilla y le dije yo me voy, me dijo entonces si usted no se estimula le va a coger un dolor bajito, después me dijo cuando llegue a su casa se sigue estimulando".

Con términos muy parecidos testificó nuevamente bajo juramento la quejosa en diligencia de ratificación de queja ante el Tribunal de primera instancia, el día 18 de Septiembre de 2006; ante esa ratificación, el magistrado instructor propuso al tribunal citar para versión libre al doctor G.R., previa su identificación como médico, diligencia para la cual se fijó el día 3 de Septiembre de 2007 y así se le notificó en debida forma al disciplinado. Igualmente, se dispuso oír en declaración juramentada a la enfermera Alba Padilla Morales, a quien se identificó como la persona que trabajaba en la institución asistencial donde ocurrieron los hechos y a la cual la quejosa dijo haberle comentado el episodio inmediatamente después de su ocurrencia.

La actuación

En la versión libre visible a folios 27 a 29 (rectos y versos), el doctor G.R.V. se identificó con la cédula de ciudadanía colombiana número ...expedida…, manifestó ser médico graduado en la Universidad del Valle y poseer el registro médico 14653/88 de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca. Estuvo asistido por el abogado Diego Fernando Medina Capote, a quien dijo otorgar poder amplio y suficiente para actuar como su defensor. Al ser preguntado por su versión de los hechos, admite haber utilizado la sustancia antiséptica "isodine" para frotar "las paredes de la vagina hasta retirar todo el material purulento, es un procedimiento bastante doloroso porque arde y duele"; dijo que tal procedimiento lo había aprendido de un médico en Tuluá y que en

la nota escrita por él en la historia clínica de la paciente, correspondiente al día de los presuntos hechos, no consignó con detalle tal procedimiento y se limitó a escribir "asepsia" porque el procedimiento "es algo muy sencillo, es coger una gasa, coger isodine y limpiar la pus". En cuanto a la orden de auto-estimularse, admitió que "sí le dije que se estimulara porque genera contracción de cuello y descongestiona a nivel pélvico y de la parte vascular, eso minimiza el dolor después del procedimiento, como ella no sabía le indiqué cómo hacerlo y ella siguió". Y ante la afirmación de la quejosa sobre intento de sexo oral, respondió: "Cómo voy yo siendo médico y estoy tratando una paciente con una infección, ni bobo que fuera para irme a contaminar de algo, no sé porqué ella dice eso, es ilógico, qué voy a pretender tener sexo oral con una paciente a la que estoy tratando de una infección". Agregó, para terminar, que toda su conducta "era buscando beneficio para la paciente pero en ningún momento tenía la idea, ni pretendía nada sexual con la paciente, no entiendo por qué la paciente dice eso".

En testimonio juramentado, la auxiliar de enfermería y promotora en salud Alba Aidée Padilla Morales, identificada con la cédula de ciudadanía 31.477.467 de Yumbo, afirmó que la señora C.C.H.B le había manifestado "en ese momento, era que él la había tocado la parte genital", y al ser interrogada por el instructor concretó: "Yo normalmente les explico a las señoras que el médico debe realizar el examen y dentro de éste es un tacto vaginal. Lo que ellas sí me dicen es que fuera del examen que se les debe realizar, él las masturba, por lo cual se les indica que ellas pueden quejarse por éste hecho".
El tribunal seccional, en auto interlocutorio del 3 de Diciembre de 2008, resolvió formular pliego de cargos al doctor G.R.V. por presunta violación a los artículos 1º, numerales 1, 3, 9 y 10; artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981, y señaló el 28 de Enero de 2009 para la respectiva diligencia de descargos.

En escrito entregado al tribunal seccional el 21 de Enero de 2009, el disciplinado G.R.V. otorgó poder como apoderada a la abogada Genny Mercedes López Duque; fue ella quien lo acompañó en la diligencia de descargos, visible a folios 49 y 50 rectos, la cual estuvo además complementada con el escrito visible a folios 51 a 55 rectos. En su escrito, el doctor G.R. admite de nuevo haber "limpiado el área genital con isodine y gasa", y señala que "es posible que haya dolor debido a que la paciente se encontraba muy irritada. Por lo tanto le sugerí a la paciente que se relajara, pero no con mala intención y no con un vocabulario descortés". Afirma que el examen físico genital era indispensable, y que "me ratifico que mi intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional… considero que lo que hubo por parte de la paciente fue una mala interpretación del significado de la palabra estimulación pues se trataba exclusivamente de que

entendiera las condiciones de la piel de la zona afectada y que le iban a permitir una mejoría mucho más rápida que con los otros tratamientos". Reitera que las imputaciones de la quejosa "no son ciertas" y que "no hubo intención alguna de mi parte en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación MÉDICO-PACIENTE" (las mayúsculas son del original). A la testigo Alba Padilla la tacha de "sospechosa" porque presuntamente vive en el mismo barrio de la quejosa y "puede pensarse que se encuentran confabuladas para atentar contra mi buen nombre, ética, valores y derechos".

Pasa luego a referirse a lo dicho por la quejosa sobre presunto intento de sexo oral, a lo que dice "conociendo la patología de la paciente está claro que no me iba a arriesgar a atentar contra mi salud o mi propia vida" y afirma que "no más por esta manifestación por parte de la quejosa se puede deducir que existe mala fe e intenciones de causar daño, aunque yo no conozco los motivos de atentar contra mi buen nombre". Señala que "las explicaciones vertidas al momento de la consulta no fueron entendidas con el sentido que se pretendía por parte de este galeno" y que "está claro que dada su condición social, las personas pueden asimilar ciertas situaciones de maneras muy diferentes y una conducta que un estrato social puede ser vista como reprochable o indecente en otro no, así pues con pacientes de mayor nivel socio-cultural es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos". Insiste en que el procedimiento que realizó "no es convencional" pero lo aprendió "de un docente en mi época de internado en ginecología en Tuluá" y que "sólo se usa en casos de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuesta a tratamientos convencionales, como sucedió con la paciente C.". Acepta los cargos en cuanto a los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981 reconociendo "que evidentemente no cuento con la mejor caligrafía" pero alega que "en el puesto de salud en que me encontraba para esa fecha no contaba con equipos de computación que nos permitieran a los que allí laborábamos diligenciar las historias clínicas de una forma más ágil y práctica", además de señalar que "en un tiempo máximo de atención de quince minutos…se dificulta mucho llevar a plenitud cada una de las labores tendientes a la efectiva prestación de un servicio", pero manifiesta al tribunal "mi compromiso para mejorar en dicho aspecto".

Terminada la lectura del documento de descargos, el disciplinado fue interrogado por la Sala Plena para aclarar algunos de los conceptos que había vertido; en sus respuestas, sugirió en que el "malentendido" se produjo porque la paciente quejosa es "del barrio Buenos Aires que es de la ladera sur, es uno de los barrios más bajos, a eso me refiero, en 22 años de práctica médica hasta ahora tengo

este problema y fue precisamente en ese barrio". Como la sala le recordó que en su versión libre admitió haberle dicho a la quejosa que se estimulara y "como no sabía le indiqué cómo hacerlo", manifestó querer aclarar que "lo que yo le dije a la paciente no fue que se estimulara a nivel genital sino que se hiciera exactamente como se hacen las maternas de estímulo del pezón (sic)…lo otro es que cuando le dije que se sobara no era en la parte genital sino en el hipogastrio o sea la parte baja del abdomen"; como se le pusiera de presente que la versión está firmada por él, de su puño y letra, respondió: "La firma sí, lo que no entiendo es por qué lo que yo expliqué ese día no está en el expediente, ese día yo no leí porque se me olvidaron las gafas, yo firmé". Como la Sala pregunta si hace las dichas estimulaciones cada vez que atiende a una paciente con infección del tracto vaginal, es enfático al responder: "Nunca hago lo que hice con esa paciente ni previo ni posterior, lo hice en este caso porque la paciente se quejaba de que le estaba doliendo…y una cosa que quiero aclarar de este caso es que lo que yo les digo en este caso se basa en la declaración de la paciente porque ni siquiera me acuerdo de haber hecho esto en ese puesto de salud. Yo baso lo que estoy haciendo en lo que la paciente describe". Enseguida reconoce que en el año 2005 hubo otra u otras quejas por motivos similares a la queja actual, pero no refiere cómo terminaron esos casos. El tribunal de primera instancia, por su parte, hizo notar en su resolución 007/2009, (folio 71 recto) que esa corporación sancionó al disciplinado en dos ocasiones por quejas similares a las que obran en el presente proceso, la primera vez con suspensión en el ejercicio profesional por 45 días y la segunda, con suspensión por seis meses.

Como el defensor del doctor G.R. en diciembre de 2008, abogado Gustavo Adolfo Gómez Restrepo, había pedido recibir testimonio a dos señoras que habían sido atendidas por el disciplinado sin que tuvieran motivo de queja contra él, la Sala Plena del tribunal seccional por auto del 4 de marzo de 2009 visible a folio 60 recto y verso consideró inconducentes tales testimonios para esclarecer la conducta investigada y en consecuencia, denegó la práctica de tales pruebas, decisión que fue debidamente notificada y no fue recurrida.

Analizado el acervo probatorio, la Sala Plena del tribunal seccional mediante resolución del 10 de Junio de 2009 desestimó los descargos presentados por el disciplinado, consideró probado que realizó a la quejosa un procedimiento extraño e inadecuado con un método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, y realizó manipulaciones que llevaron a la paciente "a una situación de mucha incomodidad…alejándose de los principios metodológicos y éticos que deben prevalecer en la relación médico-paciente". Como acaba de citarse, además señaló que esa corporación sancionó al doctor G.R.V. en dos ocasiones

anteriores, por hechos muy similares ocurridos también en los meses de marzo y junio de 2005 en otras dos pacientes que se quejaron por ello, razones por las cuales la Sala Plena resolvió dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica para la posible aplicación de sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses, al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 23 de 1981, y así se cumplió.

Resultandos y considerandos

La calidad de médico del doctor G.R.V. se encuentra debidamente probada en el informativo.

Para este Tribunal Nacional, está igualmente probado con las declaraciones de la quejosa, de la auxiliar de enfermería presente ese día en el sitio de los hechos, y del propio disciplinado tanto en la versión libre como en la diligencia de descargos, que atendió a la quejosa en consulta de control por infección genital el día 28 de Diciembre de 2005, que durante tal consulta le realizó aplicación intravaginal de una sustancia desinfectante yodada (Isodine) y que le ordenó "estimularse" presuntamente para aliviar el dolor producido por la aplicación intravaginal mencionada.

El término "estimularse" fue entendido por la quejosa en el sentido de masturbarse digitalmente y provocó en ella, según su declaración juramentada, negativa inmediata a la que el disciplinado respondió con el ofrecimiento de "enseñarle" y las acciones correspondientes en los genitales de ella, cosa que él admite en su versión libre y luego trata de negar en la diligencia de descargos afirmando que lo transcrito en la versión libre no fue lo dicho por él y que tal documento lo firmó sin leerlo "porque había olvidado las gafas", aseveración imposible de aceptar pues en esa ocasión lo acompañó su abogado defensor y si realmente hubiera tenido dificultad para leer lo que iba a firmar, sin duda lo habría hecho notar de inmediato y esa persona de su entera confianza le habría ayudado o habría señalado la situación al funcionario instructor para evitar lesión al debido proceso y al derecho a la defensa.

La acusación relacionada con el intento de practicar sexo oral a la quejosa, la rechaza el disciplinado con el argumento de que, sabiendo el estado clínico de la señora, no es lógico pensar que él voluntariamente se expusiera a contraer infección que pusiera en peligro su salud o su vida; en este aspecto concreto, se trata de la palabra de la quejosa contra la del disciplinado, porque no había en el consultorio nadie más, como lo afirma el propio doctor G.R. al tachar la

credibilidad de la testigo A.P.; sin embargo, no se vislumbran motivos para que la señora C.C.H.B busque perjudicar en forma tan grande al médico que la venía atendiendo, inventando una acusación precisa con todos los detalles.

Por lo que hace a los puntos del pliego de cargos relacionados con mal diligenciamiento de la Historia Clínica al escribir sus notas en forma casi ilegible, el disciplinado los admite y aún ofrece trabajar para corregir ese comportamiento en lo venidero, por lo que se consideran probados.

Para este Tribunal Nacional de Ética Médica, las faltas contra el pudor sexual cometidas durante un acto médico son de las más graves que pueden reprocharse a un médico. En efecto, por una parte, constituyen indebido aprovechamiento de la posición del profesional frente a una persona necesitada que pide su ayuda en situación de peligro para su salud o su vida, y que a la angustia y preocupación por la enfermedad ve agregados el atropello a algo tan íntimo y delicado como son su vida sexual y su pudor, y el desagrado y maltrato emocional que tales conductas provocan; por otra parte, con esa clase de atropellos se resquebraja el buen nombre de todo el Cuerpo Médico y la confianza que la Sociedad le otorga a quienes protegen bienes tan trascendentales como la vida y la salud, confianza que es indispensable para el correcto ejercicio de la profesión de médico. Si en algún caso tales faltas fueran resultado de algún desorden de la actividad psíquica del médico, al reproche y sanción se agregaría la solicitud de que el afectado se sometiera a los exámenes y tratamientos del caso, manteniéndose fuera del ejercicio profesional mientras no hubiera razonable seguridad de que el desorden hubiera desaparecido, y cambiando las características de su práctica para que en ella no tuviera contacto con personas si los tratamientos no dieran esa seguridad.

En el caso que se analiza, la actuación del doctor G.R.V. fue irregular desde el punto de vista científico y antiética, reñida con el respeto a la dignidad de la señora C.H.B.; viola los numerales 1, según el cual "el respeto por la vida y los fueros de la persona humana" son esencia espiritual de la Medicina; 3, que ordena al médico ajustarse "a los principios metodológicos y éticos que salvaguardian los intereses de la ciencia y los derechos de la persona"; 9, que obliga al médico a "sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal"; y 10, relativo a los principios éticos que rigen el quehacer de los médicos, todos ellos del artículo primero de la Ley 23 de 1981; también el artículo 11, "la actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo"; el 12, por el cual "el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas"; el 15, por cuanto no hay

constancia de que obtuviera el consentimiento informado de la paciente para el tratamiento que dice haberle aplicado; y el 36, porque no diligenció la historia clínica respectiva con claridad; los actos contrarios al pudor han sido repetidos por el disciplinado contra diversas pacientes, quienes se han quejado por tal causa como lo admite él mismo, y las sanciones respectivas no parecen haber logrado disuadirlo de su conducta, por lo que este Tribunal Nacional considera que debe imponerse la máxima sanción prevista en la Ley 23 de 1981, la cual servirá por otra parte para evitar que se presenten nuevas oportunidades de atropellos contra otras mujeres necesitadas de consulta médica.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le concede el artículo 89 de la Ley 23 de 1981,

RESUELVA:

Artículo Primero. - Imponer al doctor G.R.V., de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, dentro del proceso incoado por la queja presentada por la señora C.C.H.B. y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por un lapso de cinco (5) años, que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que la presente providencia quede en firme.

Artículo Segundo. - Contra la presente providencia son procedentes los recursos de reposición, para ante este Tribunal Nacional, y de apelación, para ante el Ministerio de la Protección Social, dentro de los treinta días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la providencia. NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

ESTA SENTENCIA FUE APELADA ANTE EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, EL CUAL CONFIRMÓ EN TODAS SUS PARTES LA PROVIDENCIA CONTENTIVA DE LA DECISIÓN SANCIONATORIA EL 12 DE ABRIL DE 2010 (FOLIOS 054 A 061 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

3- TERCER PROCESO

Bogotá, octubre veinte (20) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1022 DEL VEINTE (20) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: *PROCESO 820 del TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.*
DENUNCIANTE: *D.R.R. CONTRA: DOCTOR G.R..*

MAGISTRADA PONENTE*: GUILLERMINA SCHÖONEWOLFF DE LOAIZA.*
Providencia No. 78-09

VISTOS:

El 9 de julio de 2009 la abogada Genny Mercedes López Duque, apoderada del doctor G.R.V., interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación ante la Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica, contra la resolución N° 005 del 03 de junio de 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, donde se le impone al doctor G.R.V. sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 meses como infractor del Artículo 1 numeral 1 y 3 . Artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

EL 29 DE JULIO DE 2009 EL Tribunal Seccional resuelve no reponer lo decidido en la resolución 005-2009 del 3 de junio del 2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

Entra para reparto el 3 de septiembre correspondiéndome su instrucción.

HECHOS:

L*a señora D.R.R. con cédula de ciudadanía …de... afiliada a la E.P.S. Caprecom, con fecha 29 de junio de 2005 interpone una petición en forma verbal y escrita ante la coordinadora de la oficina de Atención al Usuario del Hospital Buena Esperanza ESE del Municipio de Yumbo Valle, señora G.S.G.O. (Folio 00030). En la cual expone: "Fui a la consulta el día 21 de junio de 2005 del Barrio Bella Vista. El doctor G.R., a consultar por un flujo que tenía. Él me hizo acostar en la camilla y me hizo quitar la ropa interior y me hizo abrir las piernas y comenzó a lastimarme con unas gasas untadas de Isodine. Me dijo que me relajara, que me tocara en la parte vaginal y en los senos como masturbándome para que aflojara un líquido que él necesitaba que saliera. Yo considero que ningún médico debe hacer eso, que no era el modo de tratarme, además me lastimó mucho y estoy sangrando desde entonces."*

El 30 de junio la señora G.S.G envía a la jefe de control interno disciplinario del Hospital doctora María Raquel Puente, la petición recibida para que se realice la respectiva revisión del caso y se dé una respuesta por escrito para ser presentada a la señora D.R.R.

Mediante auto de julio 29 de 2005 la doctora Puente, jefe de la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital la Buena Esperanza de Yumbo, Valle, dispone remitir al Tribunal Seccional se Ética Médica del Valle del Cauca, las diligencias adelantadas en contra del doctor G.R.V. "por queja verbal expuesta por la señora D.R.R."

Entre la documentación recibida por el Tribunal Seccional el 5 de diciembre de 2005, figura a folio 00003 constancia de que no se pudo entregar la citación a la paciente por que ya no reside en la dirección anotada. Citación dirigida a la señora D.R.R.

Con fecha 5 de diciembre de 2005 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca dispone adelantar investigación formal contra en doctor G.R..

El 31 de mayo de 2006 el Tribunal Seccional solicita a la jefe de Control Interno del Hospital, copia de la historia clínica, evoluciones, notas de enfermería e informe sobre la ubicación de la paciente D.R (sic) R., para efectos de citación y se informe que servició de salud utilizó la paciente para ser atendida en la entidad hospitalaria.

En junio 14 de 2006 se recibe respuesta de la oficina de control Interno del Hospital en la cual envían la dirección y teléfono de la hija de la paciente, señora B.P., y aclaran que la dirección que figura en la historia clínica de la señora D.R.R. con CC: … ya no corresponde a su dirección actual. Además se corrige que el nombre de la quejosa es D.R.R. (folio 00015).

En agosto 3 de 2006 la doctora Sandra Viviana Aparicio, abogada asesora del Tribunal Seccional envía citación a la paciente con el apellido errado y a la dirección que se les había notificado que ya no era su residencia.

Nuevamente el 13 de marzo de 2007(F: 00022) la abogada asesora envía citación por segunda vez a la señora R.R. a la dirección correspondiente a la hija de la paciente. La quejosa no asiste a ratificar la queja.

A folio 00023 con fecha 9 de julio de 2007 se observa constancia secretarial que

indica que se ha citado en 2 ocasiones por escrito y se ha entablado conversación telefónica con la hija de la señora D.R. (sic) R. y no se ha hecho presente.

El abogado asesor del Tribunal Seccional doctor Augusto Cuellar, solicita a la coordinadora de atención al usuario del Hospital de Yumbo, el testo original de la queja de la señora D.R.R. y le solicita gestión para poderla localizar.

En abril 8 de 2008 se envía la tercera citación con el apellido R.R. a la dirección suministrada por el Hospital de Yumbo, pero tampoco asistió la paciente a la citación y no presentó justificación válida.

El Hospital La Buena Esperanza remite a solicitud del Tribunal, copia de la historia clínica y las guías de protocolos para el manejo de la vaginosis.

El 10 de noviembre rinde su versión libre el doctor G.R.V. con cc: … de … en compañía de su abogado y manifiesta que lo que acostumbra a hacer cuando le llegan casos de vaginosis a repetición que no responden al tratamiento es hacer una asepsia con isodine y con gasa, retirar al máximo el material purulento que pueda haber, dejar vagina y cuello lo más limpio posible y después de eso instaurar tratamiento farmacológico para que actúe sobre lo poco que pudo haber quedado de sustrato infeccioso. Dice que le pide que esté lo más relajada posible, que se estimule los pezones porque al apretar el pezón se libera oxitocina y eso estimula la contracción del útero, "En caso de que haya una secreción en la parte interna, al contraer el útero la expulsa." No deja constancia en la historia clínica porque solo deja un resumen de la consulta. Se le solicita que lea lo que anotó en la historia clínica pero algunos apartes el mismo médico no los entiende. Agrega que es un procedimiento bastante efectivo pero por las consecuencias que le ha traído con las quejas decidió no volverlo a hacer, el procedimiento no lo aprendió de los libros sino por un ginecólogo en Tulúa doctor M., cuando realizó su rotación de ginecología. El 10 de diciembre de 2008 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, analiza las pruebas recaudadas en el proceso y realiza las siguientes conclusiones:

1- Atendió a la paciente D.R. (sic) R. en el servicio de consulta externo del puesto de salud Bellavista el día 21 de junio de 2005.

2- Al diagnosticar un cuadro de vaginosis en la paciente R.R., se apartó de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de la Protección social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, al utilizar un método poco ortodoxo y sui generis (estimulación.)

3- No dejó constancia en la historia clínica, del método terapéutico utilizado.

4- El diligenciamiento de la historia clínica no fue claro.

5- Utilizó un método terapéutico no debidamente aceptado por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

6- No brindó el apoyo necesario en la atención brindada a la señora R.R, antes por el contrario despertó su preocupación que la llevó a instaurar la queja.

7- No se ajustó a los principias metodológicos y éticos que salvaguardan los derechos de la persona.

EL Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca resuelve formular cargos por posible violación a los Artículos: Artículo 1° numerales 1,3, 9 y 10, y los artículos 11,12 y 15 de la Ley 23 de 1981. Adicionalmente el artículo 36 de la misma Ley por haber realizado la historia clínica de la paciente con letra ilegible.

El 11 de febrero de 2009 rinde sus descargos el doctor G.R.V. en compañía de su abogada doctora Genny Mercedes López Duque, informa que es médico general de la Universidad del Valle, tiene 49 años, casado y CC: … de …

Manifiesta que la señora D.R.R profirió imputaciones deshonrosas en su contra, declaración que no fue ratificada ante el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, a pesar de tres citaciones que le enviaron a la quejosa.

Refiere que atendió a la paciente en varias ocasiones, y que le pudo haber causado dolor por el grado de inflamación que presentaba. Dice que actuó con ética, profesionalismo, prudencia, educación, utilizando un vocabulario menos técnico y más popular para que entendiera un resultado positivo en su recuperación., el cual fue interpretado erróneamente.

Afirma que existen ciertas manifestaciones que pretenden hacer ver de su parte una conducta violatoria de los principios éticos, y que no hubo intención alguna en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación médico paciente. Refiere que las declaraciones de la auxiliar de enfermería Alba Padilla son de mala fe y con intensión de causarle daño y que por lo tanto iniciará las acciones legales pertinentes.

Acepta que si bien el procedimiento realizado no es convencional solo lo usa en caso de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuestas a tratamientos convencionales como en el caso de la paciente.

Dice que con relación a los cargos formulados en los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, reconoce que no cuenta con la mejor caligrafía, lo que le ha impedido en muchos casos desarrollar su labor a cabalidad.

Solicita tener como pruebas documentales las copias de las calificaciones de su desempeño laboral. Y como testimoniales las declaraciones de tres pacientes para que informen como testigo presenciales lo que conste sobre hechos de su comportamiento como médico en casos similares.

En marzo de 2009 el Tribunal Seccional resolvió denegar las pruebas solicitadas por el doctor G.R.V. por considerarlas inconducentes para el propósito de desvirtuar los cargos formulados.

El tres de junio de 2009, La Sala Plena del Tribunal Seccional en su resolución No 005. -2009 profiere RESOLUCIÓN DE FONDO, por medio de la cual resuelve: Aceptar los descargos con relación al Artículo 1° numerales 9 t 10 de la Ley 23/81 al concluir que su comportamiento no obedeció a una actitud inmoral dirigida a fines diferentes al servicio médico, sino a un procedimiento inadecuado y no convencional, con una método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, que se aparta de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de La Protección Social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza.

Y no aceptar los descargos presentados referentes al Artículo 1° numerales 1 y 3; 7y los artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

Y segundo imponer al doctor G.R.V. CC: … de …, sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de 6 meses.

EL RECURSO:

El 09 de julio la apoderada del doctor G.R.V. interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación contra la resolución 005 del 03 de junio de 2009. del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la cual lo sancionó con suspensión en el ejercicio profesional durante 6 meses.

Fundamente su recurso:

1-Considera muy drástica la sanción de 6 meses impuesta al doctor G.R.V., habiendo ratificado en audiencia de descargos, que la intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional.

2-La conducta y el procedimiento utilizado por este profesional se salen de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, pero solo se utilizó con el fin de descartar otros cuadros de infecciones.

3- El procedimiento es inadecuado, pero que en ningún momento hubo mala fe, tanto es así que el mismo profesional ha confesado su inusual procedimiento y no ha negado sus actuaciones.

4-El doctor G.R. ya fue sancionado por el Tribunal de Ética Médica del Valle con suspensión de 45 días, por violación de los mismos artículos, por hechos muy similares ocurridos en marzo del 2004, sanción debidamente causada.

5- Dice que en contra de su defendido existe una confabulación, pues existen varias declaraciones en contera, sobre hechos narrados muy similares, practicados en el mismo sitio y en todas las declaraciones aparece la auxiliar de enfermería Alba padilla.

6- El doctor G.R. acepta su culpa de la forma inadecuada del procedimiento y manejo inusual del tratamiento, pero alega que ya fue sancionado por este proceder.

7-Se debe aplicar el principio del Non bis in ídem, dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de impedir que una persona ya juzgada vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta o procedimiento y también prohíbe permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones o juicios sucesivos ante una misma jurisdicción.

8- Los hechos son diferentes o más bien quien denuncia los hechos son personas diferentes, pero se hace énfasis en un mismo diagnóstico, en una misma conducta o procedimiento no convencionales o soportados científicamente, realizados a los pacientes, ni tampoco registrados correctamente en la historia clínica.

PETICIÓN: Se revoque la Resolución No 005 del 3 de junio de 2009 mediante la cual se sanciona al doctor G.R.V. con suspensión en el ejercicio de la medicina por el termino de 6 meses.

El 29 del mes de julio del 2009 el Tribunal de Primera Instancia resuelve no

reponer la decisión de la resolución 005-2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

RESULTADOS Y CONSIDERANDOS:

La señora D.R.R. presenta una queja o petición en forma verbal y escrita ante funcionaria de la oficina de atención al usuario del hospital Buena Esperanza del Municipio de Yumbo con relación a la consulta y procedimientos realizados por el Dr. G.R.V. el día 21 de Julio de 2005.

La queja es remitida a la jefe de control interno disciplinario del mismo Hospital. Se cita a la paciente para ampliación y ratificación de la queja, pero la dirección que figura en la historia clínica ya no corresponde a la paciente.
De la oficina de control interno del hospital se remiten las diligencias adelantadas y la versión libre del médico al Tribunal de Ética Médica del valle del Cauca, registrando en forma accidental que la quejosa se llama D.R.R

El Tribunal solicita a la oficina de control interno disciplinario del Hospital la historia clínica, hojas de enfermería, etc de la paciente.

Por regla general, las denuncias deben ser interpuestas bajo la gravedad del juramento y por tal razón, en principio, las denuncias anónimas no son de recibo, pero pese a la situación anterior, cuando la denuncia anónima contempla informaciones serias, reales y verídicas, tal información puede ser fuente para iniciar una investigación preliminar que tiene como objetivo primario verificar la verosimilitud de las denuncias contenidas en ese tipo de escritos.

Es evidente que lo contenido en la denuncia de la señora R.R., a pesar de no haber podido ser ratificada bajo la gravedad del juramento, es una realidad, que su contenido se ajusta completamente a la verdad histórica de los hechos, tanto que los hechos, por lo menos en lo relacionado con su existencia son aceptados por el propio disciplinado.

En tales circunstancias, pese a la no ratificación de la denuncia la información fue idónea para iniciar la respectiva investigación y para llegar al conocimiento de los hechos que llevaron al Tribunal de primera instancia a imponerle una sanción al médico disciplinado.

Se trata entonces ésta de una actuación válida, que no es del caso anular por las razones expuestas con anterioridad.

En el recurso de apelación el inculpado doctor G.R. en ningún momento debate o desvirtúa las consideraciones y conclusiones a que llegó el Tribunal Seccional para imponerle la sanción de suspensión; por el contrario acepta que realizó los métodos y procedimientos motivo de la queja, que se apartó de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, y confiesa su inusual procedimiento y acepta su culpa, lo mismo que el diligenciamiento de la historia es deficiente por no contar con "su mejor caligrafía"

Dice el memorial que el doctor G.R. realizó estos procedimientos para descartar otros cuadros de infecciones, sin aclarar cuales, puesto que el motivo de consulta de la paciente y el diagnostico anotado por el mismo médico fue el de vaginosis sin presentar síntomas de otra patología.

En su recurso acepta haber sido sancionado con anterioridad (15 meses antes), por los mismos hechos, sin embargo continúa realizando estos procedimientos con el conocimiento que eran censurables y sancionables lo que indica que el médico G.R. es reincidente.

El nom bis in idem es una garantía constitucional que prohíbe la persecución reiterada, indefinida y consiste precisamente en que no se puede iniciar plurales investigaciones penales por un mismo hecho.

Al hacerse referencia a un mismo hecho, ha de entenderse la prohibición como la imposibilidad de los funcionarios del Estado de iniciar varias investigaciones por una misma conducta o por un mismo hecho; porque es obvio que el Estado en el ejercicio del ius puniendi puede iniciar tantas investigaciones contra una misma persona, como cuantos hechos o conductas diferentes haya realizado.

En el caso presente la recurrente tiene un errado concepto de esta prohibición constitucional porque no se está tramitando una nueva investigación por un hecho que en el pasado fue objeto de juzgamiento sino que se trata de un nuevo proceso originado en una nueva conducta realizada por el mismo médico pero sobre una paciente diferente y en circunstancias de tiempo modo y lugar perfectamente diferentes.

Tan cierta es la aseveración anterior que el propio legislador admite en el caso de la inasistencia familiar que una vez adelantado un proceso por incumplimiento alimentarios del pasado si el irresponsable padre nuevamente incurre en la inasistencia se le puede hincar un nuevo proceso por el mismo delito porque se trata de nuevas conductas, similares a las anteriores pero diferentes, en cuanto constituyen nuevos deberes alimentarios.

Lo anterior aparece previsto en el artículo 235 del Código penal que establece:

"….Art.235. Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria..."

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

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar la resolución No 005 del 03 de junio del 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio de la cual se le impone sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 (seis) meses al doctor G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía …… de …. Como infractor al artículo 1 numeral 1 y 3, artículos 11, 12 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

ARTICULO SEGUNDO: Una vez en firme la presiente providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

III- RESPECTO DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA POR EL MÉDICO CONDENADO

Es absolutamente claro que el individuo G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal cuando, a pesar de haber sido condenado con sanción severa de suspensión en el ejercicio de la medicina, continuó desempeñándose como médico sin tener el privilegio legal y social de hacerlo.

La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como: "la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar."

La medicina se ha clasificado como una 'profesión liberal'. La esencia de estas profesiones es que la persona entrega a quien las ejerce una confianza especial y unos elementos personales íntimos que hacen que la relación sea más de tipo humanístico que económico.

Cada país forma a sus profesionales de acuerdo a las necesidades sociales del momento, a las normas internacionales de excelencia académica y a los recursos disponibles. El título universitario implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica.

Las facultades de medicina legalmente reconocidas, que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). La medicina en nuestro país la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame) y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano.

En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas .

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición, en forma reiterada, está ejerciendo como médico.

Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente.

Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas, y profesionalismo.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

El delito no es solamente ejercer un acto médico no aprobado, sino anunciarse para tal efecto, lo cual configuraría simultáneamente un delito de estafa .

El tratadista colombiano Sergio Yepes expresa en su obra Responsabilidad Civil Médica :

"[...] debemos denunciar a aquellas personas que sin ser médicos realizan actividades curativas temerariamente, poniendo en peligro la integridad de quienes se someten a sus acciones ocasionando menoscabos en éstos debido a la impericia y a la falta de conocimiento y competencia profesional."

La Ley 14 de 1962 aclara qué personas ejercen ilegalmente la medicina:

"[...] a) Las que por medio de las llamadas ciencias ocultas se dediquen a tratar enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden.

b) El que con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones, o por cualquier otro medio semejante abuse de la credulidad ajena.

c) Los médicos y cirujanos, o las personas legalmente autorizadas para ejercer dicha profesión que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos.

d) Los que trabajen en ramos afines o auxiliares de la medicina, como farmacéuticos, enfermeros, parteros, fisioterapeutas, etc., que extralimitando el campo de sus actividades practiquen el ejercicio de aquella profesión."

Y aclara las sanciones respectivas: "El que ejerza ilegalmente la medicina y cirugía sin tener el correspondiente título de idoneidad[...] incurrirá en prisión de seis meses a dos años y responderá civilmente de los perjuicios causados."

Desafortunadamente, en la actualidad el ejercicio ilegal de la medicina comporta una multa si nos basamos en el Código de Policía.

Pero, si se analiza el asunto desde el punto de vista de suplantación de personalidad, fraude procesal, estafa y otros delitos asociados a este ejercicio, las sanciones se pueden hacer mas efectivas y de una severidad proporcional al acto médico ilegal.

El sujeto G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal al estar suspendido de su práctica por condena ejecutoriada de los tribunales de ética médica.

La prueba reina en este caso obra a folio 008 del cuaderno principal del expediente en cuestión, en donde se aprecia que el 19 de julio de 2010 ejerció la profesión médica estando suspendido de la misma por sentencia ejecutoriada del Tribunal Nacional de Ética Médica y confirmada en la respuesta a la apelación impetrada por el condenado, el día 12 de abril de 2010.

Por esto compartimos el análisis del tribunal de primera instancia en la parte motiva de su decisión condenatoria.

Esta conducta del ejercicio de la medicina estando suspendido tuvo efecto en un hospital público lo que conlleva un engaño a las autoridades respectivas, constituyendo una posible violación del Estatuto Penal.

IV- LA PRESCRIPCIÓN DEL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

Debemos advertir que, en el presente caso y debido a las demoras procesales ocurridas, este proceso se encuentra ad portas de prescribir por el paso del tiempo

El proceso se repartió el 2 de junio de 2015, es decir, a un mes y medio de completar el tiempo necesario para prescribir el proceso.

Y, así se hubiera resuelto el mismo día en que se recibió, la suma de los días necesarios para presentar los recursos horizontal y de alzada, sumado a los tiempos que toma resolver los recursos de reposición y apelación, harían imposible concretar una decisión de absolución o condena antes del vencimiento del termino descrito.

Esto deja un amargo sabor de injusticia, debido a las demoras que se presentaron en el tribunal de primera instancia, el cual deberá responder ante la Procuraduría General de la Nación por semejantes dilaciones injustificadas, que impidieron que en este caso se hiciera justicia.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: Sancionar al ciudadano con titulo de médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No. … de ….. y tarjeta profesional …, con pena de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO PROFESIONAL POR EL TERMINO DE CINCO AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. ARTICULO SEGUNDO: Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo considera conveniente, investigue las razones por las cuales se presentaron DILACIONES INJUSTIFICADAS Y DESMEDIDAS en el curso del actual proceso, por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca. ARTICULO TERCERO. Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para Investigar las violaciones al Estatuto penal por parte del sujeto G.R.V. ARTICULO CUARTO. Contra la presente decisión caben los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica y apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. ARTÍCULO QUINTO. 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. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Presidente - Magistrado, FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diecisiete (17) junio del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1228 DEL DIECISIETE (17) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 203 del Tribunal de Ética Médica del Magdalena

Denunciante: Sra. L.O.D
Contra doctores: V.H.C.G .y A.A.A.A

Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO GUZMÁN MORA
Providencia No. 59-2014

VISTOS.

Mediante providencia del 24 de julio de 2013, el TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL MAGDALENA decide elevar pliego de cargos en contra de los doctores V.H.C.G., cirujano plástico identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en … y Resolución … expedida por la Gobernación del Cesar; y A.A.A.A, médico anestesiólogo identificado con cédula de ciudadanía número .. y Registro Médico …. por la atención prestada al señor J.A.A.D. de 45 años, identificado con cédula de ciudadanía número .. de….., en la Clínica Valledupar entre el 7 y el 10 de Junio de 2009, que terminó en su fallecimiento.

La queja fue instaurada ante el tribunal de primera instancia el 4 de noviembre de 2009, mediante traslado de la misma desde la Superintendencia delegada para la Atención en Salud del Magdalena. Ese mismo día fue repartido al Magistrado Instructor.

La historia clínica del decujus se solicitó a la Clínica Valledupar el 14 de abril de 2010, siendo contestada por esa entidad el 21 de junio de ese mismo año. Las versiones libres de los médicos acusados se ordenaron para el mes de Agosto de 2010 (dres V.H.C., A.D., A.A. y M.L.) dos declaraciones juramentadas se ordenaron para ese mismo mes (Dr. J.P. y señorita A.V.).

El 24 de julio de 2013, es decir MAS DE CUATRO AÑOS después de ocurridos los hechos y cerca de 42 meses después de haber recibido la queja, el tribunal seccional decide elevar pliego de cargos contra los doctores V.H.C.G. (Cirujano plástico) y A.A.A.A (Anestesiólogo-Intensivista), quienes rinden diligencia de descargos entre los meses de Octubre y Noviembre de 2013.

El 5 de mayo de 2014 el apoderado del doctor A.A. solicita la practica de pruebas testimoniales y periciales, las cuales son denegadas por el juez ac quo el 13 de mayo de 2014.

El 20 de mayo de 2014, a menos de un mes de cumplirse el termino de prescripción, los apoderados de los encartados interponen recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de los autos que niegan las pruebas pedidas.

El 21 de mayo de los corrientes, el ac quo no repone la decisión y concede el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Se recibe el expediente el 30 de mayo de 2014, correspondiendo por sorteo el 3 de junio al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El señor J.A.A.D. de condiciones enunciadas, cayó de su propia altura el 7 de junio de 2009, ocasionándose herida en región malar de 3 cm, la cual es valorada por el Cirujano Plástico C.G., quien decide suturarlo en salas de cirugía.

Inmediatamente se aplica la anestesia local (Bupivacaina y Xylocaina), el paciente presenta dolor precordial intenso, cianosis y alteración en el estado de conciencia, por lo cual es solicitado el médico intensivista M.L., quien no consigue efectuar la intubación de urgencia, por lo cual el cirujano J.L decide efectuar traqueotomía de urgencia. El paciente es trasladado a Cuidados Intensivos, en donde fallece tres días después.

Se argumentan las pruebas solicitadas por el Magistrado Instructor y la Defensa de los acusados. Todas estas diligencias transcurren durante los años 2010 y 2011, existiendo un lapso de tiempo no explicable entre agosto de 2011 y julio de 2013, periodo en el cual el proceso permanece sin movimiento en el tribunal seccional. Y no es sino hasta el 24 de julio de 2013, cuando se eleva pliego de cargos en contra de los investigados.

Luego ocurren una serie de cambios de fecha para diligencia de descargos, solicitudes de copias del proceso, cambio de abogados defensores, y otros eventos que no hacen cosa diferente a dilatar el proceso de manera injustificada. La diligencia de descargos del médico A.A. logra obtenerse el 23 de octubre de 2013.

Posteriormente la defensa de los investigados solicita de manera muy holgada la practica de pruebas que ya se encuentran en el expediente, y otras que no demuestran su conducencia y pertinencia, por lo cual son rechazadas por el juez ac quo.

El tribunal de primera instancia niega el recurso de reposición elevado ante esta negativa y concede el subsidiario de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN, en providencia número 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA se expreso lo siguiente:

…

"…Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981 . Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de

modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

…

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

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

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

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

" Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado".

...

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

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

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

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

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida. Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

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

…

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

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

NUEVOS APORTES AL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Pero como además se ha creado confusión respecto de los términos de prescripción del proceso ético disciplinario, debe mencionarse otra providencia de este mismo magistrado este mismo año que determina:

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

A este respecto ya se ha pronunciado en casos anteriores en la siguiente forma: Este Tribunal Nacional de Ética, en Noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. Efraím Otero Ruíz, en la Providencia No.92-2013 expresó:

"…Dice el recurrente que son dos aspectos en los cuales esta Corporación se fundamenta para negar la declaratoria de caducidad y que tales hechos son":

" No existe pronunciamiento de la Corte Constitucional que sostenga que el término de prescripción de la acción disciplinaria en el ámbito médico deba

regirse por las disposiciones contenciosas administrativas y no por las normas penales disciplinarias especiales."

Es equivocado sostener que existe revocatoria tácita de la norma ética que dispone que en lo no previsto en esa codificación se remitirá a las previsiones del Código de Procedimiento penal, porque una norma de carácter general como el Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) no puede derogar una ley especial como el Código de Ética Médica.".

Cabe destacar que el recurrente incurre en graves imprecisiones porque ésta Corporación sostuvo trascendentales argumentos que no son mencionados por el recurrente. Entre ellos debemos citar que el legislador en el artículo 82 de la Ley 23 quiso que la remisión legislativa para el lleno de sus vacíos fuera a una normatividad penal, de la misma naturaleza del derecho ético disciplinario. En tal sentido se consideró:

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

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidos en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

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

Y por analogía, nos atreveríamos a afirmar que dicha remisión se ha venido haciendo respecto de toda la normatividad penal en general, para efectos de poder resolver por lo menos de manera jurisprudencial algunos vacíos existentes en la ley no solo en lo relacionado con las normas de procedimiento, sino igualmente con las normas del derecho penal material, como ocurre por ejemplo con el vacío existente respecto al período prescriptivo de la acción, que evidentemente por prohibición constitucional no podría concluirse en su imprescriptibilidad y que nos obliga a remitirnos a la legislación disciplinaria ordinaria, por ser la más cercana a las características de éste especial proceso. También consideró esta Corporación que de manera equivocada el Código Contencioso habla del fenómeno de la caducidad, que en el entendimiento técnico del derecho penal es un fenómeno totalmente diferente al de la prescripción y que por tanto yerra el solicitante al pedir la declaratoria de "caducidad" de la acción disciplinaria.

En tal sentido se argumentó:

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

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

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

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

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

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

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

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

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Cabanellas en su incomparable Diccionario nos enseña en relación con los vocablos que son objeto de análisis:

“ PRESCRIPCIÓN. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. || Usucapión o prescripción adquisitiva (v.). Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva (v.) || Cesación de la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta, o ya quebrantada la condena. || Precepto, orden mandato. || ant. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.

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

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

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

1. Causas. De acuerdo con las instituciones, las fuentes del Derecho o las potestades, la caducidad presenta orígenes distintos. Así, la de las leyes, proviene del desuso (v.); la de la costumbre, por práctica distinta, o por simple falta de aplicación durante mucho tiempo; la de acciones y recursos, por no tramitarlos; en otros casos, por el cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes. En esta última hipótesis resulta más propio hablar de prescripción

extintiva (v.). En cuanto a los otros supuestos, la caducidad es concepto de aplicación muy restringida en el Derecho actual, donde el desuso no deroga las leyes; lo cual cabe extender, por similitud, a la costumbre, "ley de hecho".

2. Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en su diferencia. Cortés Jiménez, resumiendo puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Ennecerus y otros declara que: "La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en cambio la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el Juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión". (v. Cláusula de caducidad.). (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

" El legislador consciente de la naturaleza o característica penal del derecho disciplinario quiso que en los vacíos existentes en la legislación disciplinaria se acudiese a normas de naturaleza penal para llenar sus vacíos y esta voluntad del legislador es entendible, porque siendo el objetivo y las características del proceso penal muy especiales, en cuanto a tratarse de una acción de carácter

personal, y teniendo como su función fundamental el análisis y valoración de la conducta humana, era necesario, que las disciplinas derivadas del derecho penal, entre ellas, el disciplinario, llenaran sus vacíos con normas de naturaleza igualmente penal, porque ellas conservan la necesaria filosofía que caracteriza al derecho penal, de una manera diferente a las otras ramas que integran la enciclopedia de las ciencias jurídicas.

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

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

La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes La Corporación igualmente consideró que era imposible la remisión al Código Contencioso Administrativo, porque una ley general, como es ésta codificación no podía prevalecer sobre las previsiones de una ley especial, como lo es la Ley 23. En tal sentido se dispuso:

" El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

" ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en

el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

"ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto."

…

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

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

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

"Podría argumentarse que con la propuesta anterior se afecta el principio de favorabilidad, puesto que es evidente que la propuesta del peticionario es manifiestamente a los intereses de los disciplinados, pero debe tenerse en cuenta igualmente el principio contenido en el artículo 1º de la Carta en cuanto a que dispone la prevalencia del interés general sobre el puramente particular." En tal sentido se dispone:

"ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran Y EN LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL." (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

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

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

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

"DERECHO SANCIONADOR Características"

El derecho sancionador se caracteriza por: i) ser eminentemente público, puesto que los bienes que pretende proteger tienen un interés de esa naturaleza; ii) la consecuencia de la transgresión de sus preceptos es una pena o sanción, sin perjuicio de su función preventiva; iii) exigir la legalidad de los delitos y de las faltas, así como de las penas y de las sanciones - principio de legalidad y tipicidad de los delitos y de las faltas y de las penas y sanciones y; iv) la imposibilidad de que existan penas o sanciones imprescriptibles, característica que se desprende de lo previsto en el inciso final del articulo 28 de la C. P. En su parte sustancial el derecho administrativo sancionador describe, entre otros aspectos, los comportamientos que son objeto de reproche por parte del Estado y determina la sanción o pena a imponer y, en la parte procesal, regula el procedimiento que se debe adelantar para establecer la existencia del comportamiento reprochable, la responsabilidad de sus actores y la aplicación de las penas o sanciones.

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

MÉDICOS Si son servidores públicos, están sujetos al régimen disciplinario propio y al Código Disciplinario Único.

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

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

Al proveer de forma expresa la ley 23 de 1981 cuál es el estatuto aplicable en caso de vacíos de procedimiento, LA REMISIÓN EXPRESA DE SU ARTÍCULO

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

ACCIÓN PENAL Prescripción / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Concepto / PENA Prescripción / PRESCRIPCIÓN DE LA PENA Carácter sustantivo.

La prescripción de la acción es un fenómeno jurídico que permite extinguir la potestad punitiva del Estado por el transcurso del plazo previsto por el legislador para establecer la responsabilidad -formular la imputación e imponer la pena o sanción- y que en relación con la pena impide que ésta pueda ser aplicada si por la inacción estatal no se logra su ejecución dentro del lapso señalado en la ley. Ahora bien, las normas relativas a la prescripción de la acción y de la pena son de carácter sustantivo en cuanto regulan aspectos atinentes a las garantías y a los derechos del sujeto pasivo de la acción y por lo mismo no es usual que los códigos procedimentales penales se ocupen del tema.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Aplicable a las normas sustanciales y procesales.

Atendiendo el mandato del artículo 29 de la Constitución y su aplicación a las actuaciones administrativas es preciso reiterar que el principio de favorabilidad se extiende a las normas sustantivas y procesales que beneficien al procesado cuando se está en presencia del tránsito de legislación. Es principio generalmente aceptado que los efectos de la ley en el tiempo se producen hacia el futuro -irretroactividad de la ley-, manera de garantizar la seguridad jurídica de los asociados, de lo cual surge como expresión del debido proceso que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes

que se le imputan. Sin embargo, en materia punitiva el Constituyente también garantiza la aplicación de la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior y además debe resaltarse que la ley procesal es de aplicación inmediata, en consideración a su carácter público. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

Podría argumentarse que la cita jurisprudencial no es válida porque los artículos 47 y 52 de la Ley 1437, por razones cronológicas no existían cuando se produce el pronunciamiento del Consejo de Estado, pero debe recordarse nuevamente que desde el Código Contencioso de 1984, se preveía una prescripción de tres años. En tal sentido ésta Corporación sostuvo:

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

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

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

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

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

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

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

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

Queda entonces claro que el termino de prescripción de la acción ético disciplinaria sigue siendo de cinco años.

II- DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"…Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud."

...

Por esto, existe una clara dilación en el proceso por parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito encargados de solicitar la investigación planteada por la denunciante, A.S.A.M.

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata

consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser 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." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad".

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho".

III- BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

Expresa la Sentencia C 426 de 1997, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía:

"…La buena fe y las obligaciones impuestas por los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.

La buena fe bien puede incluírse entre los "elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos", a los cuales se refería Josserand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

"La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe." (Sentencia C-544 del 1º de diciembre de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional No. 12 pág. 41).

La Constitución vigente, en su artículo 83 consagró el principio de la buena fe, así:

"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Al decir de la Corte (en la sentencia citada), "esta norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas.

La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas".

Como es explicable dada su importancia, existen innumerables definiciones de la buena fe: en los títulos traslaticios del dominio, en la posesión, en la percepción de los frutos, en los contratos, etc. En el artículo 768 del Código Civil, por ejemplo, se dice que "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Planiol y Ripert la definen así, en relación con los contratos:

"Entre nosotros, todos los contratos son de buena fe y ésta es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo.

Esta exigencia plantea, por ende, al juez un problema delicado, siempre que haya de fijar a qué se ha obligado determinado contratante; pero existe no sólo desde el punto de vista de la justicia, sino en interés bien entendido de los contratantes, todos los cuales han de beneficiarse con ella. La vida en sociedad se facilita de ese modo". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo sexto, primera parte, Edición Cultural S.A., Habana 1940, número 379, página 530).

Precisamente en cumplimiento de este principio (el de la buena fe en los contratos), dispone el artículo 1603 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Viniendo ahora al campo del proceso, y particularmente del proceso civil, no puede pasarse por alto el deber que el numeral 1 del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil impone a las parte y sus apoderados: "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos".

Pues bien: sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo

podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad?

La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes", según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil…"

CONCLUSIONES

En el actual proceso ha operado el fenómeno de la prescripción por haber transcurrido cinco años desde el ultimo acto médico en la humanidad del paciente J.A.A.D. de 45 años, identificado con cédula de ciudadanía número … de ….

Sin embargo queda un sabor a injusticia al haberse permitido que transcurrieran inexplicables lapsos dentro del proceso en contra de los médicos V.H.C.G., cirujano plástico identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en … y Resolución … expedida por la Gobernación del Cesar; y A.A.A.A, médico anestesiólogo identificado con cédula de ciudadanía número … y Registro Médico …

Esto permitió amparar un extenso termino que logro obtener la declaración de prescripción del proceso ético disciplinario. Y aunque es altamente probable que los acusados no sean responsables de una reacción idiosincrática respecto de la anestesia local aplicada al paciente A.D (QEPD), no es de recibo efectuar maniobras dilatorias por parte de los sujetos procesales ni de lentitud por parte de los tribunales juzgatorios.

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

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO- Declarar la Prescripción de la acción disciplinaria en el presente proceso.

ARTÍCULO SEGUNDO- Decretar la Preclusión de la presente investigación.

ARTÍCULO TERCERO- Contra esta Resolución no procede Recurso Alguno.

ARTICULO CUARTO. Una vez en firme la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Bogotá, veintiséis (26) de julio del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1328 DEL VEINTISÉIS (26) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No. 901 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico

Denunciantes: SR. J.A.N y E.S.E.
Denunciados: DR. L.I.P.R., M.C.delaC.P., H.A.L.G.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 60-2016

VISTOS

Los hechos denunciados tuvieron efecto en Noviembre de 2014.

El 2 de diciembre de 2015, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico decide iniciar investigación disciplinaria preliminar en contra de los doctores M.C.de laC.P., H.P., A.L.G., quienes rinden versión libre el 14 de marzo y el 11 de abril de 2016.

El 11 de abril de 2016, el apoderado del doctor P.R. presenta unos dictámenes periciales ante el Juez Acquo y solicita el archivo de la investigación.

El 25 de abril de 2016, el tribunal seccional nombra al doctor NICOLÁS LAZA GUTIÉRREZ como perito neuropediatra en el proceso.

El 29 de abril de 2016 el apoderado de P.R. interpone recursos de reposición y apelación en contra de la providencia que ordena el nombramiento del perito en mención y vuelve a insistir en el archivo de la investigación disciplinaria.

El 8 de junio de los corrientes el tribunal de primera instancia no repone su decisión y concede la apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. El cuaderno que contiene el expediente se recibe el 20 de junio de 2016 y, puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA mediante el denominado sorteo de triple azar (Orden cronológico de llegada, orden alfabético de espera y sorteo cerrado con balotas), quien procede a resolver la alzada con base en los siguientes

HECHOS

El 17 de marzo de 2015, los abogados JAIR ARIAS NAVARRO (identificado con cédula de ciudadanía numero 72.178.353 de Barranquilla y TP numero 122676 del HCSJud) y ELCER SABOGAL ECHEVERRY (identificado con cédula de ciudadanía numero 93.379.709 de Ibagué y TP numero 143.985 del HCSJud), elevaron QUEJA DISCIPLINARIA ante el TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL ATLÁNTICO), obrando en representación del señor D.R.M.P. (Identificado con cédula de ciudadanía número …. de …), quien es padre de la niña L.P.M.U. (QEPD) de ocho años de edad (Tarjeta de identidad numero …), solicitando INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA en contra del doctor L.P.R (identificado con cédula de ciudadanía número…de…) y de la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA, por el fallecimiento de la infante el día 30 de noviembre de 2014, por supuesto error médico.

La niña L.P.M.U. (QEPD) presentó un cuadro gastrointestinal agudo, motivo por el cual fue llevada el 27 de noviembre de 2014 al consultorio del médico P quien ordenó los siguientes medicamentos: Plitican (parenteral), Pedialyte, Enterogermin y Dolatin.

El medicamento Plitican le fue aplicado en otro sitio diferente al consultorio del médico tratante. La criatura continuó empeorando su estado clínico todo el día 28 y el 29 de noviembre, en vista de lo cual los padres la llevaron al HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA, donde inicialmente le negaron la atención por encontrarse en mora de los aportes en salud y exigieron la suma de quinientos mil pesos ($500.000) para atenderla.

A las 7:00 AM le ordenaron un TAC, el cual fue interpretado por el radiólogo a las 15:00 y fue leído como normal. Decidieron entonces que la niña necesitaba una resonancia magnética nuclear, la cual no era posible practicarla en ese hospital y enviaron al padre a buscar un equipo de resonancia por toda la ciudad, con resultados negativos, pues en Barranquilla esos equipos funcionaban solamente en días hábiles.

El 30 de noviembre la niña presentó convulsiones, por lo cual ordenaron un medicamento anticonvulsivante, indicándole al padre que él debía conseguirlo en algún sitio de la ciudad, logrando encontrarlo al cabo de tres horas de intensa búsqueda en una droguería cercana al Hospital de marras, donde decidieron colocar a la menor en estado inducido de coma, trasladándola a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde termina falleciendo la noche del 30 de noviembre.

El padre de la menor señala a un doctor "H." (posiblemente hace referencia al pediatra H.L.G.), quien les informó que el cuadro que padecía la niña era efecto del medicamento Pliticán, que había producido una encefalitis por intoxicación farmacológica.

Los padres insistieron ante la entidad hospitalaria les fuera entregada copia de la historia clínica, solicitud que fue negada por la institución de manera reiterada, hasta que mediante Derechos de Petición y Acción de Tutela les fue facilitada dicha copia a los tres meses de haber ocurrido los eventos.

Anotan los denunciantes que tienen fuertes sospechas de ALTERACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA, como figura a folios 4 y 5 del cuaderno principal que contiene el expediente.

De igual forma se comportó el médico P.R., quien acusó públicamente a los padres de la fallecida de difamación y enviando (como lo expresan los denunciantes), un hombre en motocicleta armado de arma de fuego, quien los amenazó de muerte si continuaban molestando al médico hoy investigado. Posteriormente, dos agentes de la Policía Nacional asediaron el padre de la niña muerta con requisas exhaustivas y ofensivas, y le advirtieron que le quedaba prohibido acercarse al templo religioso católico donde se encontraba, pues P.R. había denunciado a este señor con medidas restrictivas respecto del galeno que lo había denunciado ante la autoridad. Figuran en varios sitios de la historia clínica los diagnósticos de ENCEFALITIS VIRAL, INTOXICACIÓN EXOGENA, DESHIDRATACIÓN Y SHOCK HIPOVOLÉMICO.

Valga anotar que el HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA, entre los exámenes ordenados a la niña de ocho años (quien a su corta edad sobresalía por su talento para las bellas artes) incluyó niveles de metabolitos de cocaína, cannabinoides y benzodiacepinas, como parte del estudio clínico (Folio 16 del expediente). Todos estos estudios arrojaron resultados negativos (Folio 134 del cuaderno principal).

ACTUACIÓN PROCESAL

El tribunal de primera instancia ordenó obtener y anexó al proceso

• Copia de la queja disciplinaria (Folios 2 a 7 del expediente).

• Copia de la historia clínica de la menor fallecida. Varias copias, una de las cuales se encuentra en los folios 111 a 187 del proceso.

• Remisión de la queja en contra del Hospital Universitario Metropolitano de Barranquilla a la Superintendencia Nacional de Salud (folio 193 del expediente)

• Copia del certificado de defunción de la paciente L.P.M.U.. Acta 20147559, inhumada en el cementerio Santo Tomás, con certificado numero 709755021, inscrito en la Notaria Décima de Barranquilla (Folio 190 del expediente).

• Copia del poder del defensor del doctor L.I.P.R., abogado CARLOS ENRIQUE PARAMO SAMPER, identificado con cédula de ciudadanía número 8.673.519 de Barranquilla y TP numero 52.204 del HCSJud (folio 200 del cuaderno principal).

• Solicitud de aplazamiento de diligencia de versión libre y espontánea del doctor L.I.P.R. el 15 de julio de 2015 por falta de documentos procesales (folio 204 del cuaderno principal).

• Memorial del doctor L.I.P, en donde aporta pruebas de la vida media del medicamento Alzapride (Plitican), la cual es de tres horas (Folio 206 del expediente).

• Copia de la Historia Clínica particular del consultorio del doctor P.R. (Folio 208 del expediente).

• Fotocopia de la fórmula del doctor P.R. para la paciente L.P.M.U. (QEPD) en el folio 210 del cuaderno sumarial.

• Fotocopias de información de la sustancia ALIZAPRIDA y su farmacocinética (Folios 211 a 239 del proceso).

• Diligencia de Versión libre y espontánea que rinde el doctor LI.P.R. (Obrante a folios 241 a 245 del expediente), en donde el disciplinado expone una amplia explicación de las sustancias formuladas a la niña fallecida y de su actuación como médico tratante.

• Reporte de sospecha de eventos adversos a medicamentos del INVIMA, en donde se descarta un efecto letal del medicamento ALIZAPRIDA (Pliticán), firmado por la médica MARIA DOLORES PARDO, jefe de farmacovigilancia de dicha institución (Folios 247 a 250 del cuaderno único).

• Anexo documental de la versión rendida por el médico P.R., con ampliación respecto de su acto médico, la acción de los medicamentos formulados y los eventos de tipo policivo ocurridos con el padre de la menor fallecida (folios 251 a 256).

• Memorial de la defensa del doctor P.R., donde solicita se declare que no hay mérito para formular cargos en contra de su prohijado, esencialmente porque expresa que no se ha trasgredido ningún artículo de la Ley 23 de 1981 (folios 323 a 334).

• Prueba pericial decretada el 3 de noviembre de 2015 por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico donde se solicita el concepto de un Neuropediatra (Folio 345).

• Solicitud de la defensa de P.R., en relación con la laxitud de los términos utilizados por el tribunal seccional, pidiendo se resuelva el proceso en favor de su patrocinado.

• Derecho de petición por parte del defensor PARAMO SAMPER solicitando explicación respecto de la prueba decretada de oficio (folios 351-352) Esta petición fue despachada negativamente por parte del tribunal.

• Decisión por parte del juez acquo de ABRIR INVESTIGACIÓN FORMAL en contra del médico P.R.

• Memorial del defensor PÁRAMO SAMPER al tribunal seccional con un análisis sobre el debido proceso y nuevo análisis sobre la actuación procesal.

• Informe secretarial del tribunal de primera instancia en donde se comunica visita del Procurador 46 Judicial II Penal para que actúe en nombre del Ministerio Público en el proceso actual.

• Acta de visita del doctor ALFONSO MARTÍNEZ GÓMEZ, Procurador 46 Judicial II Penal informando la presencia de la Procuraduría en este proceso.

• Diligencia de versión libre y espontánea de la doctora C.delaC.P., médica pediatra que participó en el manejo de la paciente fallecida.

• Diligencia de versión libre y espontánea del doctor H.LG., médico pediatra que participó en el manejo de la paciente fallecida.

• INFORME PERICIAL DE CLÍNICA FORENSE del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES de Baranoa, obrante a folios 457 a 471, en donde concluye en la página 470 que "… se concluye que no hubo omisiones por parte del Dr. Luis Padilla, no hubo omisiones por parte del Hospital Universitario Metropolitano…"

• Nueva solicitud del defensor PÁRAMO SAMPER al tribunal de primera instancia, para que archive el proceso en contra del doctor P.R..

• Nombramiento del doctor NICOLÁS LAZA GUTIÉRREZ como perito neuropediatra en el caso en análisis (auto de 3 de noviembre de 2015) y citación a posesión del mismo el 16 de mayo de 2016 (folio 503).

• Recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto de nombramiento de perito decretado por el tribunal de primera instancia (Folios 523 a 525).

• Auto del tribunal seccional en donde niega la reposición y concede la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LAS PRUEBAS EN PROCESOS PENALES Y DISCIPLINARIOS

El peritazgo es una de las pruebas admitidas por la Ley Procesal y que más se está imponiendo en los casos de responsabilidad médica disciplinaria.

Pero el argumento esgrimido por la defensa del médico disciplinado de apoyarse única y exclusivamente en un dictamen pericial, sea este oficial o privado, no es de recibo en esta superioridad.

El perito de peritos se llama JUEZ. Es quien debe tomar la decisión con base en tres consideraciones: Procesal, probatoria y crítica.

Y si considera que debe tener más de un peritazgo lo puede ordenar de oficio, en la misma forma en que puede rechazar uno, varios o todos los peritazgos allegados al proceso.

Por ejemplo, en una reciente decisión de Conciliación en una entidad pública se encuentra consignado lo siguiente:

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

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

En el campo jurídico, es el convencimiento que adquiere el juzgador por los resultados de autos (aquello que está en el expediente) y que se traduce en la apreciación que hace de las pruebas. Por el análisis, puede tratarse de una verdad formal mas no real.

De cualquier forma, NO SIEMPRE LA VERDAD PROCESAL SE AJUSTA A LA VERDAD REAL. Por eso, el derecho constituye apenas un intento (El mejor hasta ahora conocido por la humanidad), para aproximarse a la

realidad de los hechos humanos de acuerdo con versiones encontradas de quienes se encuentran en puntos opuestos, con el objeto de brindarle al Juez la oportunidad de decidir acerca de la verdad que más se parezca a la realidad objetiva.

...

Es importante comenzar por destacar que el proceso en cuanto " investigación " es un método de pesquisa, de búsqueda de la verdad, del descubrimiento de las conductas ilícitas realizadas, del acercamiento en la medida de lo posible, - contando siempre con las falencias de la conducta humana -, de la verdad histórica de los hechos. Dentro de ésta perspectiva la investigación como parte del proceso penal produce evidencias y medios de prueba, que deben ser pertinentes y conducentes, en cuanto a que deben tener una conexión directa o indirecta con los hechos investigados.

Dentro de tal perspectiva la sentencia en un proceso penal, debe estar fundamentada única y exclusivamente en las pruebas oportuna y legalmente producidas dentro del proceso, directriz insoslayable que le impone al juez, dentro de su libertad de apreciación probatoria, que es una libertad relativa, de apreciar y valorar todas las pruebas que estén dentro del proceso, siempre y cuando hayan sido producidas dentro de los términos legalmente previstos, siempre y cuando sean pertinentes y conducentes, y que hayan sido practicadas o aducidas al proceso dentro de las exigencias de legalidad que impone el debido proceso probatorio constitucional.

Las pruebas en su totalidad, tienen un determinado contenido o capacidad probatoria, y son medios de conocimiento, porque mediante ellas el juez adquiere conocimiento sobre los hechos o conductas investigadas, para que al final del proceso, el juez tenga la certidumbre de lo que realmente sucedió en relación con los hechos que son motivo de investigación.

No está dentro de la libertad probatoria que el legislador le confiere al juez, analizar y valorar las pruebas, que él dentro de su criterio considere que deben ser tenidas en cuenta. NO !, la libertad de apreciación probatoria no le confiere esa facultad, porque sería tanto dejar al capricho y al prevaricato, de conformidad con los intereses personales del juzgador, analizar y valorar solo la prueba de cargo o solo la de descargo, según quisiera llegar torcidamente a producir bien una sentencia condenatoria o bien una sentencia absolutoria.

Esta posición ha sido claramente mantenida por nuestro legislador, como a continuación se demuestra. En la Ley 600 de 2000, código procesal que precedió al actualmente vigente en relación con ésta temática dispuso:

"ARTICULO 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.

En esta norma claramente se dispone que debe existir un nexo irrompible entre lo decidido por el juez en sus providencias y la capacidad probatoria de las pruebas que estén dentro del proceso, legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

Surge igualmente con meridiana claridad que la providencia que dicta el juez solo puede tener fundamento y sostenibilidad en las pruebas existentes dentro del proceso.

En el segundo inciso, se dispone medida garantista en favor de los ciudadanos al imponerse que la sentencia condenatoria solo puede producirse cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, disposición respetuosa del canon constitucional relacionado con la presunción de inocencia y uno de sus derivados: el in dubio pro reo.

En el artículo 233 se enuncian los medios de prueba, creándose a renglón seguido la libertad probatoria, en cuanto a que se dispone en el segundo inciso que se pueden producir dentro del proceso medios de convicción no incluidos en la enumeración que se hace en dicha norma.

Esta libertad probatoria indica, que además de los seis medios probatorios enunciados y regulados en la codificación, el funcionario y las partes procesales pueden recurrir a medios probatorios distintos, con la única limitación de que su práctica no puede generar violación a los derechos fundamentales. En tal sentido se dispone:

" ARTICULO 233. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

En el artículo 234, se consagra el deber de imparcialidad que tiene el juez en la búsqueda de la prueba, indicándose con precisión, que su único deber es con la búsqueda de la verdad real de los hechos motivo de investigación. Lo anterior nos indica que los jueces no puede predeterminar sus investigaciones y procesos con un objetivo previamente seleccionado: condena o absolución, sino que su objetivo es la búsqueda de la verdad, es por ello que con el mismo celo y esfuerzo debe investigar las circunstancias demostrativas de la existencia de la conducta punible, o las que agraven, atenúen o exonerar de responsabilidad al procesado y las que busquen demostrar su inocencia.

Si el funcionario debe ser imparcial en la búsqueda de la prueba, que solo debe estar orientado al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, es de lógica elemental concluir que igualmente debe ser imparcial en el análisis y valoración de las pruebas, de tal manera que su decisión, sea el trasunto de las pruebas que están en el proceso y de su contenido, es decir, de lo que ellas prueban. En tal sentido se estipula:

"ARTICULO 234. IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia."

En ese artículo 235, se consagra la potestad para el juez de rechazar pruebas, pero ese rechazo está condicionado y limitado a las pruebas ilegales, las prohibidas o ineficaces y las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las que se consideren como superfluas.

Esta disposición nos indica, todas las otras pruebas que no estén dentro de las enumeradas, deben ser analizadas y valoradas por el juez al tomar su determinación. En tal sentido se dispone:

"ARTICULO 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."

La anterior disposición está imponiendo al juez el deber de analizar y valorar la totalidad de la prueba, con la única excepción de las que estén enumeradas en esta norma y que no son otras que:

A) Las pruebas ilegales;
B) Las prohibidas o ineficaces;
C) Las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y
D) Las que se consideren como superfluas.

Por deducción lógica del contenido normativo que se analiza, al juez de manera imperativa le corresponde analizar y valorar todas las pruebas que estando en el proceso hayan sido legalmente practicadas, las que no estén prohibidas por la ley y que sean eficaces para lo que se pretende demostrar, las que sean pertinentes, por tener relación directa o indirecta con los hechos investigados y que no son superfluas.

En el artículo 237 se consagra la libertad probatoria, entendiendo por tal, que el juez puede dar por probada los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y de atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquier medio probatorio, a menos que la ley exigiese prueba especial y específica, siempre y cuando se respeten los derechos humanos de los intervinientes.

Lo anterior quiere decir, que la muerte ocasionada a una persona, se demuestra generalmente con el acta de levantamiento del cadáver y la necropsia, pero podría ser demostrada testimonialmente o documentalmente, por medio de fotografías o por medio de un video, o por cualquier otro medio probatorio que lleve al conocimiento del juez la certidumbre de que una persona murió como consecuencia de la acción o de la omisión de otra persona. En tal sentido se dispone:

"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.

En el artículo 238 se consagra la libertad de apreciación probatoria, pero es una libertad relativa y condicionada, en cuanto a que deben ser valoradas todas en su conjunto y ello debe hacerse de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es de conformidad con las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia.

Pero no basta la apreciación del acervo probatorio en su conjunto, sino que el juez debe asignarle a cada medio de prueba el mérito probatorio de la misma, y ello debe hacerse razonadamente, es decir, explicándose porque se le da credibilidad a un medio de prueba y porqué se le niega capacidad probatoria a otro medio de convicción.

Lo anterior quiere decir que al juez no le está permitido omitir la apreciación y valoración de una prueba guardando silencio respecto de ella, porque eso constituiría un error in iudicando, concretamente un falso juicio de existencia por omisión probatoria, atacable en el recurso extraordinario de casación, error que al ser en aspecto trascendente sería suficiente para " casar ", la sentencia, esto es romperla, destruirla, para dictar un nuevo fallo de reemplazo, que sustituya la originalmente dictada por los jueces de instancia. En tal sentido se dispone:

"ARTICULO 238. APRECIACION DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

En el Código procesal actualmente vigente, ley 906 de 2004, con algunas modificaciones más que todo gramaticales, se conserva la misma filosofía probatoria, en relación a cuál es el objetivo de la investigación y de la prueba, en cuanto a la libertad probatoria y de apreciación de los medios de convicción y los límites legalmente impuestos a ésta última función judicial.

En el artículo 372 se dispone que el objetivo de las pruebas es llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias que fueron motivo de acusación y lo relacionado con la responsabilidad del acusado.

Lo anterior quiere decir, sin que gramaticalmente aparezca consignado, que el proceso tiene por objeto del descubrimiento de los hechos investigados en su versión histórica y los medios de convicción de llevar ese conocimiento al juez, para que tome las determinaciones que considere pertinentes. En tal sentido se dispone:

" ARTÍCULO 372. FINES. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.
En el siguiente artículo se consagra la libertad probatoria, en cuanto que los hechos investigados pueden ser probados por cualquier medio probatorio regulado en el código o por cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

"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."

Se determina o consagra la necesidad de que la prueba sea pertinente, esto es que esté referida de manera directa o indirecta con la conducta delictiva, o a la identidad o responsabilidad del acusado. De hecho, sin decirlo se descarta la prueba impertinente. En tal sentido se dispone:

" ARTÍCULO 375. PERTINENCIA. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

En el artículo 376 se determina que toda prueba pertinente es admisible, salvo las excepciones que allí se consagran. Lo anterior quiere decir, que toda la prueba que siendo pertinente sea practicada en el juicio debe ser analizada y valorada por el funcionario judicial, lo que también significa que el juez puede rechazar o inadmitir las pruebas ineficaces, las impertinentes y las superfluas. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 376. ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:"

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Se dispone en el artículo 380 que los medios de convicción debe ser apreciados y valorados en conjunto y los criterios de valoración de cada uno de ellos deberán ser destacados, es decir que se exige al igual que en el anterior código tanto la apreciación probatoria del acervo probatorio en su conjunto, como de las pruebas individualmente consideradas. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo."

En el artículo 381 se establece como exigencia de la sentencia de condena que se debe haber llegado al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la conducta delictiva y de la responsabilidad del acusado, todo ello fundado en las pruebas debatidas en el juicio. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

En el artículo 382 se enumeran los medios de conocimiento, estableciéndose que los hechos pueden ser demostrados por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 382. MEDIOS DE CONOCIMIENTO. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico."

Pero además de lo anterior, previamente se había dispuesto en las normas rectoras el deber de excluir las pruebas ilegales o ilícitas al determinarse:

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

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

"ARTÍCULO 360. PRUEBA ILEGAL. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Es la consagración del principio de rechazo de la prueba ilícita y de la teoría anglosajona del " fruto del árbol envenenado ", según la cual, la ilicitud y su correspondiente exclusión se extiende a la derivada de la prueba ilícita.

En el artículo 360 se consagran igualmente la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios probatorios, dentro de los que quedan los inadmisibles por ilicitud probatoria, los impertinentes, los inútiles, los repetitivos o encaminados a probar los hechos notorios o los que no requieran prueba y obviamente los que no fueron descubiertos oportunamente, es decir que fueron presentados extemporáneamente:

"ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Artículo CONDICIONALMENTE exequible Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba."

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209-07 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda, "en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba". Lo anterior quiere decir, que las pruebas que no tienen ninguna de las anteriores tachas, deben ser necesariamente apreciadas y valoradas por el juez y cuando rechace, inadmita o excluya un medio de convicción tiene que explicar oralmente y de manera razonada, los motivos por los cuales toma tal determinación, decisión que como es apenas obvio, es recurrible por los intervinientes que se consideren afectados con tal decisión.

Del rápido análisis normativo de las legislaciones anteriores, ha de concluirse, el deber de los jueces de apreciar y valorar las pruebas que no tienen tacha de ilegalidad, impertinencia, superfluas, extemporaneidad, inutilidad, o repetitivas, porque, el juez en su ejercicio de la apreciación probatoria debe dictar sus decisiones conforme a los medios de convicción que estén dentro del proceso, sin que pueda omitir la consideración de las que existen, pero tampoco puede suponer la existencia de pruebas que no están dentro del proceso, solo puede contar con los medios que están dentro del proceso, puesto que como lo sostiene ese viejo proverbio jurídico: " Lo que no está en el proceso no existe para el mundo ", queriendo indicar que el juez, pese a que tiene la libertad de apreciación probatoria, está condicionado y limitado a las pruebas que existen dentro del proceso, siempre y cuando se hayan allegado o producido dentro de los términos legales, y siempre y cuando sean pertinentes y conducentes. Este paradigma probatorio le impide al juez suponer pruebas que no existen dentro del proceso, de la misma manera que le impone el deber de apreciar " todas " las pruebas, por tanto no puede omitir la apreciación de valoración de aquellas pruebas que siendo conducentes y oportunamente allegadas o producidas dentro del proceso, sean conducentes y pertinentes con los hechos o conductas motivo de investigación.

II- LAS PRUEBAS EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES

Queremos referirnos a este punto, pues la petición de un peritazgo adicional en este caso no constituye una violación del debido proceso en ninguna forma

1- LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral. De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a- Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral.

b- Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

"Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango."

c-Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada.

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.

• Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa- El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y

bb- que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.
El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa- No deber causar grave perjuicio indebido,

bb- Ni generar confusión,

cc- Ni exhibir escaso valor probatorio,

dd- Ni ser dilatoria del procedimiento .

d- Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

2- LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN FORMAL.

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso:

• Si se ha infringido la ley de Ética Médica

• Quienes o quien son los autores del hecho.

• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación

• Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.

• Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió.

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado.

(No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial)

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos:

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.

2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.

3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.

4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

• Interlocutoria

• Motivada

• Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

•Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.

• La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva

• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.

•Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

3. PRUEBAS EN EL JUICIO.

En el juicio penal, El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación. Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio.

El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

III- RESPECTO DE LA PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD Y AUTENTICACIÓN DE LA PRUEBA

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (Prov 28-2015. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.) se expresó, refiriéndose al módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.

(2) autenticidad.

(3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente:

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina per se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a)Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es

innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

IV- RESPECTO DE LA SANA CRITICA PROBATORIA

El juez no solamente es perito de peritos sino que es quien se encuentra a cargo de la valoración integral probatoria para tomar una decisión en derecho y en justicia por eso el concepto de sana crítica es de trascendental importancia, pues es quien le confiere a cada una de las pruebas y a cada extremo probatorio su valor para determinar dicha decisión.

139- a- EDUARDO JAUCHEN.
Libre convicción (sana crítica)
Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, sé alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios :para verificar el hecho.
Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción" al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea. Las características fundamentales de éste sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la "sana crítica", lo cual sólo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba, que alcanza también al principio de la libertad de la prueba, según el cual todo se puede probar y por cualquier medio y al principio de la debida fundamentación de la resolución

judicial, expresando las razones que motivan la decisión de ahí su denominación global de "libre convicción" y solamente sana crítica que sólo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, ir cando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan solo y directamente de las pruebas producidas en la causa y en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido cada razonamiento debe estar claramente sustentado en principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano.

b- ERIC PÉREZ SARMIENTO. .

El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razona donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con máximas de experiencia; con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción. El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuanto existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (inmotivación) tal manera, en el sistema de la sana crítica; la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento eso motivación de las decisiones.

En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana critica. El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países la decisión de los juicios penales se produce por jurados populares lo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en pues en las decisiones interlocutorias referidas, a la existencia de méritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.

(...)

E. Las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como núcleo esencial de la libre valoración razonada de la prueba

El sistema de libre valoración razonada de la prueba o si sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos considera y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme racionales emanados de la probabilidades, de la experiencia general, o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la ciencia. De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que nos permiten predecir que determinados estados de hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que denominarnos juicio de hecho. El maestro alemán Leo Rosenberg consideraba al juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.

El maestro Friedrich Stein define las máximas de experiencia como:

"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general; desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pera independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos…".

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia comporta esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre, unos y otros es lo que le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada a las reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de ta prueba se comporta coma un silogismo, en el cual la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso juega el papel de premisa menor, y el valor que se confiera

al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de experiencia actúa corno factor de; validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser controvertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba, quedando así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador. Por esta razón, es tanto más que imperativo, que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración, para que los sujeto de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre valoración razonada que exteriorice convicción del tribunal a través de la motivación hasta el punto tal que pueda da convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana respecto a un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador viene obligado a interpretar para cada caso concreto. Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le toca decidir, se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio o no.

(...)

Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es una consecuencia de alta probabilidad respecto a los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por, la ciencia, siempre y cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente. Por ejemplo, la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma, de tal manera la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona,. constatadas a través de una prueba de análisis de trazas de disparó (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las setenta y dos horas anteriores a la toma de la muestra. Eso nos viene dado por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada, si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares, o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la cadena de custodia de la evidencia (con el kit de pines abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

c- TIBERIO QUINTERO OSPINA.

c) Sistema de la persuasión racional o de la sana crítica en el cual lo que cuenta no es ya sólo la prueba libremente apreciada por el juez, sino su búsqueda y receptación en forma técnica y científica y su apreciación en conciencia, con sujeción, por lo tanto, a la lógica, a la experiencia, a las normas de la sana crítica, a la responsabilidad moral del juez. Parte del principio de que lo que importa es la certeza personal, la comprobación de la verdad por parte del funcionario, debiéndose allegar las pruebas, de otra parte, según las formalidades legales. Dentro de este sistema, el juez no está forzosamente sometido a sistema alguno previamente establecido por el legislador, sino que puede investigar de una manera libre todo aquello que sea útil y que tenga relación con el hecho principal, procedimiento luego libre, pero racionalmente, a valorar los resultados de su investigación.

En este sistema, como lo dicen NICETO ALCALA ZAMORA y RICARDO LEVENE (hijo), "ya no basta con que el juez se convenza, o a lo manifieste, sino que ha de cuidarse de convencer de su propia convicción a los demás, es decir, tanto a las partes en concreto como a la comunidad de los justiciables en abstracto".

Este es el procedimiento seguido en nuestra justicia civil (C. de P.C art. 187) y penal (art. 254).

Dentro de este sistema sobra que la ley hable de prueba plena completa y prueba incompleta, con lo cual no estamos adhiriendo a quienes opinen que el juez, al valorar la prueba, no tenga en cuenta esta distinción. El hecho probado lleva ínsita la idea de certeza. Un hecho se entiende probado, cuando ha llevado al conocimiento la convicción de que es verdadero. La prueba, para que exprese una verdad, debe ser plena completa, sin necesidad de agregarle estos calificativos. Vista a través de uno o varios medios probatorios, para que fundamente una sentencia condenatoria, la prueba debe conducir a la certeza del objeto del proceso. De donde resulta obvio que si ese medio o esos medios probatorios no conducen a establecer esa certeza, no interpretan una verdad, y se los puede llamar, por parte del juzgador, prueba incompleta, con la cual habría que dictar sentencia absolutoria. Es más. Un medio probatorio puede constituir prueba incompleta de un hecho, pero unido a otro u otros medios probatorios, constituir la prueba completa necesaria para condenar. Por otra parte, los medios probatorios no sólo se utilizan para dictar sentencia (fin de la prueba), sino también para recepcionar indagatorias, dictar medidas de aseguramiento, prosecución de la investigación, decretar secuestros y embargos, etc., y en estos casos dichos medios, por sí solos o tomados en conjunto, pueden indicar sólo pruebas incompletas, porque todavía no conducen -ni pueden conducir- a formar certeza sobre los hechos investigados. De modo que las pruebas pueden encerrar un

mérito para que el juzgador las considere como suficientes y dar por demostrada la existencia o inexistencia del hecho, o para dudar de la existencia de éste, o con independencia de la certeza o duda a que conduzcan, para que el juzgador pueda tomar ciertas medidas durante la existencia del proceso.

A este respecto la doctrina es muy diciente. Dice MITTERMAIER que la prueba completa o perfecta da certeza sobre el hecho de probar.

DEVIS ECHANDIA, que prefiere darle a la certeza el nombre de convicción, hace al respecto esta importante distinción, siguiendo las enseñanzas de

CARNELUTTI:

"Hemos visto que no es lo mismo el fin de la prueba que su resultado; aquél es siempre llevarle al juez la convicción sobre los hechos del proceso; éste puede ser en algunos casos tal convicción, pero en otro no alcanzará a suministrarla. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ello con el auxilio de otros medios que lo complementan, es posible clasificar las pruebas en plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en imperfectas o incompletas (en el segundo)"

Y agrega luego con mucha precisión:

"Algunos autores como COUTURE, FLORIAN y SILVA MELERO consideran que esta clasificación sólo se justifica en un sistema de tarifa legal, pero no en uno de libre valoración. Estamos en desacuerdo con ese concepto, porque en ambos sistemas es posible que el juez se de o no por convencido con un medio de prueba o con todos [os allegados al proceso. Otra cosa es que para llegar a ese resultado deba aceptar la calificación dada imperativamente por la ley o recurrir a su propia valoración, es decir, las pruebas pueden ser plenas o incompletas por mandato legal o por la libre conclusión a que e[juez [legue, pero en ambos existen las dos especies bien definidas".

Por eso nos parece muy puesto en razón lo dicho por Sánchez Méndez:

"En el fondo toda prueba debe ser plena, pues de lo contrario carecería de relevancia. Lo que ocurre es que la plena prueba se forma, en la inmensa mayoría de los casos de pruebas semiplenas, pero entre los cuales haya u relación tal que le permita formarse al juzgador la convicción, o mejor, certeza sobre el hecho que trata de probar. El proceso penal no es ni puede ser camino recto entre una hipótesis o tema de la prueba y el resultado final. Es un conjunto de ejercicios tendientes a la demostración de muchos hechos principales o accesorios más o menos relevantes como hitos marcando un camino y que van siendo unidos por los permanentes procesos de inferencia o búsqueda de relaciones que permiten al juez hallar u: verdad por encima de toda duda, es decir, la certeza judicial sobre el ter central. La prueba plena, puede decirse, se halla a la postre en la mente del juez"

Analizando las consecuencias prácticas que la implantación de este sistema de la sana crítica trajo para el procedimiento civil con [a reforma de 1970 (perfectamente aplicable a nuestro Código de Procedimiento Penal), escribe DEVIS ECHANDIA (transcribimos únicamente lo pertinente a la naturaleza de este último estatuto):

"¿Con este sistema se podrá acusar una sentencia en casación por error de derecho en las pruebas?

"Como ustedes verán cuando lleguemos al punto de los recursos, lo único que sucede es que queda un poco restringido el error de derecho porque donde hay muchas normas de tarifa legal es lógico que el error de derecho es amplio, pues la violación de cualquiera de ellas lo configura; pero en este sistema de la sana crítica, de todas maneras quedan algunos, tipos de errores de derecho, por ejemplo:

"1.....

"3. Cuando el tribunal le de valor a una prueba que ha sido practicada sin las formalidades procesales que el Código establece.

"4. Cuando el tribunal diga que una prueba carece de valor porque le faltó alguna formalidad procesal y el Código no exija tal formalidad.

"Como ven ustedes, existen varias maneras de acusar por error de derecho en casación, aún durante la vigencia del nuevo Código.

"Naturalmente, el sistema de [a sana crítica no impide que se conserven las disposiciones que le dan fe al documento público en cuanto a lo que el funcionario dice haber hecho y a lo que él dé fe de haber percibido con sus sentidos, como el hecho de haber concurrido las partes ante él..... y de que las partes hicieron las declaraciones que constan en el documento o que aprobaron éstas cuando les fue leído.

"Cosa distinta es el valor probatorio del contenido de [as declaraciones de las partes, que con el nuevo sistema podrá ser impugnado libremente con toda clase de pruebas, entre ellas la indiciara y la testimonial.....

"Tampoco impide [a sana crítica que se de fe a[acta de las inspecciones judiciales, en las cuales el juez deja constancia de lo que él percibió con sus sentidos, para reconocerles valor de plena prueba mientras no se demuestre [o contrario. Naturalmente, si el juez agrega además consideraciones valorativas, por ejemplo, si no se limita a decir que encontró determinadas circunstancias indiciarias, sino que concluye diciendo que de esas circunstancias

se deduce la existencia del hecho indicador, en esa parte la declaración del juez no tiene valor probatorio de ninguna naturaleza, porque se tratará de una simple opinión suya, de la cual el mismo juez podrá separarse en el momento de dictar sentencia y con mayor razón otro juez que lo sustituya en ésa instancia o ,el superior en la segunda (o la Corte en casación si encuentra que hubo error manifiesto, porque nosotros tenemos casación por errores de hecho en la apreciación de la prueba, a condición de que ellos sean manifiestos o protuberantes).

"Hecha la explicación de estos dos pilares fundamentales del nuevo instituto de la prueba, es importante tener en cuenta que aún cuando en el sistema de la libre valoración de la prueba o sistema de valoración, de acuerdo con las reglas de [a sana crítica (que, como ustedes saben, para mí es lo mismo) se dice que el juez tiene libertad para valorarlas, hay que subentender que es de acuerdo con esas reglas de la sana crítica, no de acuerdo con la arbitrariedad o el capricho. Por esta razón opino que la única clasificación valedera podría ser la de valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica con motivaciones, y valoración de acuerdo con [as reglas de [a sana crítica sin motivaciones; el segundo sistema corresponde a los jurados de conciencia. Algunos hablan de una valoración en conciencia, en el sistema de la íntima persuasión, pero yo considero que cuando el juez de derecho valora las pruebas según [as reglas de la sana crítica, también lo está haciendo en conciencia, y también es una apreciación íntima, porque éstas no significan que, al menos en principio, quien aprecia así las pruebas, ya sea un ignorante jurado o un sabio juez, no deba utilizar la lógica y esa serie de reglas que da la experiencia y que constituyen las reglas de la sana crítica. Lo que sucede es que en el caso del jurado no se puede controlar si usó o no la lógica y las reglas generales de [a experiencia y cómo las usó, por [a sencilla razón de que no da explicaciones, al paso que el juez sí las da. Me separo en esto del concepto de algunos juristas, por ejemplo, del doctor ALVARO PEREZ VIVES en su libro sobre la casación, según el cual, no existe libertad de valoración por el hecho de verse obligado el juez a motivar su decisión, a explicar como llega a la conclusión adoptada. De ninguna manera. Esa motivación no libertad de convencerse de acuerdo con [as reglas de la sana critica; son dos cuestiones completamente distintas".

Por último, bien vale la pena reproducir el siguiente importante comentario de los autores GARCÍA AGUDELO Y TORRES CALERO:

"La apreciación de la prueba en materia criminal no puede hacerse a través de un elaborado catálogo de testimonios, peritajes y documentos que puedan aparecer contradictorios entre sí. El análisis objetivo de cada uno de ellos tampoco está sujeto al criterio libre pensador del funcionario sino a "las reglas de la sana crítica", que rigen tanto en lo indiciario y documental como testimonial y que demandan un examen de "conjunto", tratando de ubicar su armonía y coherencia.

"Son, pues, equivocadas aquellas estrategias por muy habilidosas e inteligentes que parezcan- dirigidas a aislar determinadas prueba para atacarlas y destruirlas con argumentaciones o sofismas más o meno jurídicos, más o menos ponderados, porque se colocan por fuera de las exigencias legislativas que hablan de un análisis regido por la apreciación de conjunto que, desde luego, no por tal debe dejar de ser prolijo, porque necesita serlo, para que de esa visión panorámica del proceso no surjan conclusiones equivocadas, lesivas de las garantías que asisten a quienes han intervenido en él o de los procedimientos anejos a las formas propias del juicio en que tanto insiste el art. 29 de la Constitución Nacional y desarrolla el art. lo. de este estatuto.

"No había especificado el art. 253 del decreto 50 de 1987, como lo hace ahora el art. 254 del nuevo Código Procesal, que el funcionario expusiera, «razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba», lo cual resulta vital dentro del proceso analítico que antecede a una decisión de fondo. Ha sido práctica constante la de elaborar un listado de las probanzas recaudadas para -con base en el precepto que obliga a hacer el «análisis de conjunto»- pasar de largo ante e[examen minucioso que en muchas ocasiones ameritan la fi-ase de un testigo, las palabras literales de un procesado durante su injurada, los términos casi imperceptibles utilizados por el experto para fundamentar una conclusión, o la tesis central del defensor o del representante de la parte civil.

"Es necesario, pues, que a cada prueba se haga su análisis breve y separado para identificar su verdadero valor probatorio respecto de los demás elementos de juicio. De esta manera, individualizado su valor, será fácil relacionarla con otros, sin necesidad de sacrificar la calidad de los razonamientos por la extensión de su contenido".

d- JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ.

LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Hemos dicho que el juez hará la evaluación de las pruebas y que en ello ejerce un papel primordial el manejo de las reglas de la experiencia, a las informaciones que brindan las ciencias y las técnicas.

Pues bien, él sistema de valoración dé pruebas, conocido como la sana crítica, es aquel que le permite al juez, fundado en su libertad y auto hacer él estudio y ponderación de las pruebas, liberado de las ataduras de la tarifa legal, para formar su libre convicción y obtener la certeza que le permita llegar a la verdad, pero en forma crítica, no solo por la utilización de las reglas de la lógica y el sentido común, sino con base en las reglas de experiencia, conjugadas además con el soporte que brinda el conocimiento derivado de las artes, las ciencias y las técnicas.

CONCEPTO

La regla de la experiencia o también llamada "máxima de la experiencia", obedece a la formación que el juez como hombre tiene de lo que ha vivido y debido soportar; es el bagaje que pesa sobre sus espaldas por la experiencia personal y que aplica en la valoración o raciocinio de las cosas. La experiencia, por tanto, comprende la cultura teórica del juez y las vivencias en una sociedad, formando un complejo total que incluye no sólo el conocimiento, sino además el sometimiento a las normas, las creencias, el arte, la moral, las pasiones, los hábitos y las aptitudes adquiridos por el hombre en tanto que forma parte de esa sociedad. Ellas, las reglas de la experiencia, le permiten al juez, en el mundo de la valoración probatoria, llegar a un raciocinio adecuado. Como dice el profesor PARRA QUIJANO "Las máximas que no son del manejo común de la sociedad, hay que introducirlas al proceso por medio de la prueba pericial"

En este sentido, la sala civil de la Corte Suprema de justicia define -las reglas de la experiencia como

"... aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficiencia de las pruebas aportadas al proceso".

Y precisa la jurisprudencia en que consisten:

"Las máximas de la experiencia son enunciados que registran la inmediatez del conocimiento perceptivo. Constituyen protocolos de observaciones inmediatas. Se refieren a lo dado, a` los datos sensoriales. Pero: lo que define su perfil de regla de la experiencia (o `cláusula protocolaria, como la denominan los especialistas), es que ese dato inicial, o base empírica, pueda ser sometido a contraste y soporte las contrastaciones. Una afirmación que no sea contrastable, debido a su forma lógica, sólo sugiere una situación incierta... La ambigüedad de su base empírica impide elevarla a la categoría de regla de experiencia".

NECESIDAD DE UTILIZARLAS

Ahora bien, las reglas de la experiencia, debe utilizarlas el juzgador en la valoración de los medios probatorios, pues ellas le permiten fundamentar su discurso al punto de otorgarle garantía de racionalidad, ya que su juicio debe dar cuenta de las razones por las cuales decidió en uno u otro sentido, permitir a otros entender el objetivo y encontrar el sentido de su decisión, motivación traslucen las reglas de la experiencia.

El juez como representante que es de la sociedad, no sólo debe las reglas de la experiencia en determinados asuntos, sino también tratar de auscultarlas, pues tiene la obligación de conocer y de aplicar las máximas de la experiencia imperantes en ella. Si no conoce las reglas de la experiencia lo menos debe adquirir información sobre ellas, para cumplir con su obligación, atendiendo a que en muchos casos la norma no puede ser puesta en práctica en concreto, si no es refiriéndose a tales reglas que sirven para la declaración de certeza y la valoración de los hechos de la causa. Las reglas de la experiencia le indican al juez que un desplazamiento normal en la ciudad de Bogotá de un sitio a otro, cuya distancia supere las cien cuadras, demora una hora, lo cual le permitirá medir el efecto del tiempo en la realización una conducta para deducir si la información es correcta.

EL CUIDADO AL UTILIZARLAS

El juez debe ser muy cuidadoso al trabajar con las reglas de la experiencia, a fin de evitar incurrir en errores y conjeturas al momento de apreciar y valorar el asunto cuando va a hacer su ponderación; se hace necesario de su parte, el repaso y verificación de las reglas, para determinar si siguen siendo válidas al momento de emitir su decisión final, de conformidad con la realidad que analiza, porque a medida que pasa el tiempo suelen estratificarse de tal manera que pueden perder todo vínculo con la realidad imperante en el momento en que dicte la sentencia.

Si se aplica indebidamente una regla de la experiencia al momento de valorar la prueba, se entra en el campo del error por falso raciocinio, y se corre el riesgo de declarar una verdad distinta de la que obra en el proceso.

(...)

SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

La sana crítica, llamada también apreciación racional de la prueba o libre convicción, es el sistema de valoración de la prueba en el cual el juez llega a formar su convicción con base en el estudio de todas y cada una de las pruebas recaudadas, previo el sometimiento a todas las disciplinas auxiliares, como la sociología, sicología, antropología, la historia, y en especial la lógica, apoyada en las reglas de la experiencia, conjugación que permite al juez llegar a la verdad que plasmará en su decisión.

Es un trabajo intelectual, dirigido por la lógica y apoyado en la experiencia que le permite al juez formarse una convicción libre, pero fundamentada en esos medios, razón por la cual, la sentencia requiere de especial motivación.

El sistema de la sana crítica fue introducido en Colombia en el artículo 187 del C. de PC donde se estableció:

"Artículo 187. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser, apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

V- LA PRUEBA PERICIAL

En el PROGRAMA DE CAPACITACIÓN PARA JUECES Y MAGISTRADOS USAID, se expresa:

Las mismas reglas que se aplican en general al testimonio de oídas se aplican también a la prueba pericial, en el sentido de que el dictamen escrito no será incorporado en el juicio sin el testimonio del perito, quien tiene que comparecer y someterse al interrogatorio y contra interrogatorio. El informe, sin la presencia del autor, es testimonio de oídas.

En el nuevo sistema penal colombiano desparece el dictamen pericial como tal. Los informes de los peritos se tienen que admitir en la audiencia preparatoria. Se requiere el informe solamente para que las partes conozcan las bases de las opiniones vertidas por el perito, informe que no será incorporado en juicio como prueba, si no comparece el perito a declarar.

"Decretar" el peritaje ya no es exclusivamente función jurisdiccional, sino simplemente un aspecto mas de la investigación de las partes, quienes solicitan los peritajes, salvo que el juez nombre un perito. En tales casos, la parte que lo propone debe establecer las calificaciones y el Juez admitir o no su informe

---

Así mismo, el artículo 238 del C. de PR señala:
"Artículo 238. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
"El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que, le asigne a cada prueba".
Además, el Código de Procedimiento Laboral, que viene desde 1:949; con las modificaciones que se le han introducido, entre ellas 1a de la ley 712 de 2001, hace, plena claridad entre los dos sistemas para alejar toda duda sobre el sistema que se acoge, pues le ordena al juez que deberá tomar su decisión con base en los principios científicos que informan la sana crítica y le prohíba que pueda hacerlo por el sistema de la tarifa legal. Dispone la norma:
"Artículo 61. Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.
"En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento".
El Código Disciplinario (ley 734 de 2002) establece:
"Artículo 141 Apreciación integral de las pruebas. - Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
"En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el merito de las pruebas en que ésta se fundamenta".
El Código Procesal Agrario (decreto 2303 de 1989) establece en el articulo 16 como obligación del juez la "sana crítica en la apreciación de la prueba".
Así mismo, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 168, acoge el sistema traído por el Código de Procedimiento Civil, lo cual no permite concluir que, indudablemente, el juez administrativo tiene la, obligación de proferir sus decisiones dentro del proceso con base en la libre apreciación de las pruebas o sana critica.

en la audiencia preparatoria. Admitirlo no quiere decir que es prueba. Esto no puede suceder hasta tanto el perito comparezca en juicio, no simplemente a ratificarlo, sino para someterse al interrogatorio y al contra interrogatorio.

El juez, en caso de acuerdo entre las partes, puede aceptar acuerdos de estipulación respecto a la prueba pericial, ya sea en parte o en su totalidad (eje. La idoneidad).

La tendencia en Colombia es a limitar la potestad del juez en cuanto al número de peritos y los que son impertinentes, irrelevantes o superfluos. Las partes "nombran" los peritos en el sentido de que mandan efectuar los peritajes según sus necesidades.

El Juez valora la idoneidad del perito, en primer lugar, cuando admite o no su informe a la altura de la audiencia preparatoria, con base en los certificados que tienen que acompañar al mismo informe. ¿El informe está avalando al perito? No, porque se requiere que la parte proponente lo examine en el juicio sobre sus antecedentes (calificaciones), dejándole al juez una segunda oportunidad para el rechazo de la prueba. Una interpretación alterna de esta previsión es que ya el presupuesto de idoneidad esta resulto por vía de las certificaciones entregadas en la audiencia preparatoria y este requisito (u oportunidad) es simplemente para asegurar que el juez tenga el más completo panorama posible bajo el cual pueda valorar la prueba.

Una vez admitido el informe, sujeto siempre a la Comparecencia del testigo en el juicio, la prueba está efectivamente en camino a la incorporación (lo único que puede frustrar este escenario es la no comparencia).

De todas maneras, sea en la audiencia preliminar o en el juicio, el juez tiene la responsabilidad de avalar la idoneidad del perito para efectos de admisión de la prueba. Si no se convence al juez acerca de la idoneidad por los medios contemplados y en las etapas especificadas, no se admite la prueba. Si se logra, de todas maneras el juez siempre tiene la responsabilidad adicional de valorar el peso de la prueba tomando en cuenta, entre otros factores, la idoneidad del perito.

Se establece la idoneidad del perito con las siguientes medidas:

• El perito posee títulos legalmente reconocidos en su campo (ej. médicos, ingenieros, abogados, contadores públicos, agrimensores, etc.).

• El perito posee reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica o arte, aunque no tenga titulo. Factores a considerar son los siguientes:

• El perito tiene formación profesional especializada en su campo (eje. Balísticos, grafólogos).

• El perito está certificado por algún organismo oficial o profesional en su campo.

• El perito ha ejercido como tal durante un tiempo considerable.

• El perito ha sido docente en su campo.

• El perito ha publicado artículos, textos o tratados en su campo.

• El Perito es integrante de asociaciones profesionales que tienen que ver con su campo.

• El perito ha declarado en otros juicios y ha sido reconocido como perito para tales efectos.

Para aumentar la credibilidad del perito, una técnica sugerida a los litigantes es incluir en los certificados e interrogatorios todo lo que indica idoneidad y excelencia profesional. El juez dentro de sus facultades puede controlar esto, sobre todo cuando siente que superflualidad o exceso, o sea, cuando ya está convencido de la idoneidad y no requiere más.

El alcance de la prueba pericial.

Siendo tan impactante y convincente la prueba pericial como hemos anotado arriba, es común proscribir que afecte directamente la finalidad de la controversia, es decir que opine directamente de la imputabilidad del acusado, si tuvo o no el requisito del dolo que es elemento de algunos delitos en Colombia se tiende a prohibir este tipo de opinión, proscribiendo que el perito declare acerca de la imputabilidad o inimputabilidad.

VI - PRUEBAS PERICIALES

Dice el Profesor Carlos Roberto Solorzano Garavito en su escrito sobre LA PRUEBA PERICIAL Y SU IMPORTANCIA DENTRO DE LOS PROCESOS POR MALA PRÁCTICA MÉDICA:

Hoy por hoy en la medida que los ciudadanos se han venido concientizando de sus derechos y que los menos de comunicación facilitan el acceso a la información, así como las personas acuden cada vez a los servicios médicos para resolver problemas propiamente relacionados con su salud o con su aspecto estético, igualmente también visitan en mayor medida a las autoridades judiciales para reclamar, cuando consideran que la atención prestada por los profesionales de la salud no ha sido adecuada.

Ello ha generado que cada día los Tribunales de Ética Médica del país se vean mas llenos de demandas en contra de los médicos, y que decir de la justicia ordinaria penal, civil y contencioso administrativo en donde pululan con mayor fuerza denuncias y demandas que hacen que el ejercicio profesional se va mas cuestionado, aunado al poder de los medios de comunicación que como verdaderos medios no formales de control social ponen en tela de juicio el ejercicio de algunos profesionales a quienes se les cuestiona la forma como han ejercido su profesión.

Revisada esta realidad lo cierto es que iniciado el proceso ya sea de carácter ético, disciplinario, penal civil o incluso contencioso administrativo, para entrar a determinar si el médico es o no responsable, juega un papel fundamental el acervo probatorio recogido a lo largo de la investigación y dentro de ella naturalmente la prueba pericial, siendo precisamente este medio de convicción sobre el que centraremos los aspectos mas importantes de nuestra presentación.

1 - LA PERICIA COMO MEDIO DE PRUEBA

El dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que, la persona versada en la materia de que se trate, hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos. O como lo enseña el maestro Eugenio Florián "La peritación es el medio particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren de conocimientos especiales y capacidad técnica"

La importancia de este medio probatorio en los temas de responsabilidad médica es fundamental, ya que para que la conducta de un médico pueda ser valorada, y establecer si este actuó conforme a lo que establece la ley de ética médica, o la lex artis, necesariamente se requiere de un experto que

en la calidad de perito determine si el médico actuó o no conforme a lo que ordena la ciencia médica, de allí que necesariamente se debe señalar que en procesos en donde se juzgue a un profesional médico, sin que exista perito médico difícilmente se podrá concluir si este es o no responsable.

Y en ese sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, ha señalado que en los casos de responsabilidad Médica la prueba Pericial ha resulta fundamental. Concretamente la corporación señaló:

"El dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. Acera de este mayor valor demostrativo de esa prueba ha dicho esta Corporación: es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presentarla y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes.

Entonces la prudencia indica recurrir a los científicos para que éstos, mediante el examen de las lesiones y demás fenómenos que presenta el cadáver, explique las causas que determinaron la muerte. En la mayoría de las veces la prueba pericial es la más apropiada para establecer la causa de la muerte de una persona, medio probatorio técnico que esta sala ha exigido en algunos casos"

Y es que como se pueda observar el mundo médico es tan especializado, que un juez difícilmente podrá llegar a conocer la realidad de lo que ocurrió, cuales fueron los hechos que se presentaron y las causas que llevaron a que se produjese la muerte de un paciente o daños en su salud, si no cuenta con la prueba pericial, pero vamos mas allá, lo importante no es tanto que se determine la causa de la muerte o de las lesiones, sino que se establezca si tiene relación o no con el acto médico, pero aún mas si teniendo relación con el acto médico, sea inherente a este por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir por haber violado un deber de cuidado que le era exigible, a manera de ejemplo, supongamos un caso en el que se concluya que existe relación entre la muerte y el acto anestésico, pero también concluir que el anestesiólogo hizo lo que le correspondía y el resultado es producto de un riesgo que era inherente y que se puede presentar cuando una persona debe ser sometida a un procedimiento quirúrgico.

Muerte del paciente o daño en el cuerpo o la salud, nunca serán indicativos de responsabilidad del profesional de la salud, pero esto solo se establecerá en la mayoría de los casos a través de la prueba pericial.

2- LA PRUEBA PERICIAL Y SU IMPORTANCIA DENTRO DE LO PROCESOS ÉTICOS

En los procesos de carácter ético resulta fundamental la prueba pericial, porque si bien es cierto los Tribunal están conformados por médicos de altísimas calidades profesionales, también lo es, que no pueden tener conocimientos especializados en todos los campos y al igual que en cualquier otro proceso requieren de la presencia de la prueba pericial para fundamentar su fallo, resultando de particular importancia lo peritazgos emitidos por el Instituto de Medicina Legal como también los de los miembros de las comunidades científicas.

Y en ese sentido como los vacíos que tenga el Código de Ética Médica se llenan con la normatividad del Código de Procedimiento Penal, perfectamente se puede acudir a esta última legislación para efectos de determinar como se puede practicar y valorar las pruebas.

El ideal sería acudir a la filosofía del sistema acusatorio en donde el perito no remite el dictamen por escrito sino que deberá acudir ante la autoridad para ser interrogado y en desarrollo de la misma incorpora su informe pericial en aras de que sean los magistrados los que puedan valorar por interrogatorio directo el correspondiente peritazgo.

Y en ese sentido el Tribunal de Ética Médica del Valle en no pocas ocasiones a ha fundamentado sus decisiones, teniendo en cuenta la prueba pericial.

A manera de ejemplo observemos lo que señala en la providencia que a continuación se transcribe:

"En todo proceso médico disciplinario es necesario definir primero que acto o comportamiento es objeto de reproche por parte del quejoso para enseguida encuadrar el caso dentro del articulado que trae la Ley 23 de 1.981 y su Decreto Reglamentario No. 3380 de 1.981, cuando para la Sala del Tribunal llega el momento de resolver si existe o no mérito para formular cargos por falta a la ética"

Aplicando esto al caso presente se puede concluir, sin que el quejoso haya indicado la presunta norma violada, que el señor J.E.T.V al presentar como eje central de su queja que la sustitución del medicamento PIRIMETAMINA por FALCIDAR le produjo SÍNDROME STEVEN JHONSON (S.S.J) y otras secuelas lesivas para su salud, el cargo imputado por él sería el de haber sido sometido a un riesgo injustificado por parte del doctor J.J.R.M., aspecto éste que aparece aludido en el artículo 15 de la Ley 23 de 1.981.

Cumplido éste primer paso, la Sala examinará a continuación la prueba recaudada para luego ocuparse de la conducta ética.

La prueba pericial ordenada tenía su razón de ser porque era fundamental que científicamente se resolviera el interrogante de la causa probable del SÍNDROME STEVEN JHONSON (S.S.J) en el paciente, Ingeniero T.V.

En desarrollo del artículo 249 del C.P.P. se acudió al doctor ÓSCAR GUTIÉRREZ MONTES y al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES de Bogotá. Dice la norma:

"Artículo 249. Procedencia. Cuando se requiera la práctica de pruebas técnico - científicas o artísticas, el funcionario judicial decretará la prueba pericial, y designará peritos oficiales, ..."

Ahora lo pertinente es determinar cual de los dos peritazgos rendidos reúne las exigencias que trae el artículo 257 del C.P.P. que dice:

"Artículo 257. Criterios para la apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la idoneidad del perito, la fundamentación técnico - científico que sustenta el dictamen, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos que obren en el proceso"

Comparando los dos dictámenes se tiene que es el aspecto de la fundamentación técnico - científica como se sustenta el peritazgo rendido por el doctor GUTIÉRREZ MONTES y el hecho de no contener contradicciones lo que hace la diferencia a su favor con relación al emitido por Medicina Legal y por ello la Sala lo acoge de manera integral.

El peritazgo rendido por el doctor GUTIÉRREZ MONTES, respaldado por citas bibliográficas en número de diez (10) , visible entre los folios 0498 a

0502 , contiene precisión y calidad en la fundamentación para definir que el SSJ debía presentarse de acuerdo a los criterios de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) , y que dado el hecho que el paciente recibió seis (6) medicamentos asociados con SSJ la relación de causalidad con respecto a los efectos indeseables de los fármacos y efectos adversos sería:

TRIMETROPIN SULFA: Probable
FALCIDAR: Probable (Periodo de sensibilidad por medicamento anterior)
FENITOINA: Probable - Posible
CLINDAMICINA: Posible
NAXAPREN: Posible
PREDNISONA: Posible

De ahí que se comparta la conclusión a que llaga el perito farmacólogo doctor GUTIÉRREZ MONTES, cuando expresó:

"Como se puede deducir de los datos anotados, en éste caso es imposible señalar con certeza a la droga Falcidar como única u directa responsable del cuadro de SSJ y posterior evolución a Sepsis Shock Séptico, enucleación del ojo derecho , Síndrome de Dificultad Respiratoria del adulto , y finalmente a la incapacidad presentada por el paciente, pues recibió simultáneamente seis (6) medicamentos en relación a ésta reacción adversa " (Folio 0501) .

Demostrado está por el doctor J.J.R. en su diligencia de versión libre e igualmente afirmado por el médico tratante doctor J.D.V., que a la luz de los hechos, el tratamiento médico correspondiente a la patología que presentaba el paciente se ajusta, de acuerdo al soporte científico presentado por los profesionales, como adecuado. Es así como el doctor R.M. demuestra que el Falcidar (Piremetamina + Sulfametoxina) se utiliza en los casos de Toxoplasmosis Cerebral y que el hecho fortuito de la aparición del SSJ no se podía prever a no ser que se hubiese hecho una monitorización total de todas las drogas recibidas por el paciente desde la atención tanto de tipo ambulatorio como hospitalario en Clínica Valle de Lili .

De otra parte, el perito farmacólogo doctor GUTIÉRREZ MONTES consideró la probabilidad del SSJ entre las drogas ya usadas por el paciente T.V., como ya quedó consignado antes. En estas condiciones, infiere la Sala que de todas maneras otro derivado de Sulfa, utilizado previamente, también hubiera podido desarrollar el mencionado Síndrome de Steven Jhonson (SSJ).

Además, en la escala de "probables" que relacionó en su dictamen el Instituto de Medicina Legal en una larga lista se incluye la Sulfamida (Sulfadoxina) las Sulfonas, Carbamazepina, Fenitoina, entre otras.

Sobre efectos adversos o de carácter imprevisible por tratamiento o procedimiento médico, el artículo 13 del Decreto 3380 de 1.981 dice:

"Articulo 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico"

Se demostró que el doctor R.M. como funcionario Auditor de UNISALUD debía autorizar la fórmula que contenía la Pirimetamina , además de otros medicamentos ordenados por el doctor J.D.V en fórmula expedida el 23 de septiembre de 2.002. No pudiéndose conseguir exactamente la medicación indicada y tampoco la comunicación con el profesional que prescribió el medicamento, el doctor R.M. optó por sustituir esta droga por Falcidar, según fórmula de 30 de septiembre de 2.002. Probado está, como dice el doctor V.L. médico tratante, que otros profesionales han utilizado esta medicación compuesta de Pirimetamina y Sulfametoxina en el manejo de pacientes con Toxoplasmosis Cerebral , hechos que además están refrendados por la literatura científica que aportó en su diligencia de versión libre el doctor R.M.. La sala del Tribunal considera que el Dr. J.J.R. actúo de acuerdo a las definiciones de la Lex Artis :" la locución latina Lex Artis literalmente "Ley del Arte " o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Para terminar, es pertinente esta cita:

..."El sentenciador no avala la tesis de quienes predican que la prestación del servicio médico es una actividad riesgosa y que por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una especie de responsabilidad objetiva extraña a la

idea de culpa. Por ello no se comparten el criterio de que la doctrina expresan su adhesión y soluciones del lege ferenda y propone que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o el centro hospitalario donde se atendió al enfermo. Verdades con este temperamento obligan al fallador a apreciar la prueba a la luz de las reglas que informan la sana critica, es decir, con un sentido lógico y un prudente arbitrio que torne armónico y creíble el plexo de los hechos." (C.E.,Sec. Tercera. Sent. Abr. 18 /94. Exp. 79 73 M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.)

La Sala del Tribunal concluye que el Dr. Jhon Jairo Romero no violó ninguno de los Artículos de la Ley 23 de 1981, al sustituir la formula expedida por el Dr. Juan Diego Vélez (folio 00460).

Se repite, trató primero por conseguir la Pirimetamina, formula médica 31681 (Folio 00459) firmada por el Dr. A.V. y ratificada JJ.R. el 23 de septiembre de 2002 y ante la imposibilidad de conseguir la mencionada medicación Pirimetamina, ya ordenada desde el 23 de septiembre, se sustituyó por el compuesto farmacológico Falcidar y ordenado el 30 de septiembre del año 2002 según formula médica 31642 de Unisalud (Folio 00018) que a la letra dice: Sulfadoxina + Pirimetamina 51 tabletas, tomar 2 al día (7) Falcidar x 3 tabs. Avalada con la firma del Dr. J.J.R.

En consecuencia, la Sala decretará la preclusión de la investigación a favor del profesional investigado por no existir acto o comportamiento atentatorio a la Ley 23 de 1981".

Pero adicionalmente señalemos que si bien es cierto los miembros de los Tribunales de Ética Médica, no son peritos, también lo es que sus fallos casi se terminan constituyendo en verdaderos peritazgos que en gran cantidad de casos han servido de fundamento a los jueces que entienden que una decisión tomada por cinco magistrados que tienen además la condición de médicos, con amplia experiencia termina constituyéndose en un verdadero peritazgo, así formalmente no lo sea.

VII- DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogota, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"…Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud.

...

Por esto, existe una clara dilación en el proceso por parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito encargados de solicitar la investigación planteada por la denunciante, A.S.A.M.

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser 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." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad" .

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. No aceptar la solicitud de Archivo del proceso en cuestión y, en cambio, ordenar se continúe el proceso en la forma usual. ARTICULO SEGUNDO. Admitir el segundo peritazgo ordenado por el tribunal de primera instancia solicitado por la defensa del médico inculpado. ARTICULO TERCERO. Ordenar al juez acquo continuar con la recepción del peritazgo solicitado. ARTICULO CUARTO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTICULO QUINTO. Contra la presente decisión no caben recursos. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, septiembre once (11) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1146 DEL ONCE (11) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: PROCESO 1147-08 DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA

DENUNCIADOS: DRES. D.F.G.H y H.O.V.C.
DENUNCIANTE: SRA. O.L.S.L.

ASUNTO: SOLICITUD DE DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Providencia No. 70-2012
Magistrado ponente : Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle sancionó el 22 de febrero de 2012 a los doctores DFGH Y HOVC, con dos y cuatro meses respectivamente de suspensión en el ejercicio de la medicina.

El 21 de marzo de 2012 los apoderados de los médicos investigados interponen recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la providencia condenatoria, por hechos ocurridos el 25 de abril de 2007. Posteriormente, el 26 de abril de 2012 y el 4 de mayo de 2012, los defensores solicitan se declare la prescripción de la acción disciplinaria en favor de sus poderdantes, por haber transcurrido cinco años desde la ocurrencia de los actos médicos juzgados por ese tribunal.

El tribunal seccional dispone en la providencia respectiva no reponer la sanción disciplinaria a los dos profesionales y en su lugar concede el recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

De la misma manera, en su articulo tercero, la providencia declara la prescripción de la acción disciplinaria en favor de los médicos condenados.
El 28 de junio de 2012 es enviado el expediente ante esta superioridad y el 3 de julio del mismo año se dispone el reparto del proceso por sorteo aleatorio, correspondiendo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1- EL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981[140] disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

En sus decisiones más recientes, este Tribunal Nacional se ha inclinado por aplicar el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 por dos razones: que es evidentemente más favorable para la persona o personas sub judice como lo quieren los principios constitucionales colombianos y que las faltas consideradas en la Ley 23 de 1981 guardan en su naturaleza similitud con las contempladas en la Ley 734 o Código Disciplinario vigente.

---

140 - Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 47, decreto 3380/81. En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

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

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

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años.[141]

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

"Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.-

PARÁGRAFO 1.- Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO 2.- La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecución del fallo

"Estos términos prescriptivos se aplicarán a la sanción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública."

Es decir, que en criterio del legislador la prescripción de la acción se interrumpía con la sentencia de primera instancia y no con la resolución de acusación y a partir de ese momento se reanudaba nuevamente el período prescriptivo de la acción por seis (6) meses más.

---

141 - Art. 30.- Término de prescripción de la acción disciplinaria.- La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.
En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.
Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.
Parágrafo.- Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

Esa norma de la ley recientemente derogada fue analizada por la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad y por medio de sentencia con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, el 30 de mayo de 1996, por sentencia C- 244, declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1º. del artículo 34 de la Ley 200 de 1995 al sostener:

d. El parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

En esta disposición se consagra que "cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más", lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo 29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues "el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado".

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas.

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

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

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio

que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

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

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar

el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor. Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

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

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró exequible el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por "la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen", tienen mayor oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución "gracias al cargo o las funciones que desempeñan", lo cual representaría un "mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado."

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento-la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho

no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica.

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el cual, declarada inexequible una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma.[142]

En las condiciones precedentes habrá de concluirse que en el presente caso, se produjo el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, razón por la cual habrá de decretarse la misma y consecuentemente la preclusión del proceso disciplinario.- (Auto 9 de julio de 2002. H. M. P. Efraím Otero Ruiz).-

Pero esta no es posición únicamente de este Tribunal, como es ha mencionado exhaustivamente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con proyecto del Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL de Fecha: Septiembre 23 de 1997 (No. de Rad.: 13333-97), ha dicho:

La prescripción de la acción en materia penal, cuando no existe resolución acusatoria ejecutoriada, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, atendidas las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, siempre y cuando no sea inferior de cinco años ni superior de veinte, pues de serlo, el fenómeno se entenderá cumplido en uno y otro término límite, respectivamente (art.80 del Código Penal, modificado por el 31 de la ley 40 de 1993).

En la etapa de juzgamiento, este tiempo se reduce a la mitad, contado a partir de la ejecutoria de resolución de acusación, sin que, en ningún caso, su duración pueda ser inferior de cinco años (art.84 ejusdem).

---

142 - Articulo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

…

De acuerdo con las normas que vienen de citarse, se tiene que el término de prescripción para el delito por el que se procede sería, en la etapa de la causa, de tres años, pero como en ningún caso puede llegar a ser inferior de cinco, es éste el tiempo que debe tenerse en cuenta para determinar si la acción se encuentra prescrita.

Se declarará, por tanto, la prescripción de la acción penal en este asunto y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del procesado…

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo en otra sentencia siendo Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, de Fecha: Septiembre 3 de 1992 (No. de Rad.: 6114-92)

El término de prescripción únicamente se vé alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la eventual responsabilidad de su actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación.

De nuevo, la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES de Fecha: Octubre 7 de 1997 (No. de Rad.: 12813-97) dijo:

"La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes."

…

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Por lo anterior, no cabe duda que el proceso entro en prescripción y aunque no se satisfagan las pretensiones de la denunciante, debe cumplirse con la ley por encima de cualquier consideración en este aspecto.

A. DILACIONES INJUSTIFICADAS

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones

injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.
"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad"[143]

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).

143 - Luigi Ferrajoli. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Ed. Trota S.A., Madrid, 1995, Pág. 34.

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."[144] Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución:

"Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.[145]

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,[146] 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".[147]

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

144 -Sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
145 - Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
146 - Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
147 - Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

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"[148]

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.

Será necesario entonces admitir que en el presente proceso ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción y, en consecuencia, decretar la preclusión del mismo.

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

148 - Senrtencia T-190/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO- Confirmar la declaratoria de Prescripción de la acción disciplinaria en el proceso No. 1147 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, contra los doctores DFGH Y HOVC. ARTÍCULO SEGUNDO- Decretar la Preclusión de la presente investigación. ARTÍCULO TERCERO- Contra esta providencia no procede recurso alguno. ARTÍCULO TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

Bogotá, veintitrés (23) de agosto del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1332 DEL VEINTITRES (23) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: PROCESO No. 1996-11 DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA

DENUNCIADOS: Dres. C.A.R.C, A.M.S.E y C.F.G.B
DENUNCIANTE: Sra. L.O.J.G

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA NEGATIVA DE AMPLIACIÓN DE PROVIDENCIA

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 70-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, mediante providencia de 20 de noviembre de 2012 vincula a la investigación en referencia a los doctores C.A.R.C. y A.M.S.E.

Posteriormente, mediante providencia de 16 de junio de 2015 se vincula al proceso al doctor C.F.G.B., cuyo defensor solicita declaratoria de nulidad por supuesta violación al debido proceso en contra de su defendido.

El 4 de agosto de 2015 el tribunal seccional no decreta la nulidad del proceso, por lo cual el defensor interpone recurso de apelación en contra de la decisión del juez acquo.

El 3 de noviembre de 2015, el tribunal nacional decide:

ARTICULO PRIMERO. Declarar la nulidad procesal en el caso del médico C.F.G.B. por las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO. Exhortar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia a actuar de manera eficiente y acelerada en relación con las decisiones que se tomarán en el presente caso.

ARTICULO TERCERO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia denunciar ante el Consejo Superior de la Judicatura a aquellos abogados titulados que incurran en la mas minima sospecha de dilatar injustificadamente el presente proceso.

El 17 de febrero de 2016, el tribunal seccional formuló pliego de cargos a los doctores R.C. y S.E.

El 30 de marzo de 2016 rinden diligencia de descargo los médicos investigados y la apoderada de uno de ellos solicitó la práctica de unas pruebas y la ampliación del informativo, los cuales son negados por el juez acquo.

El 4 de mayo de 2016, la abogada apoderada de la doctora S.E., interpone recursos de reposición y en subsidio apelación ante esta determinación de la primera instancia

El 11 de mayo se despacha negativamente la reposición y se concede la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El 3 de junio de 2016 se recibe el expediente en esta corporación y se entrega el 7 de junio al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien venía conociendo del caso.

Luego de análisis cuidadoso y muy detallado, se procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El 2 de septiembre de 2011 se recibe denuncia de parte de la señora L.J.G, identificada con cc número … de… y el señor G.G.A, identificado con cc número ... por hechos ocurridos el 13 de agosto de 2011, cuando los médicos

CA.R.C., identificado con cc número … y Resolución …; y la doctora A.M.S.E. identificada con cc número .. y Resolución .., en compañía del doctor CFGB. identificado con cc número .., intervinieron a la paciente T.A.P. (qepd) identificada con cc número …., de los procedimientos de lipoplastia y aumento de senos en la institución QUIRUSTETIC de la ciudad de Medellín.

La paciente asistió a control los siguientes días y presentó un cuadro de paro cardiorrespiratorio, luego de procedimientos de masajes indicados por los galenos investigados, a causa del cual falleció en las instalaciones de la mencionada institución,

La quejosa reprocha en su denuncia varias cosas:

• La falsedad del doctor R.C. al anunciarse como cirujano plástico sin poseer este título.

• El supuesto encubrimiento por parte de la doctora S.E., quien fue la que realmente intervino a la paciente hoy fallecida.

• La negligente atención postoperatoria brindada a su hija en los días del postoperatorio inmediato.

• La negligencia e imprudencia desplegada por los galenos al ordenar su traslado a la misma institución donde fue intervenida, la cual no contaba con elementos mínimos de atención para casos de urgencias vitales.

El tribunal de primera instancia decidió abrir investigación preliminar el 21 de septiembre de 2011, tal como se prueba a folio 6 del cuaderno principal del expediente.

Luego de la recopilación inicial de pruebas documentales, se citó a declaración de versión libre a los tres doctores inicialmente vinculados al caso, los días 25 de abril y 7 de mayo de 2012 y, ante la ausencia de respuesta, volvieron a ser citados los días 28 de mayo, 30 de mayo y 1 de junio de 2012.

Luego de varias solicitudes de aplazamiento de diligencias, se obtuvo la declaración de S.E. (15 de agosto de 2012), volviendo a citar a R.C. y GB el 28 de septiembre de ese año 2012, quienes comparecieron el 24 de octubre de 2012 a la diligencia programada.

Luego de impedimentos por parte de magistrado del tribunal seccional y de abogado defensor de uno de los investigados, vuelve a citarse a S.E. Y RC. a declaración injurada el 4 de septiembre de 2013.

Luego de nuevos impedimentos por parte de otro magistrado y el secretario del tribunal seccional, aparece una nueva pieza procesal el 29 de octubre de 2014, en relación con aceptación de un impedimento, es decir, un año después Y la siguiente actuación procesal relevante ocurre el 16 de junio de 2015, con la vinculación de G.B., completando para entonces casi cuatro años a partir del comienzo de la investigación preliminar.

Ante esta vinculación de G.B. al proceso, su defensor eleva el 23 de julio de 2015 una solicitud de nulidad por violación al debido proceso, aduciendo que:

1- Su prohijado no conoce los fundamentos de hecho y de derecho de la investigación adelantada en su contra.

2- Se está violando el principio de no autoincriminación en la actuación relacionada con su defendido

3- Se está reabriendo un proceso que se había cerrado respecto de G.B.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia responde ante la solicitud de nulidad con nutridos argumentos, que lo que se ha hecho con G.B. es iniciar una investigación formal respecto de su conducta en relación con el caso de la paciente T.A.P., hoy fallecida.

El Tribunal Nacional de Ética Médica resuelve entonces, luego del análisis del proceso:

"**ARTICULO PRIMERO.** Declarar la nulidad procesal en el caso del médico C.F.G.B. identificado con la cédula de ciudadanía número…, por las consideraciones de la parte motiva de esta providencia."

ARTICULO SEGUNDO. Exhortar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia a actuar de manera eficiente y acelerada en relación con las decisiones que se tomarán en el presente caso.

ARTICULO TERCERO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia denunciar ante el Consejo Superior de la Judicatura a aquellos

abogados titulados que incurran en la mas minima sospecha de dilatar injustificadamente el presente proceso".

Como ya se ha mencionado, el 17 de febrero de 2016, el tribunal seccional formuló pliego de cargos a los doctores R.C y S.E.

El 30 de marzo de 2016 rinden diligencia de descargo los médicos investigados y la apoderada de uno de ellos solicitó la práctica de unas pruebas y la ampliación del informativo, los cuales son negados por el juez acquo.

El 4 de mayo de 2016, la abogada apoderada de la doctora S.E. interpone recursos de reposición y en subsidio apelación ante esta determinación de la primera instancia. El 11 de mayo se despacha negativamente la reposición y se concede la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El 3 de junio de 2016 se recibe el expediente en esta corporación y se entrega el 7 de junio al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien venía conociendo del caso.

Cuando se expresa que se efectuó un análisis cuidadoso, detallado y estricto se reafirma que todos los aspectos del proceso se revisaron varias veces antes de tomar esta decisión.

LA APELACIÓN ACTUAL

Los argumentos esgrimidos por la defensa de S.E. se resumen en la siguiente forma:

1- El pliego de cargos no hace distinción especifica de cuáles son los cargos a imputar a cada uno de los médicos investigados

2- No se hizo análisis integral de la historia clínica

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION

1- El pliego de cargos no hace distinción especifica de cuáles son los cargos a imputar a cada uno de los médicos investigados.

Parece que la defensa no ha tenido oportunidad de leer el expediente de manera cuidadosa, pues en el folio 322 reverso del cuaderno principal se especifica MUY CLARAMENTE que los cargos se discriminan así:

• A C.A.R.C. por posible violación a los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 9 del Decreto 3380 de 1981.

• A A.M.S.E. por posible violación a los artículos 10, 15 de la Ley 23 de 1981 (concordantes con el articulo 9 del Decreto 3380 de 1981) y 34 de la misma ley (concordante con el articulo 3 de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud Publica de Colombia.

¿Requiere más claridad la señora abogada al respecto?

Concedamos el presupuesto de buena fe en este aspecto y aceptemos que se trata de un problema de falta de atención en el proceso de lectura y nada más.

2- No se hizo análisis integral de la historia clínica

Esta afirmación tampoco es de recibo por esta superioridad. Al contrario de lo que afirma la ilustre defensora, la historia clínica de la paciente fallecida a consecuencia de la intervención de los médicos encartados, fue analizada en su totalidad y fue la base de las imputaciones que se les endilgan en el pliego de cargos.

Aspectos no relevantes y que se incluyen en forma de tecnicismos sin mayor importancia, no son el fundamento último de la elevación de cargos en estos galenos.

II- SOBRE LAS DILACIONES INJUSTIFICADAS EVIDENTES EN ESTE PROCESO

Se habían mencionado en la anterior providencia que concedió la nulidad, los siguientes aspectos:

1- DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogota, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"…Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud."

...

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio

que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser 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." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y asi lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad"

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho…"

CONCLUSIONES

Con base en las anteriores consideraciones y advirtiendo que la decisión de primera instancia, cuando coincide con la determinación de la segunda instancia, forma parte integral de la decisión final, se concluye que no hay argumentos para admitir la solicitud de ampliación de la providencia del juez acquo.

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

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia de no ampliar el informativo del proceso 1996-11. ARTICULO SEGUNDO. Exhortar al tribunal de primera instancia a tomar una decisión en Derecho antes de llegar a términos de prescripción. ARTICULO TERCERO. Enviar el expediente respectivo al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTICULO CUARTO. Contra la presente decisión no caben recursos. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA Presidente - Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

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. 1645-11 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA.

DEMANDADO: DOCTOR J.H.B.R.
DENUNCIANTE: SEÑOR. W.A.P.R.
PACIENTE: SEÑOR. J.R.P.
ASUNTO: Apelación a decisión que niega pruebas

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 83-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Medica del Valle del Cauca, mediante providencia de 25 de mayo de 2016, declara que existen méritos para formular cargos contra el doctor J.H.B.R., identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en …y tarjeta profesional número … del Ministerio Nacional de Salud por hechos ocurridos en agosto de 2011 y denuncia presentada el 14 de octubre de 2011.

El 29 de junio de 2016 el médico implicado rinde diligencia de descargos por escrito, a través de su apoderado, quien solicita unas pruebas y, mediante providencia del 3 de agosto del mismo año, el tribunal de primera instancia decide negar dichas pruebas.

El 10 de agosto de 2016 el defensor del disciplinado interpone recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la providencia que niega las pruebas.

El recurso de reposición es negado por el juez acquo el 31 de agosto de este año y concede el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, el cual recibe el expediente el 16 de septiembre y lo reparte mediante sorteo de cuádruple azar al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

El día 14 de Octubre de 2011, el señor W.A.P.R., identificado con cédula de ciudadanía número … expedida .., en condición de hijo del señor identificado con cédula de ciudadanía número … expedida J.R.P, en San Antonio (Tolima), elevó denuncia ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca en contra del doctor J.H.B.R. , identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en … y tarjeta profesional número … del Ministerio Nacional de Salud, por expedición de certificado falso.

El paciente en mención, de 72 años de edad, padecía de enfermedad de Alzheimer, enfermedad de Parkinson, enfermedad cerebrovascular que lo llevó a confinarlo en cama permanentemente, en donde presentó escaras en caderas y talones.

El 28 de febrero de 2011 el paciente ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Comfamiliar de La Virginia (Risaralda) y posteriormente fue remitido a la Clínica Comfamiliar de Pereira, en donde luego de numerosos tratamientos fue remitido a cuidado ambulatorio en el hogar.

De esa ubicación fue necesario trasladarlo a la ciudad de Cali, debido a extorsión de la persona que cuidaba del enfermo, señora L,M.P.R. En esa ciudad se efectuó contacto con la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A., para continuar con el servicio de hospitalización en casa y, para tales efectos le fue asignada la empresa HOSPIMED COLOMBIA LTDA.

El médico domiciliario C.T., empleado de dicha HOSPIMED COLOMBIA LTDA, cuando fue inquirido respecto de la provisión de cama hospitalaria, servicio de enfermería, medicamentos, insumos de varios tipos y pañales, recomendó que los tramitara a través de acción de tutela, la cual fue amparada

por el Juez 16 Penal Municipal de Cali e impugnada por la EPS en cuestión, con base en un concepto del doctor J.H.B., quien expresó que el enfermo no necesitaba dichos servicios.

Debe anotarse que el doctor B. era, además de médico domiciliario de la empresa HOSPIMED COLOMBIA SA, el dueño de la misma y jamás volvió a visitar al paciente P.

Por estos motivos, el quejoso solicitó al tribunal seccional practicar investigación respecto de la conducta del médico B.

El Tribunal de Ética Médica del Valle emitió auto de apertura de Investigación el 2 de noviembre de 2011.

El siguiente acto procesal es del 3 de agosto de 2015, es decir, CUATRO AÑOS DESPUES DE LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN y consiste en una citación a diligencia de ampliación de la queja, la cual se llevó a cabo al día siguiente, es decir, el 4 de agosto de 2015.

La asistencia del médico B.R. logró obtenerse el 18 de febrero de 2016, es decir SEIS MESES DESPUES DE LA APERTURA TARDIA DE INVESTIGACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SECCIONAL.

El tribunal seccional, tal como se aprecia a folio 264 del cuaderno principal del expediente, decide abrir PLIEGO DE CARGOS en contra de B.R el 25 de mayo de 2016, es decir TRES MESES DESPUES DE LA DILIGENCIA DE VERSION LIBRE DEL INVESTIGADO.

El 27 de mayo de 2016, el investigado fue notificado por el tribunal de primera instancia de su citación a diligencia de descargos. Su defensor, Abogado GUILLERMO RENGIFO GARCÍA, identificado con cédula de ciudadanía numero 16.738.033 de Cali y TP numero 77629 del HCSJud presentó solicitud de cambio de fecha de dicha diligencia, por encontrarse citado a una audiencia de conciliación penal en la ciudad de Villavicencio (Meta).

El día 28 de junio, este defensor tacha de falsas las pruebas contenidas a folios 006 (Nota de historia clínica y recomendaciones del doctor B.R.), 007 Y 008 (criterios de valoración para asignación de auxiliar de enfermería), 009 (fórmula firmada por B.R.), 0128 y 141 (copias de las mismas notas), pues los desconoce el médico disciplinado como obra de su autoría.

Solicita entonces varias pruebas para continuar el proceso, así:

• Original de la historia clínica del señor J.R.P, a la SOS centro de documentación

• Examen grafológico y documentologico de los folios 0007-0008 y 0009 por parte del Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

• Documentos originales firmados por el encartado para cotejarlos con las firmas que aparecen en los documentos tachados de falsos

• Interrogatorio de parte del señor W.A.P.R.

El tribunal acquo efectuó una serie de consideraciones para negar dichas pruebas y las negó, otorgando el recurso de apelación en relación a la práctica de las mismas.

Esto ocurrió el 31 de agosto de 2016, es decir, a menos de un mes de cumplirse el término de prescripción de la acción disciplinaria médica.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA.

Es lógico pensar que, para que exista una adecuada administración de justicia, debe apoyarse una decisión judicial en pruebas perfectamente aportadas al proceso y que no dejen la menor duda de dicha decisión.

Y cuando una pruebas han sido tachados de FALSAS por la contraparte, lo menos que debe hacer el tribunal de primera instancia es aclarar dicha acusación, para no tomar decisiones que no estén apoyadas en derecho.

Lo grave de este asunto, es que ese ponente dejó transcurrir de manera inexplicable y de forma inexcusable, unos lapsos de tiempo que no se pueden justificar de ninguna manera y que producen una profunda molestia en el seno de este tribunal de segunda instancia.

Veamos de nuevo:

El Tribunal de Ética Médica del Valle emitió auto de apertura de Investigación el 2 de noviembre de 2011.

El siguiente acto procesal es del 3 de agosto de 2015, es decir, CUATRO AÑOS DESPUES DE LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN y consiste en una citación a diligencia de ampliación de la queja, la cual se llevó a cabo al día siguiente, es decir, el 4 de agosto de 2015.

La asistencia del médico B.R. logró obtenerse el 18 de febrero de 2016, es decir SEIS MESES DESPUES DE LA APERTURA TARDIA DE INVESTIGACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SECCIONAL.

El tribunal seccional, tal como se aprecia a folio 264 del cuaderno principal del expediente, decide abrir PLIEGO DE CARGOS en contra de B.R. el 25 de mayo de 2016, es decir TRES MESES DESPUES DE LA DILIGENCIA DE VERSION LIBRE DEL INVESTIGADO.

Esto no puede explicarse de ninguna manera y es una preocupación para los tribunales de ética médica de todo el país, que en sede de un tribunal de la talla del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle, se presente semejante descuido procesal, que no puede atribuirse a cosa diferente a la negligencia del Magistrado Instructor y del Secretario Abogado que asesora a esa entidad.

Debemos entonces hacer mención a dos aspectos: El probatorio del proceso ético disciplinario y las dilaciones injustificadas que se presentaron.

I- EL ASPECTO PROBATORIO GENERAL

En la Ley 600 de 2000, código procesal que precedió al actualmente vigente en relación con ésta temática dispuso:

"ARTICULO 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.

En esta norma claramente se dispone que debe existir un nexo irrompible entre lo decidido por el juez en sus providencias y la capacidad probatoria de las pruebas que estén dentro del proceso, legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

Surge igualmente con meridiana claridad que la providencia que dicta el juez solo puede tener fundamento y sostenibilidad en las pruebas existentes dentro del proceso.

En el segundo inciso, se dispone medida garantista en favor de los ciudadanos al imponerse que la sentencia condenatoria solo puede producirse cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, disposición respetuosa del canon constitucional relacionado con la presunción de inocencia y uno de sus derivados: el in dubio pro reo.

En el artículo 233 se enuncian los medios de prueba, creándose a renglón seguido la libertad probatoria, en cuanto a que se dispone en el segundo inciso que se pueden producir dentro del proceso medios de convicción no incluidos en la enumeración que se hace en dicha norma.

Esta libertad probatoria indica, que además de los seis medios probatorios enunciados y regulados en la codificación, el funcionario y las partes procesales pueden recurrir a medios probatorios distintos, con la única limitación de que su práctica no puede generar violación a los derechos fundamentales. En tal sentido se dispone:

" ARTICULO 233. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

En el artículo 234, se consagra el deber de imparcialidad que tiene el juez en la búsqueda de la prueba, indicándose con precisión, que su único deber es con la búsqueda de la verdad real de los hechos motivo de investigación. Lo anterior nos indica que los jueces no puede predeterminar sus investigaciones y procesos con un objetivo previamente seleccionado: condena o absolución, sino que su objetivo es la búsqueda de la verdad, es por ello que con el mismo celo y esfuerzo debe investigar las circunstancias demostrativas de la existencia de la conducta punible, o las que agraven, atenúen o exonerar de responsabilidad al procesado y las que busquen demostrar su inocencia.

Si el funcionario debe ser imparcial en la búsqueda de la prueba, que solo debe estar orientado al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, es de lógica elemental concluir que igualmente debe ser imparcial en el análisis y valoración de las pruebas, de tal manera que su decisión, sea el trasunto de las pruebas que están en el proceso y de su contenido, es decir, de lo que ellas prueban. En tal sentido se estipula:

"ARTICULO 234. IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia.
En ese artículo 235, se consagra la potestad para el juez de rechazar pruebas, pero ese rechazo está condicionado y limitado a las pruebas ilegales, las prohibidas o ineficaces y las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las que se consideren como superfluas.

Esta disposición nos indica, todas las otras pruebas que no estén dentro de las enumeradas, deben ser analizadas y valoradas por el juez al tomar su determinación. En tal sentido se dispone:

"ARTICULO 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.

La anterior disposición está imponiendo al juez el deber de analizar y valorar la totalidad de la prueba, con la única excepción de las que estén enumeradas en esta norma y que no son otras que:

A) Las pruebas ilegales;
B) Las prohibidas o ineficaces;
C) Las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y
D) Las que se consideren como superfluas.

Por deducción lógica del contenido normativo que se analiza, al juez de manera imperativa le corresponde analizar y valorar todas las pruebas que estando

en el proceso hayan sido legalmente practicadas, las que no estén prohibidas por la ley y que sean eficaces para lo que se pretende demostrar, las que sean pertinentes, por tener relación directa o indirecta con los hechos investigados y que no son superfluas.

En el artículo 237 se consagra la libertad probatoria, entendiendo por tal, que el juez puede dar por probada los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y de atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquier medio probatorio, a menos que la ley exigiese prueba especial y específica, siempre y cuando se respeten los derechos humanos de los intervinientes.

Lo anterior quiere decir, que la muerte ocasionada a una persona, se demuestra generalmente con el acta de levantamiento del cadáver y la necropsia, pero podría ser demostrada testimonialmente o documentalmente, por medio de fotografías o por medio de un vídeo, o por cualquier otro medio probatorio que lleve al conocimiento del juez la certidumbre de que una persona murió como consecuencia de la acción o de la omisión de otra persona. En tal sentido se dispone:

" 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.

En el artículo 238 se consagra la libertad de apreciación probatoria, pero es una libertad relativa y condicionada, en cuanto a que deben ser valoradas todas en su conjunto y ello debe hacerse de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es de conformidad con las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia.

Pero no basta la apreciación del acervo probatorio en su conjunto, sino que el juez debe asignarle a cada medio de prueba el mérito probatorio de la misma, y ello debe hacerse razonadamente, es decir, explicándose porque se le da credibilidad a un medio de prueba y porqué se le niega capacidad probatoria a otro medio de convicción.

Lo anterior quiere decir que al juez no le está permitido omitir la apreciación y valoración de una prueba guardando silencio respecto de ella, porque eso constituiría un error in indicando, concretamente un falso juicio de existencia por omisión probatoria, atacable en el recurso extraordinario de casación, error que al ser en aspecto trascendente sería suficiente para " casar ", la sentencia, esto es romperla, destruirla, para dictar un nuevo fallo de reemplazo, que sustituya la originalmente dictada por los jueces de instancia. En tal sentido se dispone:

"ARTICULO 238. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba."

En el Código procesal actualmente vigente, ley 906 de 2004, con algunas modificaciones más que todo gramaticales, se conserva la misma filosofía probatoria, en relación a cuál es el objetivo de la investigación y de la prueba, en cuanto a la libertad probatoria y de apreciación de los medios de convicción y los límites legalmente impuestos a ésta última función judicial.

En el artículo 372 se dispone que el objetivo de las pruebas es llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias que fueron motivo de acusación y lo relacionado con la responsabilidad del acusado.

Lo anterior quiere decir, sin que gramaticalmente aparezca consignado, que el proceso tiene por objeto del descubrimiento de los hechos investigados en su versión histórica y los medios de convicción de llevar ese conocimiento al juez, para que tome las determinaciones que considere pertinentes. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 372. FINES. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe."

En el siguiente artículo se consagra la libertad probatoria, en cuanto que los hechos investigados pueden ser probados por cualquier medio probatorio regulado en el código o por cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

"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."

Se determina o consagra la necesidad de que la prueba sea pertinente, esto es que esté referida de manera directa o indirecta con la conducta delictiva, o a la identidad o responsabilidad del acusado. De hecho, sin decirlo se descarta la prueba impertinente. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 375. PERTINENCIA. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito."

En el artículo 376 se determina que toda prueba pertinente es admisible, salvo las excepciones que allí se consagran. Lo anterior quiere decir, que toda la prueba que siendo pertinente sea practicada en el juicio debe ser analizada y valorada por el funcionario judicial, lo que también significa que el juez puede rechazar o inadmitir las pruebas ineficaces, las impertinentes y las superfluas. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 376. ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:"

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;

b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Se dispone en el artículo 380 que los medios de convicción debe ser apreciados y valorados en conjunto y los criterios de valoración de cada uno de ellos deberán ser destacados, es decir que se exige al igual que en el anterior código tanto la apreciación probatoria del acervo probatorio en su conjunto, como de las pruebas individualmente consideradas. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

En el artículo 381 se establece como exigencia de la sentencia de condena que se debe haber llegado al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la conducta delictiva y de la responsabilidad del acusado, todo ello fundado en las pruebas debatidas en el juicio. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio"

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

En el artículo 382 se enumeran los medios de conocimiento, estableciéndose que los hechos pueden ser demostrados por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 382. MEDIOS DE CONOCIMIENTO. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico."

Pero además de lo anterior, previamente se había dispuesto en las normas rectoras el deber de excluir las pruebas ilegales o ilícitas al determinarse:

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

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

"ARTÍCULO 360. PRUEBA ILEGAL. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código."

Es la consagración del principio de rechazo de la prueba ilícita y de la teoría anglosajona del " fruto del árbol envenenado ", según la cual, la ilicitud y su correspondiente exclusión se extiende a la derivada de la prueba ilícita.

En el artículo 360 se consagran igualmente la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios probatorios, dentro de los que quedan los inadmisibles por ilicitud probatoria, los impertinentes, los inútiles, los repetitivos o encaminados a probar los hechos notorios o los que no requieran prueba y obviamente los que no fueron descubiertos oportunamente, es decir que fueron presentados extemporáneamente:

" ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Artículo CONDICIONALMENTE exequible Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba."

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209-07 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda, "en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba". Lo anterior quiere decir, que las pruebas que no tienen ninguna de las anteriores tachas, deben ser necesariamente apreciadas y valoradas por el juez y cuando rechace, inadmita o excluya un medio de convicción tiene que explicar oralmente y de manera razonada, los motivos por los cuales toma tal determinación, decisión que como es apenas obvio, es recurrible por los intervinientes que se consideren afectados con tal decisión.

Del rápido análisis normativo de las legislaciones anteriores, ha de concluirse, el deber de los jueces de apreciar y valorar las pruebas que no tienen tacha

de ilegalidad, impertinencia, superfluas, extemporaneidad, inutilidad, o repetitivas, porque, el juez en su ejercicio de la apreciación probatoria debe dictar sus decisiones conforme a los medios de convicción que estén dentro del proceso, sin que pueda omitir la consideración de las que existen, pero tampoco puede suponer la existencia de pruebas que no están dentro del proceso, solo puede contar con los medios que están dentro del proceso, puesto que como lo sostiene ese viejo proverbio jurídico: " Lo que no está en el proceso no existe para el mundo ", queriendo indicar que el juez, pese a que tiene la libertad de apreciación probatoria, está condicionado y limitado a las pruebas que existen dentro del proceso, siempre y cuando se hayan allegado o producido dentro de los términos legales, y siempre y cuando sean pertinentes y conducentes. Este paradigma probatorio le impide al juez suponer pruebas que no existen dentro del proceso, de la misma manera que le impone el deber de apreciar " todas " las pruebas, por tanto no puede omitir la apreciación de valoración de aquellas pruebas que siendo conducentes y oportunamente allegadas o producidas dentro del proceso, sean conducentes y pertinentes con los hechos o conductas motivo de investigación.

II- LAS PRUEBAS EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES

1-LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral. De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a- Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral.

b- Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango

c- Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada.

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.

• Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa- El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y

bb- que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa- No deber causar grave perjuicio indebido,

bb- Ni generar confusión,

cc- Ni exhibir escaso valor probatorio,

dd- Ni ser dilatoria del procedimiento .

d- Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

2- LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN FORMAL.

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

• Si se ha infringido la ley de Ética Médica
• Quienes o quien son los autores del hecho.

• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación.

• Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.

• Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial)

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos:

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.

2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.

3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.

4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

• Interlocutoria

• Motivada

• Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

• Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.

• La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva

• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.

• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

3. PRUEBAS EN EL JUICIO.

En el juicio penal, El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio. El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

III- RESPECTO DE LA PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD Y AUTENTICACIÓN DE LA PRUEBA.

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (Prov 28-2015. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.) se expresó, refiriéndose al módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente:

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y

A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que

previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina per se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea.

Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.
La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

IV- DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Medica de Bogota, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"…Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud.

...

Por esto, existe una clara dilación en el proceso por parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito encargados de solicitar la investigación planteada por la denunciante, A.S.A.M. Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental

a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser 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." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad"

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

Por lo anterior, deberá enviarse copia de este expediente a la Procuraduría General de la Nación, Seccional Valle del Cauca, para que investigue esta inexplicable negligencia de quienes intervinieron en la decisión de primera instancia.

V- RESPECTO DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA Y NEGADAS POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Basados en la primera consideración de la ratio decidendi de esta providencia, esta superioridad determina que no es aceptable negar unas pruebas que van a sustentar una objeción de tacha de falsedad de otras pruebas que hacen parte del proceso original en este caso.

Por esta razón esta superioridad debe revocar esa decisión del acquo, pues de no hacerlo, la decisión a tomar (en caso hipotético, pues ya la prescripción está ad portas de haber cumplido su tiempo) no estaría basada en la certeza judicial de haber administrado justicia de manera diáfana e impecable.

VI- CONCLUSIONES

A- No se acepta la decisión de negar pruebas en relación con una tacha de falsedad del aparato probatorio de la primera instancia

B- Las dilaciones que se presentaron en este proceso son absolutamente injustificadas y requieren la compulsa de copias a la Procuraduría Seccional del Valle, para que investigue las causas de este fenómeno.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA, en uso de sus facultades legales

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Revocar la decisión del TRIBUNAL SECCIONAL DE ETICA MEDICA DEL VALLE DEL CAUCA al no aceptar las pruebas solicitadas por la defensa del médico J.H.B.R., identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en … y tarjeta profesional número … del Ministerio Nacional de Salud. ARTICULO SEGUNDO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca practicar las pruebas solicitadas por la defensa del médico investigado. ARTICULO TERCERO. Compulsar copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación, Seccional Valle, para que, si lo considera conveniente, se sirva investigar la razón de estas dilaciones en este proceso. ARTICULO CUARTO. Contra la presente decisión no caben recursos. ARTICULO QUINTO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente - Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, febrero diecisiete (17) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1259 DEL DIECISIETE (17) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: Proceso No. 967/14 del Tribunal de Ética Médica del Cauca

Contra: Doctora P.A.R.O.
Denunciante: Señora O.l.G.G.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 10-2015

VISTOS

Por providencia del 29 de octubre de 2.014 el Tribunal de Ética Médica del Cauca decidió que existía mérito para decretar pliego de cargos contra la doctora P.A.R.O. por faltas a la ética profesional en la atención que le prestara al niño J.S.G. de ocho años de edad, en el Centro de Salud El Rosal de la población de San Sebastián, por un cuadro doloroso abdominal que fue agravándose y requirió su traslado al Hospital Susana López de Valencia de Popayán y posteriormente a la Fundación Valle de Lili, por disfunción orgánica múltiple y sepsis de origen posiblemente abdominal, que ocasionó su fallecimiento el 25 de octubre, a la dos de la mañana.

El día 28 de octubre de 2.014 la médica acusada recibió correo electrónico del Tribunal Seccional notificándole la apertura de investigación en su

contra y dos días después (octubre 30) nueva comunicación informándole que se había dictado pliego de cargos y fijado un " término no mayor de tres días" para notificarse de tal resolución. Esta diligencia fue cumplida por la abogada defensora Olga Lucía Salazar, quien en comunicación radicada en el citado Tribunal el 13 de noviembre de 2.014 (F198) solicitó decretar la nulidad de todo lo actuado desde la resolución 67 del 29 de octubre de 2.014. Por resolución No 71 del 19 de noviembre del mismo año el Tribunal negó la nulidad solicitada y citó diligencia de descargos a la doctora P.A.R.O.. Actuando dentro de términos, la abogada defensora, de la doctora P.A.R.O., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución que negó la solicitud de nulidad impetrada por su poderdante. A esta solicitud el Tribunal Seccional, por resolución No 72 del 26 de noviembre del 2.014 decidió no reponer la resolución 71 del 19 de noviembre de 2.014 en la cual se negó la solicitud de nulidad interpuesta por la defensa y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Recibido por esta Corporación el 3 de diciembre de 2.014 fue asignada por sorteo para su estudio al Magistrado Francisco Pardo Vargas.

RESULTADOS Y CONSIDERANDOS

La solicitud de nulidad formulada por la defensa se fundamenta en el hecho de no habérsele dado la oportunidad a su defendida para rendir versión libre, para efectos de ejercer el derecho a la defensa. Algunos de los argumentos por medio de los cuales sustenta su solicitud son los siguientes:

" En el caso objeto de solicitud no se ha permitido a mi prodigada (sic) a rendir versión libre y espontánea y por el contrario se dicta pliego de cargos fundamentado en pruebas aportadas por la quejosa, de lo que se advierte que mi defendida ni siquiera ha contado con el derecho de presentar pruebas ni de controvertir las que pesan en su contra, violándose con ello de manera flagrante el debido proceso.

Se inició una investigación, la cual se adelantó sin conocimiento de mi defendida, a tal punto que nos encontramos con un pliego de cargos sin que durante el proceso se le haya permitido a la investigada pronunciarse probatoriamente sobre las manifestaciones de la quejosa, sin poder materializar su derecho al debido proceso, a la defensa material y técnica.

La solicitud de nulidad fue negada con fundamento entre otras, con las siguientes argumentaciones:

“ Aún las dificultades anteriores, el Tribunal procura comunicar al investigado la existencia del proceso, y ello no significa que sea una obligación de parte del ente investigador, comunicar la existencia del proceso, pero precisamente por una posición democrática y respetuosa de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa, el Tribunal Seccional, siempre procura comunicar la existencia del mismo, y así puede el médico ejercer su derecho a la defensa.

En éste sentido la diligencia del artículo 282 de la Ley 906 del 2014, que se aplica por expresa disipación (sic) del artículo 82 de la Ley 23 de 1981, no es una diligencia obligatoria por varias razones, la primera, el investigador tiene libertad probatoria y en virtud de dicha facultad puede emplear cualquiera de los medios cognoscitivos para lograr investigar y dilucidar la conducta investigada.

La segunda razón está en que la diligencia no es obligatoria, lo cual se deduce de la lectura del artículo 282, de la Ley 906 de 2004, lo cual ratifica la primera razón, de su libertad probatoria. En el mismo sentido, lo ha expresado la C. S. J. Sala Penal “.

…

Finalmente considera este despacho que para el pedimento de nulidad con miras a ser escuchada en versión libre, y para evitar una dilación inadecuada e impertinente del proceso, sin que ello signifique por parte de este Despacho que la defensa tiene todo el derecho de alegar las nulidades que considere pertinentes, pero también debe la Sala recomendar a la abogada defensora que cuando presente solicitudes éstas sean debidamente sustentadas, y no como un acto dilatorio, se insiste por ello negará la solicitud de nulidad al pliego de cargos y en contrario se fije fecha para la diligencia de descargos. “.

La defensora con intensidad y vehemencia argumentó que su solicitud en ningún momento tenía por finalidad dilatar el trámite del proceso y para evidenciar la justificación de su solicitud de nulidad, citó varias jurisprudencias de varios tribunales de ética, respaldando su posición, razón por la cual interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

Entre las argumentaciones formuladas se encuentran las siguientes:

“ Se inició una investigación, la cual se adelantó sin conocimiento de mi defendida, se le dicta un pliego de cargos sin que durante el proceso se le

haya permitido a la investigada pronunciarse probatoriamente sobre las manifestaciones de la quejosa, sin poder materializar su derecho al debido proceso, a la defensa material y técnica.

Es claro que a pesar de haberse realizado una comunicación de que se inicia la investigación disciplinaria contra la Dra. P.A.R.O. y que esta puede hacer el derecho a rendir versión dentro del proceso informando (sic) que ha tomado la decisión de no guardar silencio, no pudo cristalizarse pues al día siguiente se presenta el pliego de cargos, sin tener el tiempo necesario para pronunciarse, y debe presentarse con abogado a la misma, generándose la violación del debido proceso.

Desconocemos los trámites adelantados por el despacho para localizar a mi representada la Dra. P.A.R.O., no los conocemos y si existe una conducta omisiva por parte de la entidad en la cual se desempeñó para que a contactara, pues esto es ajeno a mi representada, lo que es claro es que solo tuvo conocimiento de la apertura de la investigación disciplinaria y su derecho a renunciar a guardar silencio mediante a comunicación hasta el día 28 de octubre de 2014 a las 14:29:55 donde recibió el correo electrónico de tribunaldeéticamedacadelcauca@gmail.com proveniente del Tribunal de Ética Médica del Cauca en el que se le notificaba que se le había abierto investigación en su contra, haciéndole saber y se le informa que si desea ofrecer testimonio a este despacho renunciando a su derecho a guardar silencio el derecho debe indicar por escrito la fecha en que podía cumplirse la diligencia, a fin de coordinar con el Magistrado investigador. A la comunicación se adjuntó oficio Nro 322 de 20 de septiembre de 2014. El cual fue enunciado y aportado con el incidente de nulidad.

Por lo que no se puede entender los esfuerzos que hace el Tribunal de Ética para localizar a los médicos objeto de investigaciones una prueba de comunicación y notificación al investigado.

Por auto del 26 de noviembre de 2014 se negó la reposición y se concedió la apelación subsidiariamente interpuesta, fundamentando la negativa con los siguientes argumentos, entre otros:

“ Considera esta corporación que es una actitud dilatoria, el interponer nulidades y recursos, como en éste caso, en el que de manera clara y con apoyo en la jurisprudencia vigente se le indicó que la diligencia del Art 282, interrogatorio de indiciado contenido en el código procesal penal, que se aplica

por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 de 1981 , no es obligatorio, aunque la abogada defensora de manera errada, nombra como VERSIÓN LIBRE Y EXPONTANEA ", citando una jurisprudencia del Tribunal Nacional en una de sus gacetas judiciales cuyo título es " cirugía plástica ", citando también el libro sobre responsabilidad ética médica disciplinaria Tomo III, en el apartado 86 sobre la versión libre que cita el escritor doctor Fernando Guzmán Mora, transcribiendo su contenido y requisitos.

No quiere esta Corporación entrar en controversia con el Tribunal Nacional, ni desconocer los aportes que ha hecho el Dr. Fernando Guzmán Mora, Edgar Saavedra Rojas, y otros, en el libro antes citado y la jurisprudencia en la gaceta del Tribunal Nacional, pero si tiene el deber de aclarar que dichos aportes doctrinales eran válidos en la época en que se escribieron porque correspondía a la aplicación de la Ley 600 de 2000, y dichas posiciones jurisprudenciales eran aceptadas, por esta corporación, como se indica, en el marco de la Ley 600 de 2000.

Hoy en día la norma que se debe aplicar, por remisión ordenada por la Ley 23 de 1981, es la ley 906 de 2004, donde una de las modificaciones fue abolir la indagatoria o como dice el autor citado la pre indagatoria, estos dos diligencias ya no son parte del procedimiento de investigación en el marco de un sistema procesal de tendencia acusatoria. Es por esto que esta Corporación citó una jurisprudencia del año 2014 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en donde se explica el alcance de la diligencia, contenida en el artículo 282 del C.P. P., en el que se indica que dicha diligencia no es obligatoria, ni se viola el derecho de defensa por no realizarla, como también no es obligatorio comunicar o notificar al investigado la existencia del proceso, porque el acto de notificación del proceso, se hace con la audiencia de imputación de cargos en el marco de la ley 906 y que se repite de manera ya más completa con el escrito de acusación y la correspondiente audiencia de acusación, que en el marco de la ley 23 de 1981, el pliego de cargos se asemejaría al escrito de acusación, porque el pliego de cargos es completo, se precisan los cargos, se indican las normas presuntamente violadas, y el investigado tiene acceso pleno a la prueba, por lo cual no se viola el derecho de defensa, el hecho de que el médico no conozca antes de dicha notificación del pliego de cargos, ni el proceso, ni la prueba recogida por el magistrado investigador, sea una violación del derecho de defensa.

Se indica lo anterior porque en la Ley 23 a partir del art 74 como norma especial, no tiene una norma que imponga la obligación de comunicar al

investigado la existencia del proceso. Tan es cierto que en el art 75 de la ley 23 de 1981, se dispone que el presidente designa un magistrado para instruya el proceso y presente sus conclusiones a la sala, y el art 38 del decreto 3380 de 1981, que reglamenta el anterior artículo indica que " los testimonios que deba recibir el profesional instructor se harán bajo la gravedad del juramento conforme al C.P.P.", con lo cual al armonizarlo con la ley 906 de 2004, y en respeto al principio de inocencia y al derecho a guardar silencio que tiene el investigado, el investigador no está obligado a citarlo a testimonio, porque al tornarse obligatoria la diligencia de interrogatorio de indiciado contenida en el artículo 282 del C.P.P., desconocería los anteriores principios fundamentales de inocencia y el derecho a guardar silencio.

...

"No entiende esta Corporación, como la abogada defensora quiere someter a su defendida a una diligencia que no es obligatoria, es por ello que la única justificación que se encuentra, es una actitud dilatoria, representada en la interposición de una nulidad y como el fue desfavorable, y a pesar de las explicaciones, interpone luego los recursos de ley contra la decisión, cuando la decisión de esta Corporación está orientada, solo salvaguardar los derechos fundamentales del investigado."

En el expediente disciplinario se evidencia los siguientes actos procesales relevantes para el problema discutido y lo que se ha de resolver:

A) La noticia criminis se recibe de la Procuraduría con oficio remisorio del 12 de septiembre de 2014, pero recibido en el Tribunal el 17 del mismo mes y año.

B) Por auto del 29 de septiembre de 2014, el presidente del Tribunal designa al magistrado instructor: "…para que adelante la investigación disciplinaria y realice todas las diligencias que crea necesarias para el esclarecimiento de los hechos"

C) Por oficio del 30 de septiembre de 2014, se notifica a la dra P.R., en el Centro de Salud, El Rosal, ubicado en San Sebastián, Cauca, que se le ha iniciado investigación disciplinaria.

D) Por auto del 29 de octubre de 2014 se formuló pliego de cargos contra la disciplinada.

E) Por medio de edicto fijado el 4 de noviembre de 2014 se notifica la decisión anterior a la disciplinada, con orden de desfijarlo el 10 de noviembre.

F) La defensora con su escrito de solicitud de nulidad, aportó copia de un e-mail remitido por el Tribunal a la disciplinada el 28 de octubre de 2014.

G) Durante todo el período investigativo no se escuchó en versión libre y voluntaria a la disciplinada.

H) La atención prestada por la disciplinada al menor G.G. fue el 12 de octubre de 2013 y su fallecimiento se produjo el 25 del mismo mes y año.

En el caso sub-judice se presenta un problema bien interesante, surgido de la potestad conferida por la ley disciplinaria, de hacer remisión en sus vacíos al código de procedimiento penal y a los problemas que surgen del hecho de haber cambiado el sistema procesal de tendencia inquisitiva y escrito el uno, por uno de tendencia acusatoria y oral el otro.

Es una realidad, que cuando se promulga la Ley 23 de 1981, teníamos un proceso escrito de tendencia inquisitiva (Decreto 409 de 1971) y los códigos procesales que lo sucedieron, el Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000, conservaron con cambios realmente intrascendentes, la misma tendencia y el mismo sistema escrito. Por tal razón la aplicación de la Ley 23 en el lleno de sus vacíos, no había tenido problema desde el mismo momento en que comenzó a ser aplicada en 1981 y éstos problemas solo se comienzan a evidenciar a partir de la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, donde pasamos a un proceso acusatorio y de características eminentemente orales y con una pluralidad de instituciones absolutamente novedosas, que son inaplicables a un sistema inquisitivo y escrito.

El último código escrito y de tendencia inquisitiva, Ley 600 de 2000, fue derogado por el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, quedando vigente únicamente para el trámite de los procesos de aforados de los que conoce la Corte Suprema de Justicia y por aplicación del principio de favorabilidad, con sus sub-principios de la retroactividad y de la ultraactvidad para los delitos que se cometieron en vigencia de aquella.

En las circunstancias precedentes, es una realidad evidente, de la imposibilidad de hacer remisión para llenar los vacíos de la Ley 23, a la Ley 600, porque se trata para éstos efectos una ley derogada, como ya se dijo.

Por la complejidad que significa un cambio tan radical y de tales dimensiones y viéndonos en la obligación de llenar los vacíos de la Ley 23, con el C. de P. P. es que esta Corporación, por providencia 11-2011 del Dr. Fernando Guzmán Mora concluyó, que la remisión al nuevo código de procedimiento penal de tendencia acusatoria y dentro de la metodología de la oralidad, se haría siempre y cuando las instituciones procesales que debían de ser complementadas, fueran susceptibles de completar sus vacíos con la nueva normatividad. Es decir, se concluyó que en algunos casos era imposible acudir al sistema procesal acusatorio para llenar los vacíos de la ley 23, por la absoluta incompatibilidad y diferencia entre un sistema procesal dominado por la oralidad y uno de carácter escrito.

Ante esta imposibilidad de llenar algunos vacíos de la Ley 23, se concluyó igualmente que debería acudirse a otras normatividades procesales como el código Contencioso Administrativo y preferentemente el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, esto por la identidad de materia. En tal sentido se expresó en aquella decisión:

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

Para darle vía libre al procedimiento ético disciplinario, el cual es de una precariedad absoluta, se debe hacer remisión al Código de Procedimiento Penal con el fin de llenar los vacíos existentes. Si se analiza el capítulo II del Título III de la Ley 23 de 1981, se observará que la misma, no estipula nada, por ejemplo, respecto a pruebas (testimoniales, documentales, peritajes), prescripción, nombramiento de persona ausente entre otras. Al desarrollar el tema irán necesariamente saliendo a flote las otras disposiciones a las que se deberá hacer remisión, sobre los temas que no se encuentran plenamente determinados en la referida ley…"

"…Teniendo en cuenta que por ahora, será de inmensa dificultad implementar el sistema acusatorio en el proceso ético disciplinario y que la exigencia dada por la Ley 23 de 1981 de que todos sus procedimientos y actuaciones queden

plasmados por escrito, dificultará, que al menos por ahora, la adopción de audiencias. Se considera que en cuanto a preclusión se trata debemos darle aplicabilidad a los artículos 331, 332 y 334 de la Ley 906 de 2004…."

Es preciso antes de continuar con el tema jurídico objeto del disenso, que existen irregularidades en la tramitación de éste proceso, porque en el caso presente no hubo una apertura formal del proceso disciplinario y aceptamos, que efectivamente el artículo 75 de la Ley 23 dispone que el Presidente del Tribunal de Ética, designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso y presente conclusiones dentro de un término de quince días,[149] pero se trata de una norma que debe ser interpretada y aplicada de conformidad con los preceptos constitucionales relacionados con el concepto del juez natural y particularmente con una de las cuatro garantías que lo integran y que no es otra que la del juez natural imparcial.

La imparcialidad judicial, para que se garantice en su integridad, de conformidad con la voluntad del constituyente,[150] y de los tratados de derechos humanos que ha suscrito nuestra Patria,[151] debe no solo ser

149 - ARTICULO 75. Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles.

150 - 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.

151 - ARTÍCULO 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

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

imparcial, sino que los sistemas del reparto del trabajo a cada uno de los funcionarios judiciales ha de garantizar esa imparcialidad, tal como lo ha sostenido la doctrina, particularmente la europea, y esa imparcialidad solo se garantiza cuando el reparto de los procesos se hace por métodos que garanticen una división de trabajo por la vía de las leyes del azar, porque cuando los procesos no se reparten al azar, sino que se designa a uno de los jueces por la voluntad de uno de los que dirige el reparto, o el presidente de la corporación, siempre surge la posibilidad que en la designación primen intereses diferentes a los de la justicia, porque quien hace la designación tiene la potestad de seleccionar el juez que le convenga para que instruya y falle el proceso, en un sentido determinado.

---

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.
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.
ARTÍCULO 8o. GARANTÍAS JUDICIALES. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de 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, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral 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, a las siguientes garantías mínimas:
a). Derecho del inculpado a 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 inculpado de la acusación formulada.
c). Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
d). Derecho del inculpado 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 inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare 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 a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a 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.

En las circunstancias precedentes el reparto de los procesos debe hacerse con la presencia de todos los magistrados que integran la corporación, el sistema puede ser electrónico, a través de un programa de computador que garantice el reparto de los procesos por las leyes del azar, o por el antiquísimo sistema de numerar los procesos e insacular en una bolsa un número de balotas numeradas con los mismos números que le hayan correspondido a los procesos en su individualización. Establecido este sistema cada uno de los magistrados extrae una balota y ese será el proceso que le corresponda para ser instruido y fallado.

Es importante este sistema en el que el proceso busca al juez que lo ha de fallar y nunca el juez que busque el proceso que quiere le corresponda para su instrucción o fallo. La designación que hace una persona por su propia voluntad o mediante un acto administrativo, le permite direccionar el proceso hacia el funcionario que quiere que conozca de él, para que le dé una orientación determinada o lo fallo en un sentido igualmente determinado.

En cada proceso se deja una constancia en la que se establece que realizado el reparto, tal proceso le correspondió a tal magistrado

Pero es que además de la aclaración y precisión hecha en precedencia, el auto de designación, del 29 de septiembre de 2014, mediante el cual el Presidente del Tribunal del Cauca designó al magistrado instructor: "... para que adelante la investigación disciplinaria y realice todas las diligencias que crea necesarias para el esclarecimiento de los hechos," no constituye una apertura formal de investigación disciplinaria, ni tampoco el presidente le puede ordenar a sus colegas de la Corporación que adelanten una investigación disciplinaria, porque hay muchos casos en los que la denuncia es mentirosa o no constituye una infracción a la ley disciplinaria y por tanto, en esos casos, el magistrado ponente tendrá la facultad de ordenar el archivo de las diligencias.

No constituye ese auto la apertura de un proceso disciplinario, porque allí lo que hace el Presidente es hacer una repartición de las diferentes noticias criminis que se hayan recibido, para que el trabajo total queda equilibradamente repartido entre todos los miembros de la Corporación.

El auto de apertura de investigación disciplinaria es un auto que dicta el instructor una vez haya estudiado la denuncia y las pruebas con la que se haya acompañado a la misma y tiene dos opciones, si tiene dudas sobre la real existencia de una infracción disciplinaria debe ordenar una investigación

preliminar,[152] y si existe claridad sobre la vulneración de la ley se ordenará la apertura de la correspondiente investigación.[153]

En la apertura de la investigación disciplinaria se debe ordenar cuales son las finalidades de la misma, esto es que se debe determinar cuál es la conducta que constituye la infracción disciplinaria, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, el perjuicio ocasionado, la identificación de los autores o partícipes y la posible responsabilidad de los mismos. Por ello, en el auto de apertura de investigación disciplinaria, se debe ordenar de manera concreta cuáles son las pruebas que deben de ser practicadas y además todas aquellas que resulten o devengan lógicas de las practicadas.[154]

---

152 - Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.
La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.
En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.
<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.
En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.
La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.
PARÁGRAFO 1o. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna.
PARÁGRAFO 2o. Advertida la falsedad o temeridad de la queja, el investigador podrá imponer una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes. La Procuraduría General de la Nación, o quienes ejerzan funciones disciplinarias, en los casos que se advierta la temeridad de la queja, podrá imponer sanciones de multa, previa audiencia del quejoso, por medio de resolución motivada contra la cual procede únicamente el recurso de apelación que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación
153 - Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 152. PROCEDENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria.
154 - Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 153. FINALIDADES DE LA DECISIÓN SOBRE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado.
ARTÍCULO 154. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:
1. La identidad del posible autor o autores.
2. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.
3. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado

En el mismo Código Disciplinario Único, se determinan los sujetos procesales y dentro de éstos se determina al investigado y como se adquiere esta calidad, de la misma manera que se establecen sus derechos, entre ellos el de ser oído en versión libre, en cualquier etapa del proceso, de la misma manera que se consagra el derecho a la defensa. En tal sentido se dispone:

" ARTÍCULO 91. CALIDAD DE INVESTIGADO. La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso.

El funcionario encargado de la investigación, notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este código.

El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite e l disciplinado.

Enterado de la vinculación el investigado, y su defensor si lo tuviere, tendrá la obligación procesal de señalar la dirección en la cual recibirán las comunicaciones y de informar cualquier cambio de ella.

La omisión de tal deber implicará que las comunicaciones se dirijan a la última dirección conocida.

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

1. Acceder a la investigación.

2. Designar defensor.

---

para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.
4. La orden de informar y de comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código.

3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.

4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.

5. Rendir descargos.

6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.

7. Obtener copias de la actuación.

8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

" ARTÍCULO 17. DERECHO A LA DEFENSA. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

En el auto que se comenta y que equivocadamente el Tribunal de primera instancia considera como uno de apertura de investigación no lo es, porque el Presidente no puede designar a sus colegas para que conozcan de determinados procesos, pues su deber es repartirlos de conformidad con las leyes del azar y tampoco puede ordenar que adelanten el proceso, porque dentro de la autonomía de cada uno de los funcionarios judiciales tienen la potestad de abrir investigación preliminar, archivar u ordenar la apertura de proceso disciplinario.

De lo anteriormente considerado ha de concluirse que en éste caso no hubo apertura formal de investigación disciplinaria y si ello es así, es claro que no podía hacerse imputación de cargos a la disciplinada porque para que ello ocurra es indispensable que exista proceso formalmente abierto y porque el proceso es un conjunto de actos procesales consecutivos que tienen que ser realizados en el mismo orden dispuesto por el ordenamiento.

Lo anterior sería más que suficiente para declarar la nulidad del proceso, pero como existen otras irregularidades dentro del proceso, la Corporación se referirá todas ellas, para cumplir con la misión magisterial que el ordenamiento le tiene asignada a las Corporaciones superiores.

La irregularidad en la que la defensa fundamenta la solicitud de nulidad de lo actuado, se constituye en haberse adelantado la investigación a espaldas de la disciplinada y habérsele impedido ejercer los derechos de contradicción y de defensa y consecuencialmente de habérsele vulnerado el debido proceso constitucional.

Es evidente que al ser procesado, el ciudadano se defiende de la acusación que le formula el Estado por medio de los funcionarios que ejercen la represión, y una de las formas por medio de las cuales se comienza a ejercer ese derecho a la defensa es con la versión que el ciudadano rinde durante la investigación disciplinaria o la versión rendida durante el sumario, conocida en el proceso penal escrito como indagatoria.

La ley, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido al unísono que la versión sin juramento que el ciudadano rinde en el proceso es al mismo tiempo un medio de defensa y un medio de prueba y que como instrumento de defensa, es el momento en el que el sindicado responde a la acusación que en tal diligencia le formula el Estado, bien sea negando la imputación, bien aceptándola bajo una circunstancia de exención de responsabilidad, atenuando la misma o haciendo citas y pidiendo pruebas que corroboren su coartada.

Es claro que en el sistema procesal de la Ley 906, desaparece la indagatoria y en la investigación preliminar la misma aparece como potestativa del imputado; y analizada ésta normatividad desde ésta perspectiva es evidente que en éste tipo de procesos no existe esta opción, pero debe recordarse igualmente que en este sistema procesal existe la audiencia de imputación, donde se le da la oportunidad al procesado de conocer la imputación y de comenzar a defenderse de la misma.

Dentro de ésta perspectiva, la posición del Tribunal de primera instancia es totalmente equivocada, porque olvida que en el proceso disciplinario por ser de naturaleza escrita, de tendencia inquisitiva, no existe audiencia de imputación y en tales circunstancias, en ésta etapa inicial del proceso debe dársele al ciudadano una oportunidad para que conozca la imputación y que pueda defenderse de la misma.

Mal entonces se podía formular una imputación de cargos, sin que la disciplinada hubiera tenido conocimiento de la imputación para poderse defender de la misma, porque es bien sabido por todos, que nadie puede defenderse de lo desconocido o de lo que se ignora. El ejercicio de la defensa

solo puede ejercerse cuando se tiene un conocimiento claro y preciso de los hechos por los cuales es acusado e investigado.

Entre las razones esgrimidas por la primera instancia en el auto por medio del cual se niega la nulidad, debe destacarse aquella en la que se enfatiza que la diligencia de versión prevista en el artículo 282 de la Ley 906 no es obligatoria y en relación con ello se debe reconocer que tiene toda la razón, pero como ya se había dicho, ello es así, porque en ese procedimiento existe la audiencia de imputación en la que se conoce con claridad la imputación y se comienza la defensa con fundamento en la misma. Pero esas consideraciones no pueden hacerse en el proceso disciplinario donde no existe la mencionada audiencia, debiendo concluirse que si no se le otorga al ciudadano la oportunidad para defenderse al rendir su versión libre o indagatoria, se le estaría negando el elemental derecho de conocer el hecho por el que se lo acusa e igualmente la posibilidad de defenderse del mismo, violándose de tal manera el debido proceso constitucional.

La equivocación de la primera instancia radica en el hecho de haber considerado que al sistema disciplinario se le puede aplicar por remisión completamente el contenido de la Ley 906, y olvida que realmente son pocas las instituciones del sistema acusatorio que pueden ser aplicadas al mismo, porque en éste proceso no hay fiscalía que investigue y acuse, olvida que la única audiencia oral es la de descargos, que la prueba se practica a lo largo de la investigación y no en el juicio, como ocurre en el sistema acusatorio, que al no existir audiencia de imputación, el ciudadano debe tener un momento procesal en que se le dé la oportunidad de conocer la imputación y de defenderse de la misma.

La ausencia de ésta oportunidad, considera la primera instancia, puede ser suplida con la imputación de cargos, en la que con más claridad y precisión se le dan a conocer todas la acusaciones existentes contra el mismo, pero nuevamente olvida que el proceso es como una especie de guerra en la que se disputan diversas batallas y que quienes se defienden pueden perfectamente aspirar a que ni siquiera se abra proceso y si esto ocurre, pueden aspirar que no haya medida precautelativa y si esto ocurre, la misión defensiva puede orientarse a evitar que se formule acusación y así de manera sucesiva. De tal manera que argumentar que la falta de conocimiento durante el período investigativo se suple con la información que se le proporciona, de la imputación fáctica y jurídica contenida en la formulación de cargos es hacer una reflexión errónea, que daría a entender que el ciudadano no puede pretender evitar que el proceso llegue hasta esas instancias.

Es cierto que en la Ley 906 no existe disposición que imponga imperativamente la notificación de la apertura de investigación, pero ese conocimiento por parte del ciudadano surge diáfano y lógico de lo decidido en la sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005, con ponencia del H. M. Jaime Araujo Rentería, en la que se dio respuesta a la demanda impetrada por el ciudadano Edgar Saavedra Rojas, en la que se propuso la inexequibilidad de la expresión: "... una vez adquirida la condición de imputado…", coincidiendo la Corte con el demandante, en que el ciudadano tenía el derecho a la defensa, desde el mismo momento en que surge la imputación y que por tanto el derecho a la defensa existía durante la investigación preliminar, contra lo considerado por el legislador de que tal derecho a la defensa solo podía ser ejercido a partir de la diligencia de imputación.

Si lo anteriormente fue reconocido en una sentencia de constitucionalidad, que como bien se sabe son decisiones que tienen fuerza de ley, es decir que obligan a todos los ciudadanos, razón por la cual se dice que tienen fuerza erga omnes. En tales circunstancias ha de entenderse de manera necesario que así no exista norma que obligue a la notificación de la apertura de investigación preliminar ha de deducirse que la misma debe producirse, porque como puede pretenderse que el ciudadano se defienda, cuando ni siquiera tiene conocimiento que es objeto de una investigación y mucho menos, muchísimo menos, de que se lo investiga como autor o partícipe de una infracción a la ley penal o disciplinaria.

Es una realidad de que lo ideal es que el ciudadano tenga efectivamente un proceso sin dilaciones injustificadas, pero esa celeridad deseada para todos los procesos, no puede ser tanto, que se impida al procesado de poderse defender de los cargos por lo que es investigado o por los que se lo acusa y esto lo recordamos, porque la defensora de la disciplinada allegó con la solicitud de nulidad, la comunicación electrónica en que se le comunicaba la existencia del proceso, habiendo recibido el mismo el 28 de octubre en las horas de la tarde y se encuentra igualmente probado que la formulación de cargos fue dictada el 29 del mismo mes y año y no podemos menos que preguntarnos, ¿cómo se puede pretender que con tal precariedad de términos la disciplinada hubiera podido defenderse ?

Ejercer el derecho a la defensa no puede ser calificada como una maniobra dilatoria y la formulación de nulidades es una forma de ejercer ese derecho a la defensa. El proceso penal es dialéctico y por tanto casi siempre se encuentran posiciones encontradas entre los sujetos procesales y esa discrepancia de

opiniones no puede ser considerada como un enfrentamiento personal entre los intervinientes, de la misma manera que ejercer la defensa con ardentía, no constituye dilación bajo ninguna circunstancia, porque de llegar a esos extremos, el ejercicio de la defensa podría verse estigmatizado hasta llegar a ser enervado en el ejercicio activo y dinámico que esta función defensiva exige.

Como conclusión a todo lo anterior, debe entonces determinarse que los vacíos legislativos contenidos en la ley 23, deben ser llenados con las previsiones de la Ley 906 de 2004, en aquellas instituciones que sean compatibles con la naturaleza de un proceso de tendencia inquisitiva y escrito; de no poder ser llenados dichos vacíos con la mencionada ley procesal, se habrá de acudir a la Ley 734, Código Disciplinario Único, por aquello de la identidad de materia y si ello no es posible, habrá de acudirse al Código contencioso Administrativo, por ser el proceso disciplinario un procedimiento administrativo y si con ello tampoco se resuelve el problema se habrá de hacer remisión a cualquier otra codificación procesal.

Podría argumentarse que el artículo 82 de la Ley 23, hace remisión al C. de P. P. y que en tales circunstancias se vulnera la ley, cuando para llenar un vacío de aquella se hace remisión al Código Disciplinario Único, pero ello es imposible, cuando en la propuesta que se hace por parte de la primera instancia se termina violando la Carta Política, porque en realidad de verdad, la Ley 906, no tiene una solución para el problema que se trata de resolver en el caso sub judice. En tales circunstancias, al no encontrar respuesta al problema en el código procesal, se ha de acudir a otras normatividades que contengan normas procesales que si resuelvan el problema y por tanto se ha de acudir a la Ley 734 de 2002 y de no encontrar solución al Código Contencioso Administrativo o al Código General del Proceso, porque lo único que no puede hacer el juez es abstenerse de fallar con la excusa de que no existe normatividad aplicable que resuelva el caso. No debe olvidarse en éste sentido lo previsto en la Ley 153 de 1887 al determinar en uno de sus artículos:

" ARTICULO 48. Los jueces ó magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

En las condiciones anteriormente argumentadas se deberá decretar la nulidad de todo el proceso, a partir del auto del auto del 29 de septiembre de 2014, para que se rehaga el proceso, procediendo primero que todo a hacer una apertura formal del proceso disciplinario, que debe ser notificado a la disciplinada,

para que tenga la oportunidad de defenderse de las imputaciones que le hace la denunciante y de las que eventualmente le puedan ser imputadas a lo largo del proceso. No se debe olvidar que el auto de apertura de proceso, debe tener un contenido mínimo, como el que aparece en el Código Disciplinario Único al establecer:

" ARTÍCULO 154. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA."

La decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:

1. La identidad del posible autor o autores.

2. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.

3. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.

4. La orden de informar y de comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código.

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

RESUELVA:

ARTICULO. PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto del 29 de septiembre de 2014. ARTICULO SEGUNDO: Contra esta providencia no procede recurso alguno. ARTICULO TERCERO. Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, primero (01) de agosto del año dos mil diecisiete (2017)

SALA PLENA SESIÓN No. 1377 DEL PRIMERO (01) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2017)

REF: Proceso No. 1046 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Denunciante: de oficio
Contra: J.R.Z.M.
Asunto Solicitud de Nulidad

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández.
Providencia No. 65-2017

VISTOS

El Tribunal Nacional de Ética Médica, mediante providencia No. 4 del 17 de enero de 2017, confirmó la decisión del Tribunal Seccional de Caldas de no decretar la nulidad total ni parcial de la actuación disciplinaria adelantada contra el médico J.R.Z.M. y devolvió el expediente al tribunal de origen.

El 7 de febrero, el tribunal seccional cita una vez más a diligencia de descargos al médico acusado y a su apoderado, pero no se presentan. El 7 de marzo de 2017, el implicado a través de su apoderado, presenta recusación contra la Sala Plena del tribunal seccional que es negada por dicha instancia, decisión confirmada por la Sala Plena del Tribunal Nacional según providencia No. 32 del 25 de abril de 2017.

El 23 de mayo de 2017 el tribunal seccional considera que se debe imponer sanción superior a seis (6) meses de suspensión en el ejercicio profesional al médico J.R.Z.M. y envía el proceso al tribunal nacional quién mediante providencia No. 46-2017, le impone sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por el término de cinco (5) años, por violación de los artículos 10, 15, 34 y 49 de la Ley 23 de 1981.

En escrito fechado el 4 de julio de 2017 y dirigido al Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, el abogado defensor del acusado, JOSÉ CARLOS VINASCO GAMBOA, solicita nulidad de la actuación procesal por violación al debido proceso y derecho de defensa.

El expediente, tres (3) cuadernos que completan 1068 folios, es asignado, por tener conocimiento previo del proceso, al magistrado Germán Gamarra Hernández, en Sala Plena el 18 de julio.

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

HECHOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío, resolvió abrir de oficio (proceso No. 1028), investigación ético disciplinaria contra el doctor J.R.Z.M., por presuntas irregularidades en el ejercicio de la Cirugía Plástica, relacionadas en el proceso No. 965, instaurado ante ese mismo tribunal, contra el médico general F.J.O.M., por la atención prestada a la paciente L.M.C., entre el 9 de julio y el 29 de agosto de 2011. El médico J.R.Z.M. actuó en calidad de cirujano y el médico O.M. actuó como ayudante y "captador de la paciente" en el citado caso.

Mediante providencia No. 32 del 25 de marzo de 2014, el Tribunal Nacional de Ética Médica resolvió aceptar la recusación presentada contra el magistrado instructor Abdiel Castaño Bardawill y el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío y ordenó el cambio de radicación del proceso al Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas. Este último, en auto proferido por la sala plena, el 10 de junio de 2014 decreta la nulidad de lo actuado por el Tribunal Seccional de Risaralda y Quindío en el proceso 1028 quedando radicado en el tribunal seccional de Caldas con el número 1046. Se dejaron a salvo de la nulidad, las pruebas documentales allegadas en debida forma a la investigación. El 21 de julio de 2015, el tribunal *Ac quo* resuelve formular pliego de cargos contra el Dr. J.R.Z.M. .

En escrito fechado el 21 de septiembre de 2015, el abogado de la defensa, JOSÉ CARLOS VINASCO GAMBOA, presenta recusación contra la sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas y solicita prescripción de la acción disciplinaria, por lo que el 29 de septiembre del mismo año, dicho tribunal negó la solicitud de prescripción y no aceptó la recusación impetrada por la defensa; como consecuencia, determinó la remisión del expediente al tribunal nacional, para resolver en relación con la recusación formulada por la defensa y negada por los miembros del tribunal de primera instancia. Mediante providencia del 10 de noviembre de 2015, el Tribunal Nacional de Ética Médica se abstiene de hacer cualquier pronunciamiento en relación con el incidente de recusación por carecer de competencia y devuelve el expediente al tribunal de origen.

En escrito fechado el 20 de octubre de 2015 el apoderado del acusado solicita nulidad parcial del auto de Sala Plena del 29 de septiembre de 2015, respecto al punto que decide sobre la prescripción, tanto en la parte motiva como en la resolutiva. El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas no acepta la recusación y mediante providencia del 1 de marzo de 2016, decreta la nulidad parcial del auto del 29 de septiembre de 2015, y solicita al Tribunal Nacional de Ética Médica pronunciarse sobre la prescripción. Mediante providencia No. 29 del 12 de abril de 2016, el Tribunal Nacional resuelve NO DECLARAR la prescripción solicitada y en consecuencia los términos de prescripción de cinco (5) años, serán contados a partir del 21 de julio de 2015. Revisado posteriormente el expediente, se encuentra que mediante auto del 29 de mayo de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas resolvió continuar con la instrucción del proceso 1046 contra el médico J.R.Z.M., por lo tanto, es a partir de esta fecha que se contarán los términos de la prescripción de la acción disciplinaria y no a partir del 21 de julio de 2015, como aparece anotado inicialmente.

El 8 de agosto el abogado de la defensa solicita nulidad total del proceso; mediante providencia del 8 de noviembre, el tribunal seccional no decreta la nulidad ni parcial ni total de la actuación disciplinaria adelantada contra el médico J.R.Z.M.; el 22 de noviembre, el apoderado del implicado interpone recurso de apelación y mediante providencia del 17 de enero del 2017, el Tribunal Nacional de Ética Médica confirma la decisión del tribunal *Ac quo*.

El 7 de febrero, el tribunal seccional cita nuevamente a diligencia de descargos al médico acusado y a su apoderado, a la que no se presentan. El 7 de marzo de 2017, el implicado a través de su apoderado, presenta recusación contra la Sala

Plena del tribunal seccional. Según actas 866, 867 y 868 del 21 de marzo de 2017, el Tribunal Seccional no acepta la recusación y ordena enviar el proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica quién confirma la decisión mediante providencia No. 32 del 25 de abril de 2017.

El 23 de mayo de 2017 el tribunal seccional considera que se debe imponer sanción superior a seis (6) meses de suspensión en el ejercicio profesional al médico J.R.Z.M. y envía el proceso al tribunal nacional.

Mediante providencia No. 46-2017, de Sala Plena realizada el 20 de junio de 2017, el Tribunal Nacional de Ética Médica resuelve imponer al médico acusado, sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por el término de cinco (5) años, por violación de los artículos 10, 15, 34 y 49 de la Ley 23 de 1981.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Recibió la secretaría de ésta Corporación un escrito que aparece con el siguiente nombre como antefirma: "JOSÉ CARLOS VINASCO GAMBOA", pero éste documento carece de firma responsable.

El mismo fue presentado en la Secretaria del Tribunal de Ética Médica de Caldas pero no aparece nota de presentación personal, de tal manera que se desconoce quién lo presentó ante esa Corporación, y así hubiese sido presentado por ese profesional del derecho, por el solo hecho de carecer de firma, al mismo no se le podría atribuir ninguna responsabilidad por las afirmaciones y argumentos que allí se presentan, de la misma manera que esta Corporación no puede pronunciarse sobre un memorial que carece de autoría y por tanto no existe desde la perspectiva jurídica.

Desde tiempos inmemoriales, el hombre comenzó a responsabilizarse de la autoría de los documentos que producía, con una señal determinada que los individualizaba, marca o señal que terminó por convertirse en lo que conocemos como "firma", mediante la cual el creador de un determinado documento con su rúbrica se hace autor y responsable del contenido del mismo.

Para que un documento puede considerarse que existe desde la perspectiva jurídica debe estar firmado por el autor que lo creó.

En relación a la necesidad e importancia de la firma, Cabanellas nos informa:

"FIRMA: Nombre y apellido, o título, que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo escribe, para autorizar lo allí manifestado u obligarse a lo declarado en el documento. II Conjunto de expedientes u otras actuaciones que se someten a la autorización escrita de un jefe; y acto en el cual se verifica tal consulta o despacho.

(…)

Expresión material. Lessona, que se ha ocupado monográficamente de la firma, expresa que no está definida por la ley, cosa laudable por cuanto se ajusta al espíritu anti formalista del Derecho moderno.

Agrega que: "Lo que la ley pide es la expresión de la identidad de la persona y de la letra; el juez es quien en cada caso debe aseverarla. Así, por ejemplo, si el nombre y apellido constituyen la firma por excelencia, no hay nada que oponer en el caso en que una firma conste sólo de la inicial del nombre y el apellido incompleto, o bien cuando conste sólo de la inicial del nombre y el apellido completo, o bien cuando conste del apellido o aun del nombre tan sólo; como en los casos de los soberanos, papas, obispos.

"El apellido propio podrá ser substituido por un pseudónimo usual, por el nombre usado en religión o en la vida artística; la mujer casada firmará válidamente con el apellido del marido añadido al suyo. Los errores ortográficos que no hagan incierta la firma no la invalidan. La firma debe ser obra personal del firmante":

2.- ***Valor***. La firma acredita la comparecencia de la persona y la conformidad con los hechos y declaraciones que suscribe, salvo haber sido obtenida por sorpresa, engaño o violencia. Por ello es exigida a las partes o a sus representantes en la totalidad de los negocios jurídicos escritos: contratos, testamentos, actas y demás documentos públicos o privados que deban tener alguna eficacia. De carecer de la firma, los escritos se consideran simples borradores o proyectos.

Por la misma asociación del vocablo firma con el verbo subscribir – escribir debajo de algo, se entiende que la firma tiene que ir tras lo escrito, garantía de que no se han hecho adiciones de mala fe. Algunos autores convalidan la firma marginal cuando el texto está completo y termina al pie de una página. Cuando un documento consta de varias de ellas, se entiende que la firma final legaliza o prueba todo lo precedente, siempre que no existan indicios de adulteración, contra lo cual se estila la rúbrica (v) o iniciales en las hojas previas a la última. (v. Antefirma, Acto bajo forma privada, Artículo de firmas, Buena firma, Contrafirma, Derecho de firma, falsificación de la

firma del jefe del Estado y ministros, Garantía de firma, Mala firma, Media Firma, Reconocimiento de firma)[155]

Frente a las modernas tecnologías digitales de la comunicación, los documentos enviados a través de las redes sociales pueden tener validez en cuanto a su contenido, siempre y cuando su autor tenga debidamente registrada su firma digital.

"Código Gral. del proceso. Ley 1564 de 2012. "ARTÍCULO 74. *PODERES.* Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

Los poderes podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en ese último caso, su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 251.

Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorga hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiera el poder sea apoderado de una persona.

Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital.

Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.

"Código Gral. del proceso. Ley 1564 de 2012. ARTÍCULO 105. *FIRMAS.* Los funcionarios y empleados judiciales deberán usar, en todos sus actos escritos,

155 - Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual., Guillermo Cabanellas, Tomo IV, pág 76, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1.996

firma acompañada de antefirma. Podrán usar firma electrónica, de conformidad con el reglamento que expida el Consejo Superior de la Judicatura.

"Código Gral. del proceso. Ley 1564 de 2012. ARTÍCULO 185. ***DECLARACIÓN SOBRE DOCUMENTOS.*****"** Quien pretenda reconocer un documento privado deberá presentarlo e identificarse ante la autoridad respectiva.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, cualquier interesado podrá pedir que se cite al autor de un documento privado, al mandatario con facultades para obligar al mandante, o al representante de la persona jurídica a quien se atribuye, para que rinda declaración sobre la autoría, alcance y contenido del documento.

El reconocimiento del documento por parte del mandatario producirá todos sus efectos respecto del mandante si aparece probado el mandato.

La declaración del citado será recibida previo juramento. Si el documento está firmado a ruego de una persona que no sabía o no podía firmar, esta deberá declarar si se extendió por su orden, si el signatario obró a ruego suyo, y si es cierto su contenido; cuando el citado no pudiere o no supiere leer el juez deberá leerle el documento.

En los demás casos bastará que el compareciente declare si es el autor del documento, o si se elaboré por su cuenta, o si es suya a firma o el manuscrito que se le atribuye. El reconocimiento de la autoría del documento hará presumir cierto el contenido.

Si el citado no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia el citado podrá probar al menos sumariamente que su inasistencia obedeció a causa justificada; si así lo hiciere, el juez señalará, por una sola vez, nueva fecha y hora para el reconocimiento, por medio de auto que se notificará por estado.

En el proceso en que se aduzca un documento previamente reconocido en legal forma, ya sea expresa o tácitamente, no procederá la tacha en cuanto al autor jurídico, ni el desconocimiento.

Existe una profusa reglamentación Legal sobre la necesidad de la firma en las diligencias, de la misma manera que su existencia tanto en documentos públicos, como privados en la Ley Estatutaria para la Administración de Justicia, en el Código de Régimen Político y Municipal, en el Código de Comercio, en el Código de Procedimiento Penal, en el Código Contencioso Administrativo, en el Código Gral. del Proceso y en otros más, indicativo de la importancia que tiene la firma para demostrar la autoría y la responsabilidad de un documento y de que lo que allí se dice o se autoriza tenga efectos jurídicos valederos ante las autoridades y ante la comunidad.

La ausencia de la firma en el documento que se comenta, impide que ésta Corporación se pueda pronunciar sobre la petición que allí se formula.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Tribunal Nacional de Ética Médica, se abstendrá de hacer cualquier pronunciamiento respecto a la petición que en dicho escrito aparece consignada por carecer de autor responsable del mismo.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. ABSTENERSE de hacer pronunciamiento alguno sobre la petición que aparece en el escrito al que se ha hecho referencia, por carecer de firma de autor responsable. **ARTÍCULO SEGUNDO**: Devolver el memorial al Tribunal de origen para lo pertinente. **COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado - Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente, GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado ; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, ocho (08) de noviembre del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1343 DEL OCHO (08) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No. 5681-RO, Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá

Contra: Doctora O.T.E.R..
Denunciante: Fiscalía 299 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Menores.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 91-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá D.C., en Sala Plena del 25 de julio de 2016, resolvió no aceptar los descargos presentados por la doctora O.T.E.R. e imponerle una sanción consistente en suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de seis (6) meses. Contra esta decisión, el día 21 de septiembre de 2016, el abogado defensor de la médica implicada, presenta recurso apelación. Mediante auto del 5 de octubre, el tribunal seccional concede la apelación, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica, para lo de su competencia.

El expediente, un (1) cuaderno que contiene 156 folios, fue recibido en este Tribunal Nacional el 20 de octubre; puesto el asunto para reparto en Sala Plena el 25 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 3 de septiembre de 2012, la niña L.C.R.G., de nueve (9) años de edad para esa fecha, fue llevada por su progenitora a la Corporación IPS SALUDCOOP Clínica Policarpa, por haber sido objeto de un presunto abuso sexual.

En la mencionada institución, la menor fue atendida por la doctora O.T.E.R., médica general. En la historia clínica se anota que la niña L.C.R.G., de nueve (9) años de edad y con leve retardo sicomotor, fue atendida el día 3 de septiembre de 2012 a las 22:32 hasta las 23:11 horas.

Consultó porque un compañero del salón le metió los dedos en el ano presentando sangrado posterior a este hecho; además la golpea y la amenaza, si refiere a la madre lo sucedido. La médica examina la paciente, encuentra escoriación en el esfínter anal e himen imperforado; anota como impresión diagnóstica "dolor rectal" y considera que la niña fue agredida por un compañero de clase, ordenando tratamiento sintomático y psicoterapia.

En la queja presentada, la Fiscalía considera que la citada médica probablemente incurrió en conducta omisiva, al no dar el tratamiento correspondiente ante la sospecha de un abuso sexual, registrando en la historia clínica, que se trataba de una conducta sexual anómala, dándole solo manejo tópico.

La Fiscalía 299 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata – Menores envía copia escrita de la investigación penal No. 110016000714201280471 por presunta negligencia por parte de la facultativa O.T.E.R. en el marco de la investigación penal por el delito de acceso carnal violento que adelantó dicho ente investigador.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena del 13 de septiembre de 2012, aceptó la queja presentada por la Fiscalía 299 y declara

abierto el proceso, correspondiéndole su instrucción al magistrado, Gabriel Lago Barney. Durante el proceso se obtuvieron las siguientes pruebas:

1. Copia de la Investigación Penal número 110016000714201280471 remitida por la Fiscalía 299 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata-Menores con el escrito de queja.

2. Copia de la historia clínica de L.C.R.G. con un listado del personal médico que la atendió, enviada por la "Corporación IPS Saludcoop, Clínica Policarpa" de Bogotá D.C.

3. Diligencia de declaración rendida por la señora A.S.G.C., el día 13 de febrero de 2014.

4. Versión libre rendida por la doctora O.T.E.R., médica general, el día 20 de noviembre de 2014.

5. Comunicado número 21-2012 enviado por la Clínica Policarpa de Saludcoop en la que se encuentra establecido el kit de abordaje de los delitos sexuales, adoptado por la institución.

6. Informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con número de radicación 2012C-01010116663 del 4 de septiembre de 2012 enviado al tribunal seccional.

Mediante providencia del 22 de abril de 2015, la Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá D.C., consideró que existía mérito para formular cargos contra la doctora O.T.E.R., por presunta violación del Artículo 1, numerales 1, 2 y 4 y de los artículos 10, 11, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 7 del decreto reglamentario 3380 del mismo año.

El 10 de junio de 2015, la médica implicada, en compañía de su abogado, presentó descargos ante el tribunal seccional y solicitó practicar nuevas pruebas que fueron allegadas al proceso, como son los protocolos para atención de delitos sexuales existentes en la Clínica Policarpa, correspondientes a los años 2010 y 2012, y la declaración rendida por el médico Pediatra, F.P.Q.B, el día 4 de febrero de 2016. Mediante providencia del 25 de julio de 2016, el tribunal seccional resolvió no aceptar los descargos e imponer sanción consistente en suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de seis (6) meses. Contra esta decisión, el día 21 de septiembre, el apoderado de la médica

O.T.E.R., presenta recurso de apelación que el tribunal seccional concede mediante auto del 5 de octubre del mismo año.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El abogado defensor, GIOVANNI VALENCIA PINZÓN, argumenta que la sanción impuesta a su representada no ha tenido en cuenta las circunstancias comentadas y detalladas en la historia clínica y las actividades desarrolladas el día de la atención censurada. Anota la defensa que no se le puede imputar el cargo que "no se procuró cuidar la salud de la menor cuando la valoró integralmente y en su calidad de Médica de Urgencias dispuso de la atención y valoración de la menor paciente e impartió las órdenes que en su criterio médico y avalado por un especialista en pediatría, consideró pertinente para el motivo de consulta sin que ella sea óbice para no consultar nuevamente, ya que precisamente por esas razones, derivó a la madre de la menor paciente para que indagara en el colegio acerca de las circunstancias en que se desarrolló el desafortunado evento".

Considera la defensa que la acusada no manejó el caso como abuso sexual sino como conducta sexual anómala, presuntamente realizada por menor de 14 años no identificado y en circunstancias desconocidas, debido a lo descrito confusamente por la madre y la paciente; que decidió comentar el caso con el pediatra de turno quién avaló y aprobó el egreso y la medicación sintomática bajo el diagnóstico de conducta sexual anómala y que existe concordancia entre el motivo de consulta, el diagnóstico y el manejo dado a la paciente.

Adicionalmente, anota que para le fecha de los hechos (3 de septiembre de 2012), regía en la Clínica Policarpa un protocolo para manejo de los casos de abuso sexual aprobado en el mes de julio de 2010 en el que se establecen unos grupos etarios (A, B y C) en los que no era posible clasificar a la menor L.C.R.G.. Ante tales circunstancias, no existiendo un protocolo a seguir, no puede aceptarse que la conducta de su defendida, sea calificada como negligente y omisiva.

En primer lugar, esta superioridad quiere referirse a algunas inconsistencias encontradas en el presente proceso:

1. En el informe de conclusiones presentado por el magistrado instructor, fechado el 15 de abril de 2015, con relación a la actuación procesal desarrollada por el tribunal, se anota que "En Sala Plena, Sesión número ochocientos tres

(803) de marzo diecinueve (19) de dos mil catorce (2014) se aceptó la queja…" (folio 71). El mismo texto, se repite en la sentencia de formulación de cargos, proferida por la sala plena el día 22 de abril de 2015 (folio 75).

Al respecto, se hace necesario aclarar, que según aparece en el folio 11 del expediente, el acto de aceptación de la queja y el correspondiente reparto, firmado por el presidente del respectivo tribunal, ocurrió el día trece (13) de septiembre de 2012, es decir 10 días después de ocurridos los hechos que dieron origen a la presente investigación disciplinaria y no el 19 de marzo de 2014, como aparece en la anotación citada.

2. Existe otro error, que aparece tanto en el informe de conclusiones presentado por el magistrado instructor (folio 71), como en la misma sentencia de formulación de cargos del tribunal (folio 75), relacionado con el nombre de la médica acusada, que no corresponde a la doctora MARIA LUISA CONTRERAS DÍAZ, como aparece en el expediente, sino la doctora O.T.E.R., como se evidencia en todo el expediente, desde la queja presentada hasta la sentencia sancionatoria.

Este tribunal nacional quiere dejar claro que las inconsistencias encontradas, no generan nulidad del presente proceso, dado que en el mismo expediente existen elementos suficientes que permiten aclarar las dudas que podrían haber generado dichos errores.

Con relación a los hechos que motivaron la presente investigación, relacionados con una única actuación, de la médica O.T.E.R., realizada el día 3 de septiembre de 2012, durante la atención en el servicio de urgencias de la Clínica Policarpa de la IPS Saludcoop, es necesario acoger el alegato de la defensa de la implicada en el sentido de tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la actuación de la médica acusada.

En la historia clínica allegada, la doctora E.R., anota que la niña L.C.R.G., menor, de nueve (9) años de edad, con antecedente de retardo psicomotor, fue agredida por un compañero del salón de clase quién "le introduce los dedos en la cola", la golpea y la amenaza, produciéndole sangrado y escoriación en el ano; dicho acto es valorado por la citada médica como un "comportamiento sexual anómalo" y no como abuso sexual.

Es evidente, que con los datos anotados, donde se informa que a la menor le metieron los dedos en el ano, produciéndole escoriación y sangrado, además

de que fue golpeada y amenazada por el agresor, así el hecho hubiera sido causado por otro menor de edad, se configura una agresión sexual que podría ir más allá del calificativo de un "comportamiento sexual anómalo".

Con base en la historia clínica y en las declaraciones rendidas por la médica inculpada y la madre de la menor, se puede concluir que la doctora E.R. examinó de manera adecuada a la paciente y le dedicó suficiente tiempo (la consulta tuvo una duración aproximada de 40 minutos); además, consultó la conducta a seguir con el pediatra de turno, aunque de ello no deja constancia en la historia clínica el día de la consulta.

Otro aspecto importante, que sirvió para apoyar la sentencia condenatoria y la sanción impuesta por el tribunal seccional, fue el protocolo existente y enviado por la Clínica Policarpa para la atención de pacientes víctimas de abuso sexual; dicho documento, al parecer fue actualizado en noviembre de 2012 (folios 97 a 109), acorde con la declaración de la acusada, quien afirma que el protocolo utilizado para la fecha de los hechos correspondía al del año 2010 y en el mismo no era posible clasificar de manera precisa, el delito de fue objeto la paciente.

Para esta superioridad es evidente que teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, se observa en la historia clínica la no existencia de anotaciones que evidencien la consulta al médico pediatra y su concepto orientado a clarificar el diagnóstico realizado por la médica de urgencias.

La historia clínica elaborada por el médico, constituye el soporte de su actuación y corresponde al relato de eventos y registro de los hallazgos del paciente, que permite a quien recibe y procesa la información, entregar una opinión científica o impresión diagnóstica; con base en ella, solicitar estudios complementarios e iniciar un tratamiento. En la historia clínica queda 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 e incluso puede tener implicaciones médico-legales. Por lo anterior, su práctica es obligatoria, es un documento irremplazable, pertenece al paciente y debe ser objetiva y veraz, es decir debe describir las situaciones como son, libre de especulaciones.

La historia clínica incluye elementos fundamentales como son el interrogatorio o anamnesis y el examen físico. El primero constituye el punto esencial que refleja el contacto entre el médico y el paciente; se basa en la confianza, respeto y sinceridad de ambas partes. Cuando las circunstancias y condiciones del paciente no permiten obtener información suficiente sobre la enfermedad y sus antecedentes, en particular durante la atención de urgencias, el médico debe acudir a los familiares o allegados más cercanos, con el fin de lograr datos más precisos y veraces. El examen físico constituye la percepción sensorial del médico, debe ser completo y sus elementos básicos son la inspección, palpación, percusión y auscultación; los hallazgos deben consignarse en la historia clínica del paciente.

En el caso sub exánime, se cometió una falla en la elaboración de la historia clínica al no incluir hechos muy importantes realizados durante la atención de la paciente, en particular la consulta realizada con el pediatra de turno, lo que a juicio de esta superioridad deberá ser tenido en cuenta al resolver el recurso presentado por la defensa.

Por otra parte, se hace necesario, como lo ha hecho el tribunal nacional en otras oportunidades, referirse a las dilaciones injustificadas que ocurren en los procesos ético-médico disciplinarios; en el presente caso, no son claras las razones para justificar el retraso de treinta y un (31) meses que se presenta entre la apertura de la investigación preliminar (13 de septiembre de 2012) y la presentación del informe de conclusiones por parte del magistrado instructor (abril 15 de 2015). La diligencia de versión libre por parte de la implicada sucedió más de dos años después de ocurridos los hechos y el testimonio de uno de los principales testigos, el médico pediatra F.P.Q.B., tuvo lugar casi tres años y medio después de sucedidos los hechos, que el mismo interrogado en su diligencia ante el tribunal seccional no los recordaba.

Si a lo anotado anteriormente se le suman las maniobras dilatorias que podrían ser adelantadas por la defensa, se corre el riesgo de que el proceso no pueda concluir dentro de los términos establecidos por la ley; con el fin de tener una mejor ilustración al respecto, la sala considera necesario incluir apartes de la sentencia 60/16, con ponencia del magistrado Fernando Guzmán Mora, en la que se hace referencia a alguna jurisprudencia existente sobre el tema:

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia. La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal

encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser 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."

Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado, desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad".

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

Este tribunal nacional, como lo ha hecho en anteriores ocasiones con otros tribunales seccionales, hace un llamado de atención al Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, por la demora injustificada que se presentó en este proceso y que pudo haber afectado la aplicación de una justicia de forma oportuna y eficaz.

Reconoce esta superioridad el alto número de procesos que se adelantan en los Tribunales Seccionales, en particular en el tribunal Seccional de Bogotá y las limitaciones de tiempo que tienen los magistrados que lo integran, para cumplir cabalmente sus funciones.

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. REVOCAR la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, de sancionar con suspensión en el ejercicio profesional por el término de seis (6) meses a la médica O.T.E.R.. ARTICULO SEGUNDO: SANCIONAR con Amonestación Privada, a la médica O.T.E.R., por incumplimiento en el artículo 36 de la Ley 23 de 1981. ARTÍCULO TERCERO. Contra esta providencia no procede recurso alguno. ARTÍCULO CUARTO. Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado -Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado no firma por impedimento; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ , Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá D. C., febrero veinte (20) del año dos mil uno (2001).

SALA PLENA SESIÓN No. 654 DEL VEINTE (20) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL UNO (2001).

REF: Proceso disciplinario ético-profesional No. 891 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá
Denunciante: E.C.M.
Contra médicos de la Clínica San Pedro Claver

PROVIDENCIA No. 04-2001.
Magistrado Ponente: Doctor Hernando Groot Liévano

VISTOS.

Por providencia del 22 de noviembre de 2000, El Tribunal de Ética Médica de Bogotá, dictó providencia inhibitoria en las diligencias preliminares adelantadas contra los Drs. J.C.R., F.A.S.G., por queja insaturada por el señor E.C.M.

La decisión fue oportunamente apelada por el denunciante, razón por la cual conoce la Corporación en segunda instancia.

La Corporación procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

HECHOS.

Los hechos de conformidad con el denunciante fueron sintetizados así por la primera instancia:

"En su comunicación visible al folio 2 del cuaderno único dice el señor E.C.M, que el 16 de febrero de 1996, tuvo una fractura en el fémur izquierdo y fue intervenido quirúrgicamente el 23 de febrero de 1996. Esta cirugía se malogró pues quedó con un acortamiento de 35 mm y sin alineación de los fragmentos óseos. Seis meses después fue nuevamente intervenido y esta cirugía también se malogró pues quedó con un acortamiento de 23 mm y sin la alineación de los fragmentos óseos y con dos hernias discales a las cuales ellos no le pusieron cuidado. En este momento presenta un estado de invalidez aunque es parcial lo compromete totalmente con el daño de la columna. El señor C.M. pregunta: Porqué en la primera cirugía no se alinearon los fragmentos óseos ? Porqué no se utilizaron injertos ? . Porqué en vez de clavo intramedular no se recurrió a un tutor y a la alineación de los fragmentos óseos o injertos si era necesario ? Si éstas fracturas traen complicaciones porqué no se tomaron medidas preventivas ?. Porqué en la segunda cirugía no se buscó el alargamiento de los 35 mm?. En un centro hospitalario nivel 5º. No se hubiera logrado una cirugía exitosa ? La queja en diligencia de ratificación y ampliación visible a los folios 213 a 217 la dirige específicamente contra el médico tratante dr. J.C.R., contra el coordinador de Ortopedia Dr. F.S., contra Y.A coordinadora de la Oficina de Calidad de Cundinamarca.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

En el proceso investigativo se anexaron entre otras pruebas la copia de la historia clínica de la Clínica San Pedro Claver, correspondiente al señor E.C.M, visible a los folios 10 1 178 del cuaderno único.-

Se le ratificó la denuncia al quejoso E.C.M.

Se le recepcionó diligencia de versión libre al Dr. J.C.R.C., al igual que al Dr. F.A.S.G.

Se allegó copia del informe del Comité Técnico Científico celebrado el 12 de agosto de 1998 en el ISS.

Copia de la invaestigación administrativa Nro 199\97 adelantada por el ISS

Copia del Acta del Comité AD HOC celebrado en el ISS.

Son dos las situaciones que surgen en éste proceso como presuntas faltas a la ética profesional, que a pesar de que por ser dos hechos distintos, pero relacionados con un mismo paciente en principio han debido originar dos procesos disciplinarios autónomos.

Pese a lo anterior es evidente que el no haberse actuado así, constituye una mera irregularidad que no ocasiona la nulidad de lo actuado, puesto que con tal proceder no se le afectaron los derechos y garantías procesales a ninguno de los acusados.

Tratándose de dos situaciones perfectamente diferentes debemos proceder a realizar el correspondiente análisis en relación con el Dr. R., que fue el médico tratante del paciente que finalmente denunció las intervenciones quirúrgicas como presuntamente violatorias de la ética médica.

El Ejercicio de la Medicina es una actividad en la cual el médico debe utilizar sus conocimientos y sus habilidades, así como poner todos los medios a su alcance, para buscar un resultado benéfico y satisfactorio para el paciente, sin que pueda garantizar tal resultado.

En el caso presente, el doctor R. puso su empeño para tratar de disminuir el acortamiento del miembro inferior izquierdo que había sufrido una gravísima fractura conminutiva, la cual fue tratada siete meses atrás (folio 23) 1996. En la operación quirúrgica para tratar de corregir el acortamiento (sep16-1996, folio 45) se usó una técnica adecuada y según consta en la historia clínica, tal acortamiento se redujo durante el acto quirúrgico en 20 mm (alargamiento de 2 centímetros). Estudios hechos en julio 3 de 1996 (folio 53) esto es antes de la operación, mostraron un acortamiento del miembro de 35mm; estudios hechos siete meses después de la operación (abril 11 de 1997, folio 98) indicaron que el acortamiento se había reducido a 23 mm, lo cual señala una diferencia de 12 milímetros. Aunque pareciera que esta diferencia de 12 milímetros está en desacuerdo con la reducción de 20 milímetros (o alargamiento de 2 cm) que se obtuvo durante la intervención quirúrgica, tal desacuerdo no existe pues estas dos mediciones no son comparables ya que fueron realizadas en tiempos distintos (con diferencia de siete meses) y por procedimientos distintos. Por estas razones no se puede aceptar el término que alega el denunciante en su recurso de apelación de que en la operación se realizó un "alargamiento ficticio". El

hecho de que más tarde el acortamiento se acentuara, no desvirtúa en modo alguno la anterior apreciación que hace este Tribunal.

Tampoco se puede aceptar que hubo impericia pues el doctor R. empleó un método aceptable en la práctica médica y atendió al paciente en forma adecuada tal como lo demuestra la historia clínica.

En las circunstancias precedentes, estima la Corporación que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho y que por tanto debe ser confirmada.

En relación con la acusación formulada contra el Dr. S.G., por el hecho de haberle dicho que le pagaba unas incapacidades que se le debían pero si se callaba en relación con el caso.

Es claro que la razón aducida por el Tribunal de instancia no puede ser tenida en cuenta, porque la figura del in dubio pro reo solo es susceptible de ser aplicada cuando se han agotado los términos probatorios y dentro del proceso es viable que tal situación proceda en el momento de la calificación del mérito del sumario o en la sentencia, cuando ya se han agotado los términos de instrucción.

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

Este principio tiene su consagración legal en el artículo 445 del C. de P. P donde se reitera el principio de la presunción de inocencia, para a renglón seguido consagrar el in dubio pro reo.[156]

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

La existencia del principio surge lógico y obvio si se tiene en cuenta la superación del histórico non liquet,[157] que permitía a los jueces romanos la decisión inhibitoria; posibilidad que es completamente impensable en el derecho contemporáneo so pena de incurrirse en una denegación de justicia, que conlleva de manera necesaria a la violación del principio constitucional del ciudadano de tener acceso a la justicia[158] y ello es apenas natural si se tiene en cuenta el derecho de todos los nacionales qie sean sometidos a proceso, que éste les sea rápidamente decidido, esto es, sin dilaciones injustificadas,[159] porque atentaría contra la dignidad humana[160] que una persona estuviese indefinidamente vinculado a un proceso sin que el Estado le resolviese la situación de manera definitiva.

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

Debe precisarse que en los ordenamientos procesales anteriores al actual código de procedimiento penal existían tres opciones de calificación - sobreseimiento definitivo, temporal y auto de proceder y posteriormente,

---

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

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

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

...

...a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;...".

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

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

acusación, preclusión o reapertura - y en tales circunstancias en vigencia de tales ordenamientos no era posible acudir al in dubio pro reo en el momento de la calificación, puesto que siempre existía la posibilidad de poder despejar la dudas mediante la reapertura de la investigación.

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

Es claro que aludimos a ésta opción cuando no se dan los requisitos probatorios para que se pueda producir la resolución de acusación, porque si se dan estas exigencias probatorias, se debe producir la acusación y las lagunas probatorias que pudieren existir en relación a otros aspectos, podrían perfectamente ser subsandas en la etapa probatoria de la causa.[161]

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

"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

161 - Art. 441.- Requisitos sustanciales de la resolución de acusación.- El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.
Art. 442.- Requisitos formales de la resolución de acusación.- La resolución de acusación tiene carácter interlocutorio y debe contener:
1).- La narración suscinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen.
2).- La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la ianvestigación.
3).- La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.
4).- Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes.

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".

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

Es claro que las deficiencias investigativas o los errores cometidos en el recaudo de la prueba, de su aducción o de su evaluación no pueden trasladarse en cabeza del sindicado, que frente a un proceso en el que se ha agotado la etapa sumarial no puede recibir una calificación diversa que la acusación o la preclusión; o agotados todos los períodos probatorios del proceso no debe quedar otra alternativa que la sentencia condenatoria o absolutoria.-

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

Igualmente demuestra este tipo de comportamientos una clara predisposición o mejor, de prejuzgamiento por parte del funcionario que declara la nulidad, simplemente porque por su descuido, o negligencia no realizó toda la diligente

actividad que era indispensables para agotar la investigación y en tales momentos procesales tener la oportunidad de resolver por las alternativas únicas que ofrece el legislador en los eventos que hemos venido mencionando.

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

Pero en el caso que concita nuestra atención no estamos en presencia en nuestro criterio de un caso de dudas probatorias, porque a tal situación de incertidumbre no necesariamente se ha de llegar porque hay un testimonio que afirma algo y otro que lo niega o porque existen medios probatorios que son contrarios en su contenido y en cuanto a lo que afirman. No es esa situación la que de manera necesaria nos lleva a la situación de incertidumbre, aunque tiene que aceptarse que en algunos casos si puede surgir, cuando se trata de pruebas en las que todas merecen igual credibilidad y por tanto es imposible resolver en un sentido o en otro.

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

Es decir que en este caso la acusación que se formula contra el Dr. S.G., no se vislumbra que pudiera tener el más mínimo interés en la realización de la conducta por la que se acusa y tampoco para mentir, porque como ya se había dicho, se trata de actividades profesionales en las que no había intervenido y que no dependían en su cumplimiento de su voluntad. En las circunstancias precedentes se confirmará la providencia recurrida pero no porque existan dudas respecto a la posible responsabilidad del médico acusado, sino porque evidentemente no existe dentro del proceso prueba creíble que amerite para abrir una investigación disciplinaria.

En las circunstancias precedentes, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el uso de las facultades que la confiere la Ley

RESUELVE

ARTICULO UNICO: CONFIRMAR EL AUTO INHIBITORIO dictado a favor de los Drs. J.C.R.C. y F.A.S.G., pero en relación con éste último profesional, no porque existan dudas de su posible responsabilidad, sino porque efectivamente no existe prueba creíble que lo comprometa como responsable de las presuntas faltas que se le imputaron.- NOTIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. HERNANDO GROOT LIEVANO, Presidente- Magistrado Ponente; HERNANDO MATIZ CAMACHO, Magistrado; EDUARDO REY FORERO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaría.

Bogotá, abril doce (12) del año dos mil cinco (2005).

SALA PLENA SESIÓN No.821 DEL DOCE (12) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005).

REF: Proceso No. 520 Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: Doctora G.I.L.B.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Doctor JUAN MENDOZA-VEGA
Providencia No. 12-2005

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en sala plena del 20 de Septiembre de 2004, resolvió formular pliego de cargos contra la doctora G.I.L.B. , por presunta violación de los artículos 2, 10 y 15 de la Ley 23 de 1981, según la queja presentada por la doctora M.V.U., directora médica de la Clínica Las Vegas de la ciudad de Medellín.

En escrito sin fecha, recibido en el tribunal seccional el 30 de Septiembre de 2004, el abogado Harold Mauricio Hernández Beltrán en su calidad de apoderado de la médica disciplinada presentó recursos de reposición y en subsidio apelación contra la providencia mencionada.

Mediante providencia del 23 de Febrero de 2005, el tribunal seccional resolvió no reponer la providencia recurrida y conceder la apelación subsidiaria, por lo que remitió las diligencias al Tribunal Nacional de Ëtica Médica. El cuaderno

único, con 166 folios, se recibió en el Tribunal Nacional el día 18 de Marzo de 2005; puesto para reparto en la sala plena del 29 de Marzo, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

De acuerdo con la queja presentada por escrito el 11 de Octubre de 2000, la doctora G.I.L.B., médica egresada de la Pontificia Universidad Bolivariana, identificada con la cédula de ciudadanía…. expedida… y portadora del registro médico número…., especializada en Gineco-obstetricia, habría incurrido en faltas contra la ética profesional cuando atendió a la señora A.C.M.B desde el año 1999 hasta el 25 de Septiembre de 2000, fecha en la cual la señora M. falleció al parecer como consecuencia de complicaciones de un procedimiento endoscópico que le había practicado la disciplinada tres días antes. Tales complicaciones requirieron laparotomía que le practicó el cirujano general doctor C.E.U.O., sin resultado satisfactorio; el doctor U.O., maniestó haber encontrado perforación intestinal, atribuible a alguna de las maniobras realizadas durante el procedimiento endoscópico.

Aceptada la queja, el magistrado instructor, doctor Norman Harry Hinestrosa, procedió a recibir ratificación y ampliación juramentada de la queja a la doctora M.V.U., directora médica de la Clínica Las Vegas, donde se practicaron los procedimientos y se hospitalizó a la señora M. entre el 23 y el 25 de Septiembre de 2000; igualmente recibió versión libre a los doctores L.y U., en ambos casos con asistencia de abogado defensor, que para la doctora L. fue el jurista Elkin López Zuluaga; este profesional fue posteriormente cambiado por la doctora L.

El 5 de Junio de 2001, el Tribunal Seccional resolvió iniciar investigación formal contra la doctora G.I.L.B. y la llamó a indagatoria, diligencia que fue aplazada varias veces y se llevó a cabo finalmente el 17 de Abril de 2002, Entre dicha fecha y el 14 de Enero de 2004 actuó como apoderada de la disciplinada la abogada Alicia Vargas Restrepo, quien presentó varios alegatos y recursos que fueron oportunamente atendidos y resueltos por el tribunal seccional; en esta última fecha, la abogada renunció al poder y la doctora L., designó a su actual defensor, quien ante la providencia del 20 de Septiembre de 2004 por la cual se resolvió formular pliego de cargos "por la vulneración de los artículos 2, 10 y 15 de la Ley 23 de 1981", presentó los recursos de reposición y en subsidio

apelación, para que se revoque en su integridad la providencia impugnada y en cambio se decrete el fenecimiento de la potestad disciplinaria por prescripción, según lo dispuesto en la Ley 906 de 2004 en su artículo 531, sobre reducción de los términos de prescripción. El tribunal seccional negó la reposición pero concedió la apelación para ante este Tribunal Nacional de Ética Médica.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal Nacional de Ética Médica, sostenida con argumentos no desvirtuados hasta ahora, que el pliego de cargos en el proceso ético-disciplinario médico no permite apelación. Sin embargo y para el caso que se estudia, el abogado de la defensa en su recurso tiene como pretensión que se declare prescrita la acción disciplinaria contra la doctora G.I.L.B. por cuanto los hechos motivo de la queja ocurrieron entre el 23 y el 25 de Septiembre del año 2000 y en consecuencia han transcurrido a la fecha más de tres años, lapso que corresponde fijar para los procesos ético-disciplinarios que se adelanten al tenor de la Ley 23 de 1981, según lo dispuesto por la Ley 906 de 2004 actualmente vigente.

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

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

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

---

162 - 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 concluír que se está recurriendo a la analogía.-
El artículo 531 de la Ley 906 del nuevo C. de P. P. dice:

Artículo 531. Proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

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 victimizan a menores.

La diferencia establecida por el legislador nos lleva a concluír que fue su voluntad, que esta norma favorable solo se excluyera para los delitos de mayor trascendencia social y económica.

Lo anterior nos demuestra que la mayoría de procesos adelantados por todos los actos de delincuencia tipificados en el código penal les sería aplicable ésta norma por favorabilidad.

En las condiciones precedentes sería aberrante que se excluyera su aplicación a una falta disciplinaria, de mucho menor gravedad que un delito y que además tal exclusión en la aplicación de la ley procesal favorable, se hiciera como consecuencia de una aplicación analógica de la misma.

6. CAMBIO EN POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS

Si bien es cierto que los jueces deben someterse al imperio de la Ley, esto no quiere decir que no deban analizarse las circunstancias de cada caso particular antes de dictar una sentencia.

El Derecho es y debe ser dinámico. Debe adaptarse a los cambios sociales manifiestos en las nuevas legislaciones y a los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales que aplican las normas a casos concretos.

Aquí solamente mencionemos un aparte del artículo sobre Demiurgia jurídica, lenguaje y creación de la realidad conceptual, de J. Francisco Escudero, como parte de (El "motor inmóvil" jurídico y los actos mágicos, en Noviembre de 2000:

Lo más importante para nuestro argumento es que para todo "acto" jurídico existe una "norma" jurídica que determina las condiciones necesarias y suficientes de acuerdo con las cuales el acto jurídico se produce. Una norma de este tipo es llamada "norma de competencia" y la facultad que instituye para que cierta persona realice un acto jurídico se denomina "competencia" o "capacidad".

Al realizar un acto jurídico el sujeto que habla (o escribe) ciertamente "hace cosas con palabras". Señala Alf Ross que los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico, entendido como institución social, que opera como una "maquinaria" ("motor inmóvil") que se mueve con palabras. En virtud de que el orden jurídico faculta a un individuo o grupo de individuos para desencadenar mediante palabras las fuerzas de esa compleja maquinaria, entonces la realización de un acto jurídico viene a ser semejante a la magia: las palabras crean el efecto que nombran.

El trabajo de los "operadores jurídicos" es en cierto sentido permanente y en cierto sentido efímero. Lo que es bueno permanece. Lo que es erróneo morirá. En lo bueno radica el fundamento sobre el cual nuevas estructuras serán construidas. Lo malo será desterrado y expulsado en el laboratorio de los años. Y poco a poco la vieja doctrina queda ajada. Frecuentemente los cambios son tan graduales que su significación no se nota.

Finalmente descubrimos que el contorno del crucigrama jurídico ha cambiado, que los viejos paisajes ya no sirven. De hecho, si comparásemos nuestra sociedad actual con la romana de hace veinte siglos, se apreciarían notables diferencias, sin embargo muchas de las instituciones jurídicas, seguirían siendo tan viables como entonces y la diferenciación entre el jurista romano y el actual apenas si podría ser perceptible…"

….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…"

No es posible, en cambio, pretender aplicar la excepción prevista en la misma ley para los procesos "en los cuales se haya declarado cierre de la investigación" por cuanto en el proceso ético-disciplinario médico no existe dicha figura

procesal y el intento de asimilar a ella la formulación del pliego de cargos es analogía in mala partem que no ha lugar porque va contra las garantías que conforman el debido proceso.

Por otra parte, cuando el juzgador tiene ante sí la evidencia de que ha trascurrido el tiempo necesario para que se produzca la prescripción de la acción sancionatoria del Estado, su única opción es declararlo así y proceder a decretar la preclusión para el caso sub judice.

Tiene razón el accionante al solicitar que precluya la actuación contra la doctora L.B., porque ha sucedido el fenómeno de la prescripción, ya que el último de los actos acusados ocurrió cuatro años antes de la resolución acusatoria proferida por el tribunal de primera instancia. Así las cosas, no es necesario entrar a responder los demás argumentos de la defensa.

Es oportuno recordar aquí los conceptos vertidos por este Tribunal Nacional en la sentencia No.42-2003 magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora, que sobre la dilación en los procesos afirmó:

"… 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.

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.[163]

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,[164] 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".[165]

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

163 - Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
164 - Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
165 - Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

RESUELVA:

Artículo Primero. - Declarar prescrita la acción ético-disciplinaria contra la doctora G.I.L.B., de las condiciones conocidas en el informativo, y precluír la correspondiente investigación. Artículo Segundo. - Devuélvase el expediente al tribunal de origen, para su archivo. Notifíquese y Devuélvas.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA Presidente-Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA , Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, quince (15) de marzo del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1310 DEL QUINCE (15) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DIECISEIS (2016)

REF: Proceso No.1928-11, Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: Doctor J.O.S.
Denunciante: Señor. J.R.S.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente : Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 20-2016

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, el 30 de noviembre de 2015, dentro del proceso número 1928-11 resolvió declarar la nulidad oficiosa de la actuación a partir del auto fechado el 1 de junio de 2015; contra esta decisión, el abogado de la defensa presentó recurso de apelación; mediante auto del 22 de febrero de 2016 el tribunal seccional concedió el recurso de apelación impetrado y ordenó enviar las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Recibidos los cuadernos que contienen el expediente el 23 de febrero de 2016, fue puesto para reparto en Sala Plena del 2 de marzo de 2016 y se adjudicó por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

En decisión de Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, el día 17 de mayo de 2011, resolvió aceptar como denuncia la queja disciplinaria formulada por el señor J.R.S. contra el doctor J.O.S, por presuntas faltas cometidas en la atención a la compañera del quejoso, señora G.I.M.M., el día 25 de abril de 2011, en la ciudad de Yolombó.

De acuerdo con el relato de la queja, la señora G.I.M., estaba próxima a dar a luz el día 25 de abril de 2011 en la población de Segovia; el médico que la atendía en el Hospital San Juan de Dios de dicha localidad, al encontrar dificultad para el parto, decidió remitirla al Hospital San Rafael de Yolombó, traslado que se llevó a cabo en la ambulancia del hospital de Segovia en las primeras horas de la noche del día mencionado; en el hospital de Yolombó la señora M. y la criatura que ella esperaba fueron examinados, se le informó al quejoso que "estaba normal" y que serían atendidos por el ginecólogo; como pasara algún tiempo sin que el especialista se hiciera presente, el quejoso se manifestó dispuesto a llevarse a la señora por su cuenta hacia la ciudad de Medellín en busca de atención, pero le dijeron que el ginecólogo vendría al hospital en corto tiempo, como en efecto ocurrió. El ginecólogo, doctor J.O.S, resolvió no realizar cesárea sino insistir en el parto vaginal, el cual se dificultó, prolongó y finalmente culminó con la expulsión de un feto muerto "con el cordón umbilical enredado en la nuca"; el quejoso afirmó que "mi hijo murió por la irresponsabilidad del ginecólogo que no permitió que le hicieran la cesárea".

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, tras aceptar la queja, decidió adelantar indagación preliminar y para el efecto ordenó identificar debidamente al médico J.O.S, comprobar sus credenciales profesionales, recabar la historia clínica de la señora M. y citar al señor J.R.S. para ratificación y ampliación de su queja. A lo largo del año 2011 se realizaron algunas de tales diligencias, pero luego solo aparecen en el expediente actuaciones en el año 2014, cuando se solicitó la copia de la historia clínica de la señora M., y en el año 2015, cuando se decreta con fecha 1 de junio "apertura de investigación disciplinaria ético profesional" contra el doctor J.O.S, a quien se ordenó citar para escucharlo en declaración sin juramento.

Al acudir para la declaración sin juramento el 25 de agosto de 2015, el abogado defensor presentó solicitud escrita de archivo de la investigación, debidamente argumentada, además de solicitud verbal de aplazamiento de la

diligencia de versión libre hasta cuando se hubiera decidido sobre la solicitud de archivo. El magistrado investigador accedió a lo solicitado por la defensa. Posteriormente, el 17 de septiembre, la solicitud de archivo fue negada y tal decisión se notificó con las formalidades de ley; contra tal decisión, presentó el abogado defensor los recursos de reposición y en subsidio el de apelación debidamente sustentados, el día 4 de noviembre de 2015. Por auto del 30 de noviembre, el magistrado instructor declaró la nulidad oficiosa de la actuación a partir del auto de fecha 1 de junio de 2015, decisión que fue apelada por el abogado de la defensa el 15 de febrero de 2016; concedida la apelación, llegó el expediente a este Tribunal Nacional para lo de competencia. La Sala procede a resolver lo pertinente, con los siguientes .

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Inicialmente la defensa solicitó se decretara el archivo del proceso, por haberse vencido los términos previstos en el artículo 325 de la ley 600 de 2000, en el que se estipula que en la investigación previa, si pasan seis meses sin haberse abierto la investigación, se debe archivar el proceso.

Por medio de decisión del 17 de septiembre de 2015, el Tribunal Seccional de Antioquia negó el archivo solicitado, argumentando que ya se había abierto investigación formal por medio de auto del 1º de junio de 2015.

Posteriormente, el 30 de noviembre se decretó nulidad oficiosa del proceso a partir del auto que ordenó la apertura de la investigación. El argumento que fundamenta la nulidad es el siguiente:

" Observa el magistrado instructor, que la queja fue allegada a este Tribunal, en mayo 6 de 2011 y que mediante auto del día 18 del mismo mes y año, se decretó la apertura de indagación preliminar. En dicho auto se ordenó además, la recolección de diversas historias clínicas del paciente y la diligencia de ratificación de queja del denunciante.

Toda vez que no existen los suficientes elementos materiales de prueba para determinar la apertura de investigación o por el contrario, el archivo de las diligencias, es que la actuación debe decretarse nula a partir del auto de junio 1º de junio de 2015

Debe primero que todo advertirse que la Ley 600 de 2000 se encuentra derogada, de conformidad con las previsiones del artículo 533 de la ley 906

de 2004, que previó la vigencia de ésta nueva codificación procesal, para ser aplicada a los procesos por delitos cometidos durante su vigencia y la validez parcial de la ley 600 solo para los casos de fuero constitucional previstos en el numeral 3º del artículo 235 de la C. P. En tal sentido se determina:

"ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. Aparte en letra itálica CONDICIONALMENTE exequible El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su publicación.

En tales condiciones de derogatoria, al hacer remisión para el lleno de los vacíos existentes en la ley 23 de 1981, de conformidad con las previsiones del artículo 82 de la citada ley,[166] es menester acudir a la Ley 906 de 2004 que es la ley procesal vigente y no a la Ley 600 de 2000, como equivocadamente lo propuso la defensa en su petición de archivo por el vencimiento de términos.

Pero además debe precisarse que cuando se presenta ese vencimiento de términos, el instructor tiene dos alternativas, archivar el proceso o abrir investigación formal, y como al momento de la solicitud ya la investigación se había abierto desde el 1º de junio de 2015, ni siquiera estando vigente la ley 600 era del caso tomar decisión inhibitoria, por física imposibilidad procesal, puesto que el proceso estaba ya formalmente abierto.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacionales han sostenido de manera reiterada y uniforme que la nulidad debe ser la última solución a la que se acuda para corregir actos irregularmente realizados y que además el acto irregular que se debe decretar sin validez, debe tener trascendencia, es decir, producir un determinado perjuicio a alguno de los intervinientes en el proceso.

De la misma manera, al momento de dictarse la nulidad, el funcionario que la decreta debe hacer las consideraciones pertinentes para demostrar que se trata efectivamente de un acto irregular, por haberse realizado en contravía de las previsiones normativas y cuál es el daño que ocasiona.

---

166 - ARTICULO 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Este esfuerzo dialéctico no se cumple por parte de la primera instancia, pues se limita a decir que como las pruebas ordenadas en el auto de investigación preliminar no se han practicado se debe decretar la nulidad de todo el proceso a partir de esa decisión.

En el caso concreto, es claro que si unas pruebas determinadas fueron ordenadas en el auto de apertura de indagación preliminar y al abrirse el correspondiente proceso disciplinario se constata que no se ha cumplido con lo ordenado en tal decisión, la solución no es la declaratoria de nulidad del proceso, sino que por el contrario, debe reiterarse la orden de práctica probatoria y continuar con la investigación hasta perfeccionarla.

Tal como se relatan los hechos por parte del denunciante es más que suficiente para la apertura formal del proceso, porque se vislumbra como posible que la muerte del feto hubiera podido producirse como consecuencia de la conducta negativa del ginecólogo en realizar la cesárea para la que había sido remitida a ese hospital y que reiteradamente solicitaba el compañero sentimental de la gestante.

Es una realidad que pese a la gravedad del caso, prácticamente no se han realizado mayores esfuerzos de investigación en lo que va corrido por más de cuatro años, tanto que los términos prescriptivos se acercan peligrosamente. Se trata de una inactividad investigativa durante años y se debe investigar disciplinariamente a los responsables de la misma.

Se deben compulsar copias con destino a la Procuraduría Regional de Antioquia, para si es del caso, ordene la investigación disciplinaria que fuere necesaria, contra el responsable o responsables de tan injustificada mora.

En las circunstancias precedentes se revocará la decisión de nulidad recurrida y en su lugar se ordenará que continúe la investigación.

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 de nulidad recurrida y en su lugar ordenar que se continúe la investigación y trámite del proceso 1928-11 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia. Artículo Segundo. Compulsar copias con destino a la Procuraduría Regional de Antioquia para lo de su competencia. Artículo Tercero - Contra esta providencia no procede recurso alguno. Artículo Cuarto - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE 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 y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, mayo catorce (14) del año dos mil trece (2013).

SALA PLENA SESIÓN No. 1176 DEL CATORCE (14) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso No. 978 del Tribunal de Ética Médica de Santander

Contra: Dr. L.E.R.C.
Demandante: Sr. A.C.D. (Esposo de la paciente M del C.R.R.)

Providencia No. 29-2013
Magistrada ponente : Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

VISTOS :

Mediante fallo del 13 de diciembre de 2012 el Tribunal de Ética Médica de Santander decidió sancionar al Dr. L.E.R.C. con suspensión en el ejercicio profesional por espacio mayor a seis meses, por faltas a la ética médica en la atención de la paciente M.delc.R.R. En virtud de lo prescrito por el artículo 84 de la Ley 23 de 1981 envió el expediente al Tribunal Nacional para la imposición de la sanción, el cual en Sala Plena del 23 de abril de 2013 fue puesto para reparto habiendo correspondido por sorteo a la Magistrada Dr. Lilian Torregrosa Almonacid.

Cumplidos los términos legales, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

El Tribunal de Ética Médica de Santander recibió, el 9 de junio de 2008, la queja instaurada por el señor A.C.D. referente a posibles infracciones a la ética médica ocurridas durante la atención de su esposa, la señora MdelC.R.R. quien fue atendida durante dos años por el doctor L.E.R.C..

Según el escrito de la queja, en mayo de 2006, a la señora MdelC.R.R. le fue diagnosticado un cáncer de la mama derecha, motivo por el cual acudió en compañía de su familia a obtener un segundo concepto del médico "especialista en medicina alternativa" L.E.R.C., quien la trató como paciente particular por espacio de 2 años y según palabras del quejoso

"sostuvo que eso no era cáncer y nos llenó de ilusión por su curación definitiva… En cuanto a los costos la consulta ascendía a la suma de veinte mil pesos, al igual que las de control, que eran generalmente todas las semanas, y los medicamentos eran regularmente costosos…es de anotar que en varias ocasiones mi esposa atravesó por situaciones supremamente difíciles, en las que hubo necesidad que el Dr R.C. se desplazara hasta Lebrija a manejar la situación, en una de las cuales le sacó bastante líquido del pulmón con una jeringa, y en otra al encontrarse realizando el procedimiento de extracción del líquido por un método diferente (con la sola aguja) se le entró aire al pulmón de mi esposa…"

Considera el quejoso, como el asunto más reprochable de todos los ocurridos, que el médico durante los dos años que mantuvo a su esposa bajo tratamiento

"haya sostenido que el problema que ella tenía no era cáncer, y así lo sostuvo hasta el día que ella falleció… el Dr R.C. manifestaba que lo que ella tenía era una contaminación por químicos, no obstante siempre mostrarle los resultados que se obtenían en la Clínica Carlos Ardila Lulle."

El 11 de junio de 2008 el Tribunal seccional abrió el correspondiente proceso ético-médico disciplinario designando como Magistrado instructor al Dr. Luis Mauricio Duarte Vergara, al culminar su periodo como magistrado, fue reemplazado en esta labor por el Dr. Juan Guillermo Barrera Carvajal.

Por diversos inconvenientes, el proceso sufrió prolongadas demoras hasta septiembre de 2012 cuando, en su informe de conclusiones, dicho Magistrado solicitó formular pliego de cargos contra el L.E.R.C. por violación a los

artículos 1 (numeral 1), 10, 15, 16, 33,34 y 55 de la Ley 23 de 1981, el cual se elevó mediante fallo del 24 de octubre de 2012 (Folios 91 a 107).

En la diligencia de descargos (versión libre) del 21 de noviembre de 2012, el inculpado aportó al expediente un documento de nueve folios en el que afirmó que " desde el punto de vista homeopático la paciente presentaba una intoxicación general de su organismo debido a su exposición crónica y prolongada a agentes químicos externos cuando laboró en una empresa del sector avícola" y que esta se manifestó con los cambios clínicos de la mama, que aún cuando fueron diagnosticados histológicamente como un carcinoma ductal de la mama, podían ser consecuencia de dicha intoxicación y por lo tanto, tratados mediante medicina alternativa.

Con respecto a la falta de historia clínica como soporte de su atención a la paciente, manifestó lo siguiente: "Debo decir que como profesional que ejerzo de manera independiente de acuerdo a la normatividad no estoy obligado a llevarla, por no formar parte del sistema general de seguridad social en salud (art.155 de la ley 100/93)..."

Finalmente plantea que en el proceso de instrucción se violaron sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso y que la instrucción del proceso se llevó a cabo por fuera de los términos estipulados en la ley 23 de 1981, solicita entre otras pruebas, que el tribunal designe un perito experto en medicina alternativa para que en sus palabras "determine si con el procedimiento practicado a la señora R.R. se faltó a la ética médica". Dichos descargos fueron rechazados por el Tribunal seccional que en su fallo del 10 de abril de 2013 resolvió sancionar al profesional con la suspensión en el ejercicio profesional por espacio mayor a seis meses por violación de los artículos 1 (en su numeral 1), 10, 15, 16, 33, 34 y 55 y en concordancia con el artículo 84 de la ley 23 de 1981 remitió el expediente al Tribunal Nacional para imposición de la sanción.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS :

Debe anotarse que los hechos motivo de la queja sucedieron a partir del mes de mayo de 2006 y por tanto han transcurrido más de 5 años, período después del cual se da el fenómeno de la prescripción de la acción.

A pesar de que la formulación de cargos se concretó el 24 de octubre de 2012, pese a la previsión del Código Penal, en ese caso no se interrumpe el período

prescriptivo de la acción, pues en este sentido la Corporación en providencia No. 70-12, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora, ha sostenido lo siguiente:

"...1. EL FENOMENO DE LA PRESCRIPCION"

Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981.[167] Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

En sus decisiones más recientes, este Tribunal Nacional se ha inclinado por aplicar el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 por dos razones: que es evidentemente más favorable para la persona o personas sub judice como lo quieren los principios constitucionales colombianos y que las faltas consideradas en la Ley 23 de 1981 guardan en su naturaleza similitud con las contempladas en la Ley 734 o Código Disciplinario vigente.

En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:

" La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años.[168]

---

167 - Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 47, decreto 3380/81. En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.
168 - Art. 30.- Término de prescripción de la acción disciplinaria.- La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.
En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía: " Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado."

PARÁGRAFO 1.- Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO 2.- La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecución del fallo.

" Estos términos prescriptivos se aplicarán a la sanción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública."

Es decir, que en criterio del legislador la prescripción de la acción se interrumpía con la sentencia de primera instancia y no con la resolución de acusación y a partir de ese momento se reanudaba nuevamente el período prescriptivo de la acción por seis (6) meses más.

Esa norma de la ley recientemente derogada fue analizada por la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad y por medio de sentencia con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, el 30 de mayo de 1996, por sentencia C-244, declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1º. del artículo 34 de la Ley 200 de 1995 al sostener:

d. El parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

En esta disposición se consagra que "cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más", lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo 29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues "el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado".

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.
Parágrafo.- Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas.

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar".

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de ***5 años y seis meses****, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de* ***cinco años****. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.*

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor.

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexequible el parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución.

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró exequible el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por "la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen", tienen mayor oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución "gracias al cargo o las funciones que desempeñan", lo cual representaría un "mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado."

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento- la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica.

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el cual, declarada inexequible una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma.[168]

---

168 - Articulo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

En las condiciones precedentes habrá de concluirse que en el presente caso, se produjo el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, razón por la cual habrá de decretarse la misma y consecuentemente la preclusión del proceso disciplinario.- (Auto 9 de julio de 2002. H. M. P. Efraím Otero Ruiz).-Pero esta no es posición únicamente de este Tribunal, como es ha mencionado exhaustivamente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con proyecto del Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL de Fecha: Septiembre 23 de 1997 (No. de Rad.: 13333-97), ha dicho:

La prescripción de la acción en materia penal, cuando no existe resolución acusatoria ejecutoriada, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, atendidas las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, siempre y cuando no sea inferior de cinco años ni superior de veinte, pues de serlo, el fenómeno se entenderá cumplido en uno y otro término límite, respectivamente (art.80 del Código Penal, modificado por el 31 de la ley 40 de 1993).

En la etapa de juzgamiento, este tiempo se reduce a la mitad, contado a partir de la ejecutoria de resolución de acusación, sin que, en ningún caso, su duración pueda ser inferior de cinco años (art.84 ejusdem).

…

De acuerdo con las normas que vienen de citarse, se tiene que el término de prescripción para el delito por el que se procede sería, en la etapa de la causa, de tres años, pero como en ningún caso puede llegar a ser inferior de cinco, es éste el tiempo que debe tenerse en cuenta para determinar si la acción se encuentra prescrita. Se declarará, por tanto, la prescripción de la acción penal en este asunto y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del procesado…

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo en otra sentencia siendo Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, de Fecha: Septiembre 3 de 1992 (No. de Rad.: 6114-92)

El término de prescripción únicamente se vé alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la eventual responsabilidad de su actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación.

De nuevo, la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES de Fecha: Octubre 7 de 1997 (No. de Rad.: 12813-97) dijo:

"La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes."

…

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.
En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Por lo anterior, no cabe duda que el proceso entro en prescripción y aunque no se satisfagan las pretensiones de la denunciante, debe cumplirse con la ley por encima de cualquier consideración en este aspecto.

A. DILACIONES INJUSTIFICADAS

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad". [169]

169 - Luigi Ferrajoli. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Ed. Trota S.A., Madrid, 1995, Pág. 34.

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."[170] Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.[171]

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,[172] desconociendo sus derechos fundamentales.

---

170 - Sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
171 - Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
172 - Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"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".[173]

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y asi 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"[174]

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho…."

Este Tribunal Nacional se permite llamar la atención al Tribunal de Ética Médica de Santander para que procesos como el presente, no se prolonguen injustificadamente de suerte que al final se concrete la impunidad por operar el fenómeno de la prescripción.

173 - Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
174 - Senrtencia T-190/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Los hechos tuvieron ocurrencia a partir de mayo de 2006, época desde la cual han transcurrido siete años, tiempo que supera el límite para el ejercicio de la acción disciplinaria que bien se sabe es de cinco años.

Por esta razón este Tribunal Nacional considera que se debe compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que se investiguen las causas de dicha demora.

Por las consideraciones anteriores el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley,

RESUELVE :

Artículo Primero – Decretar la prescripción de la acción disciplinaria y consecuentemente declarar la preclusión en el proceso contra el Dr. L.E.R.C. Artículo Segundo – Compulsar copias del expediente a la Procuraduría para que, si es del caso, investigue la dilación del proceso Artículo Tercero. Contra esta providencia no procede recurso alguno Artículo Cuarto -Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Presidenta -Magistrada Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

LA CULPA EN MEDICINA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi[1]
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD[2]

INTRODUCCIÓN

La base de la responsabilidad en medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche por parte de la sociedad.

Como resultado del incumplimiento del contrato de servicios médicos, puede presentarse responsabilidad en la órbita civil, penal y administrativa. La responsabilidad civil se predica únicamente si ha existido culpa en el medico, pues es principio del Derecho que no hay responsabilidad sin culpa.

---

1 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Medico Jurídico. Hospital Militar Central

2 Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. Universidad Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

La culpa en el ámbito civil se define como un error de conducta, a causa del cual se produce un daño patrimonial a otra persona. En el caso de la culpa civil médica, el análisis del error se ubica en la actuación del médico en si misma y no en el resultado concreto de la misma. Como se verá, el contrato de servicios médicos compromete una obligación de medios y no de resultados.

En Francia se consideró que si se juzgaba el acto médico con los mismos parámetros con que se hacía para otras actividades, se corría el riesgo de coartar el ejercicio de una buena medicina, debido a la posición defensiva de los médicos que, presionados por la parte legal, no tomarían bajo su cuidado pacientes graves o de alto riesgo. Por lo tanto, solo se juzgaban aquellos casos en que se demostraba un error demasiado evidente.

Hoy en día, siendo la medicina una actividad que por lo general produce obligaciones de medio la base de la responsabilidad médica radica en la prueba de tres elementos: El daño, la CULPA y el nexo causal entre ellos.
La prueba de culpa en el profesional es uno de los aspectos mas importantes en la determinación de esta responsabilidad, cuyo concepto general definimos inicialmente.

Para que exista responsabilidad jurídica civil se requiere de tres elementos: Daño, Culpa y Nexo causal entre ellos.

El hecho dañoso consiste en la modificación de una situación previa, con menoscabo de un bien jurídicamente protegido, que produzca una lesión patrimonial, material o moral.

"...el daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma, y el padecimiento que se sufra como consecuencia del daño ocasionado y que traiga consigo merma en cualquiera de tales sentidos..."

Como los contratos celebrados entre médico y paciente son la expresión fiel de la voluntad de las partes, el incumplimiento de lo querido y lo acordado genera responsabilidad contractual, si hay culpa.

Esta responsabilidad por incumplimiento si se contrató un resultado, genera una de dos obligaciones a cargo del médico: La de cumplir lo acordado o la de indemnizar al paciente. Si no se ejecuta el contrato, se indemnizaran los danos y perjuicios causados

Si no se contrató un resultado, es decir, en los casos en que el contrato genere únicamente obligaciones de medio, su incumplimiento culpable produce en contra del médico responsabilidad que lo condena al pago de los perjuicios.

Las partes contratantes pueden establecer que el médico no responderá por culpa leve. De hecho, la culpa grave no se puede negociar, porque esta se asimila al dolo, a la intención de hacer daño, de manera que ese "negocio" tendría un objeto ilícito, prohibido por la ley (Art 1552. Código Civil).

Respecto del dolo, el artículo 63 del CC lo define como:

"...la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro..."

En otras palabras, es cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizado por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno.

De acuerdo a esto, el dolo conlleva una intención maliciosa, en tanto que la culpa se configura sobre bases completamente diferentes (Falta de diligencia, imprevisión, negligencia e imprudencia)

Otra responsabilidad, la extracontractual, que surge ya no del incumplimiento de las obligaciones (de resultado o de medio) voluntariamente contraídas, sino de las que la ley impone al medico (obligación de cuidado), puede generar responsabilidad de indemnizar, si ha habido culpa que ocasione un daño al paciente sin existir contrato que los una, o por fuera del marco del contrato celebrado.

La culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida. El nexo causal es la relación directa entre el hecho dañoso y la culpa

La doctrina jurídica dice: "...Hay culpa cuando el agente no previo los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...

De los expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 2 de 1958)

Cuando se obra con falta de cuidado y no se prevé lo que puede suceder, es decir, se actúa con negligencia, imprudencia e impericia. Es toda conducta humana que viola una norma de derecho o un deber jurídico. Según Mazeau la culpa es un error de conducta que produce daño, en el que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente.

1. La culpa debe ser probada por parte de la víctima: Se presenta en la responsabilidad por hecho propio.

2. La culpa no requiere ser probada por parte de la víctima pues se presume (presunción de culpa): Se presenta en la responsabilidad por el hecho ajeno (Aquel que debe responder por sus hijos, los tutores por los hechos de los pupilos, los directores de colegio por el hecho de sus alumnos).

3. El hecho por sí mismo consagra la presunción de culpa, admite como prueba en contrario solamente la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Ejemplo: el ejercicio de las actividades peligrosas.

A este respecto de gradación de la culpa, se ha clasificado en tres grupos (art 63 del CC):

"...La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado..."

Según el artículo 1604 del Código Civil, el deudor responde de culpa lata en los contratos que se celebren en beneficio del acreedor (deposito); de culpa leve en los que por su naturaleza son útiles a ambas partes (compraventa) y de culpa levísima en aquellas en que el deudor es el único beneficiario (comodato).

Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estos no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión medica y equivale a la "inobservation des regles d'art" de la doctrina francesa; a la "malpractice" de los anglosajones" y al "kunstfehler" de los alemanes.

En el aspecto de tratamientos invasivos, concretamente de tipo quirúrgico u operatorio, se deben tener en cuenta el riesgo de la intervención, el diagnostico preoperatorio, la técnica utilizada, el conocimiento de las variaciones anatómicas, la experiencia con variedades o anormalidades anatómicas y el manejo postoperatorio, entre muchos otros.

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado "Estado de necesidad", que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente (Ejemplo: El médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnostico intraoperatorio).

La otra es la ignorancia atrevida (Como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente).

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El articulo 2356 del CC señala:

"...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta..."

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

"...el medico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..."[3]

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

De acuerdo con algunos autores jurídicos, la culpa ocupa un lugar intermedio entre el dolo (intención de dañar) y el caso fortuito (inimputabilidad total).

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como limite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño. La ignorancia, en cambio, cuando no ha podido ser vencida por el sujeto que causa la agresión, es excusada.

En la órbita interna, sometida al fuero de la moral, la religión impone sus parámetros y así se dice que

"...Esta ignorancia puede con frecuencia ser imputada a responsabilidad personal...En estos casos, la persona es culpable del mal que comete..."

(Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XVI. 184. P 322. Abril/87)

Como se ve, hay dos conceptos implícitos en la culpa: imputabilidad y responsabilidad.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así:

"...el médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer..."[4]

4 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia 14-03-42)

LA PRUEBA DE LA CULPA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi[1]
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD[2]

INTRODUCCIÓN

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse responsabilidad civil.

Pero, según el caso, la carga de la prueba (onus probandi) será distinta: En un contrato que contenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera "responsabilidad objetiva". Así, si el medico no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar. El paciente que demande, debe probar el perjuicio. La culpa del profesional de la medicina y la relación causal se dan por existentes.

1 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

2 Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. Universidad Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

En cambio, en las obligaciones contratadas como "de medio", el medico adquiere una "responsabilidad subjetiva" y responderá por los danos y perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión esta a cargo del paciente. El medico se liberara a su vez, si en el proceso demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex Artis ad-hoc)

En las obligaciones surgidas por fuera de los límites de un contrato de prestación de servicios médicos (responsabilidad extracontractual), el medico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa, de cualquier entidad que esta sea (grave, leve o levísima)

En cualquiera de los tres eventos, el medico no será civilmente responsable si demuestra que el daño se ha presentado por una de estas tres causales de exculpación: fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente. Lo anterior, siempre y cuando pruebe que empleo la diligencia o cuidado para hacer posible la ejecución de su obligación

Fuerza mayor, entendida como un hecho sobreviviente que no había podido calcularse y que resulta imposible de evitar; hecho de una tercera persona que no se encuentra bajo la subordinación del médico y que produce el daño; culpa del paciente, con la condición de que el comportamiento del médico haya sido impecable (Lex Artis).

En general corresponde al acusador probar que el profesional actuó en forma errónea e incurrió en alguna de las causales de culpa. Si se parte de esta base, el medico es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Las disposiciones especiales de las leyes son, tratándose de responsabilidad civil, las que contienen el mismo Código Civil y el Código de Procedimiento Civil que, al desarrollar el principio de "onus probandi incumbit actori", disponen:

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta" (C Civil Art. 1757)

"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (Código de Procedimiento Civil, art 177)

Lo anterior quiere decir que, tratándose de un contrato del que han nacido

obligaciones para las partes, la responsabilidad del médico por su inejecución defectuosa se genera si el paciente demandante prueba los tres elementos (Daño, culpa y relación de causalidad entre uno y otra).

Ante una demanda, es natural que el medico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (si esto es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado, este será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: "Actore non probante, reus absolvitur"

Si se trata de un daño causado sin que haya mediado el contrato, se dará responsabilidad extracontractual por el hecho jurídico que lo provoco. (Ejemplos: En el curso de una cirugía se produce lesión a un órgano que no debía tocarse. O cuando al explorar el abdomen se encuentra una anomalía diferente a la que causa los síntomas, la cual es intervenida por cuenta y riesgo del médico (Obviamente sin haber tomado el consentimiento del paciente, pues tal anomalía no era conocida) y a consecuencia de ello se genera un daño en el enfermo.

Todo lo anterior se basa en el mismo Código Civil:

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización" (Art 2341 CC)

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño si fue causado, que la culpa es del médico y que existe el mencionado nexo de causalidad.

La excepción a la regla la constituye la prueba en las llamadas "actividades peligrosas", pues en ellas el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por error de un tercero.

El ejercicio de la medicina no constituye una "actividad peligrosa". Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es

consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad medica constituya una actividad peligrosa.[3]

No hay obligación sin causa. Nadie está "ligado" civilmente a otra persona sino por una razón determinada (razones que en nuestro sistema jurídico se enumeran como: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley). Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos más obligaciones que las nacidas de esas fuentes.

La mayoría de las legislaciones admiten que la culpa no se presume. Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que, quien demanda, pruebe la responsabilidad del demandado. Como única excepción a esta regla, como se ha mencionado, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una "actividad peligrosa".

Los fallos del Consejo de Estado de julio 30 y agosto 24 de 1992 trasladan la carga de la prueba al médico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y por consiguiente la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico.

El Consejo de Estado, después de recordar que "Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda", gira en una forma intempestiva al afirmar:

"...con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible las comprobaciones respectivas. Tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se

3 (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancurt).

constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría más beneficioso para la Administración de Justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al actor, normalmente el paciente o sus familiares, a la demostración en las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formularan...

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a estos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa"[4]

En igual sentido, otra providencia con ponencia del magistrado Carlos Betancurt Jaramillo, de la que se extracta el siguiente párrafo:

"...Cuando se habla de falla presunta, se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta en el servicio como en el evento de la falta en el servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración, porque esta se presume. En cambio cuando se habla de la responsabilidad por los danos producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero también exclusivo y determinante y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar a la administración demostrando la diligencia y cuidado..."

La carga de la prueba es diferente según el tipo de obligación que se haya adquirido.

4 Sentencia del 30.07.92. Consejero ponente: Dr Daniel Suárez Hernández

"...En las obligaciones determinadas el exclusivo hecho de que no se haya logrado el resultado por las partes...permite presumir la culpa del deudor; corresponde a este, para liberarse, demostrar que un caso de fuerza mayor le ha impedido, aunque haya puesto por su parte la diligencia que debía, obtener el resultado querido. En las obligaciones generales de prudencia y diligencia, por el contrario, es sabido que el resultado anhelado por las partes permanece exterior a la obligación; el hecho de que no se haya obtenido no puede justificar, pues, una presunción de responsabilidad, y pertenece al acreedor demostrar que el deudor ha faltado a su obligación..."

A esta teoría se opone Vallejo, quien considera que la carga de la prueba debe ser obligación del médico. Este mismo autor, al preguntarse sobre cuál es la prueba del "pago" para un médico expresa:

"...demostrar que ejecuto la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámeselos "medios", si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió; que estudio la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordeno los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnostico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determino la terapéutica correspondiente; que preparo al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyo al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizo los equipos adecuados; que practico las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controlo los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las ordenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explico al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este periodo; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc..."

El "invertir" la carga de la prueba y presumir la culpa del médico o de la institución asistencial, con el argumento de que al particular le resulta difícil probar la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo, es asimilar la responsabilidad médica a la objetiva y dejar a los profesionales de la medicina en condiciones desventajosas

Alguna jurisprudencia argentina, por ejemplo, es opuesta a semejante posición de la legislación colombiana. En una sentencia de 1976, uno de los magistrados australes expresa:

"...la tesis contraria podría estimular en demasía las demandas malévolas o extorsivas y poner en constante jaque a los facultativos, obligándolos a probar cada momento su diligencia, lo que no es recomendable..."

Autores italianos como Pistolese, también se oponen a dicha posición:

"...Por mucho que valga un médico, no puede trabajar con la seguridad de una máquina y muchas veces aun estando seguro de haber actuado según los dictados de la ciencia, la naturaleza puede traicionar su esperanza sin su culpa..."

Desafortunadamente, no existe una posición unánime y el desacuerdo existente entre jueces, incluso de la misma escuela, es notorio. Sin embargo, existe una fuerte tendencia a invertir la carga de la prueba, en la misma forma en que está ocurriendo en nuestra jurisprudencia, con todos los inconvenientes que ya hemos mencionado.

La posición del Consejo de Estado hace veinte años era clara.[5]

"...el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad medica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reinvidica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de Junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel

5 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr Julio Cesar Uribe Acosta

Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predican que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por los mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo...Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

Este amplio criterio de racionabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones "homini" de culpa contra la parte que observo una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes.[6]

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La primera posibilidad de eximir al profesional de responsabilidad se tiene con la prueba de un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado. Nuestra legislación establece que el deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora o que este haya sobrevenido por su culpa. Respecto a la prueba aduce la disposición que la que atañe a la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la del caso fortuito al que lo alega.

6 Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8 Ed, Abelardo Perrot, pag 497

La segunda es la que denomina caso fortuito, es decir aquella circunstancia que no es posible prever o que, de haber sido prevista, no es posible evitar. El deudor (medico) no es responsable del caso fortuito (La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega)

La tercera es la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico, combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio.

La cuarta es el fracaso del tratamiento por circunstancias idiosincráticas del mismo enfermo, a pesar del cuidado, la experiencia, la mesura y la buena voluntad del médico.

Respecto a este último punto es necesario recordar que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación "de medio" y no "de resultado", el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el medico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana:

Sentencia del 5 de Marzo de 1940

"...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este..."

Una sentencia previa de la Corte Suprema de Justicia[7] dice a la letra:

"...En las obligaciones de medio, el trabajo de apreciación por parte del juzgador, es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento

7 (Sala de Casacion Civil, Mayo 31 de 1938, GJ T XLVI, p 571-572)

con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa..."

E incluso una más reciente[8]

"...la jurisprudencia considera que la obligación que el medico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado..."

Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

Por lo anterior, la culpa contractual no es simplemente la inejecución de una obligación, excepto que se pruebe en forma absoluta la presencia de negligencia, imprudencia, impericia, ignorancia o dolo al ejecutar el acto médico.

En cuanto a la duda sobre la idoneidad de un tratamiento médico, es pertinente citar la recomendación N 11 del II Congreso Internacional de Derecho de Danos en 1991, realizado en la Argentina, el cual dice a la letra:

"...Cuando se cuestione en un caso concreto la idoneidad de un tratamiento médico, y no exista un criterio uniforme, bastara con que una respetable minoría comparta tal criterio, a efectos de que el fracaso del tratamiento (per se) no genere responsabilidad profesional..."

8 (Noviembre 26 de 1986. Magistrado ponente: Dr Héctor Gómez U)

¿QUÉ ES LA IMPERICIA?

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi[1]
CN MED (ARM NAL)® SARA EDITH MORENO MAZO, MD[2]

Es la falta de conocimiento técnico y científico en un área profesional. Es sinónimo de ignorancia, ineptitud, inexperiencia, ineficiencia y torpeza.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la 'inobservation des regles d'art' de la doctrina francesa; parcialmente a la 'malpractice' de los anglosajones y al 'kunstfehler' de los alemanes.

Se considera que hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando quien lo efectúa no ha sido certificado por alguna institución reconocida legalmente.

1 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

2 Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. Universidad Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

Ej.: El residente de obstetricia que no tiene la habilidad para practicar un raspado uterino diagnóstico y, sin la supervisión del especialista, perfora el útero ocasionando una peritonitis generalizada y la muerte de la paciente.

Debe diferenciarse a nivel semántico la diferencia entre:

• **IGNORANTE:** El que no conoce lo que debería conocer en el campo en el cual se desempeña.

• **NESCIENTE:** Aquel que no conoce los conceptos sobre un campo que no tiene por qué conocer

TIPOS DE IMPERICIA

• **POR FALTA DE COMPETENCIA EN UN CAMPO ESPECÍFICO DE LA PROFESIÓN.** Existe un socorrido argumento jurídico que utilizan aquellos médicos que deciden no profundizar en estudios de especialización y se dedican a una rama de la medicina especializada por su cuenta y riesgo. Ese argumento es: "En este país el título de médico me autoriza a ejercer cualquier acto médico". Aunque en realidad hasta el momento no se hallen normatizadas sino algunas especialidades por la Ley, es obvio que no es lo mismo un procedimiento efectuado por quien se ha sometido a los filtros de la especialización o residencia, que el mismo acto practicado por quien piensa que con su diploma de médico general es perito en todos los campos de la medicina y la cirugía. Y cuando los jueces juzgan los resultados de esta conducta francamente irresponsable, analizan a fondo los estudios de quien es responsable de esos actos médicos, para ver si en realidad se encuentra capacitado para llevarlos a cabo.

• **POR FALTA DE EXPERIENCIA:** Aun en el mismo campo de las especialidades, existen áreas que son cada vez más complejas. Por ejemplo, un médico graduado que posteriormente completa estudios de especialización en Cirugía General, muy seguramente no se encuentra capacitado para ser un cirujano cardiovascular, por obvias razones. Este campo, que cae dentro de la Cirugía general, requiere estudios aún más sofisticados y más prolongados por su misma complejidad y efectos derivados

• **POR FALTA DE HABILIDAD TÉCNICA:** Algunos logran completar su residencia o especialización, pero existen determinadas áreas que requieren una especialidad habilidad quirúrgica que no todos poseen. Afortunadamente

la mayor parte de especialistas es consciente de sus limitaciones y no incursionan en campos que no conocen muy bien y que acarrearán problemas para el paciente y para su propia práctica profesional

• **POR FALTA DE EXPERIENCIA PERMANENTE:** Es lógico pensar que un cirujano general que se dedica a intervenir la región del cuello por espacio de varios años, no debería ocuparse de una resección de colon, porque existen personas que se han dedicado a este último campo exclusivamente y lo hacen mejor que cualquiera de su misma altura científica

• **POR MALOS RESULTADOS EN EL EJERCICIO DE LA ESPECIALIDAD:** Con todo y los títulos hay médicos que tienen pésimos resultados en su práctica diaria, motivo por el cual deberían revisar sus propias aptitudes para escoger caminos dentro de la profesión que les permitan tener éxito y así brindar un mejor servicio a sus enfermos

FORMAS DE ACTO MEDICO IMPERITO

1. DIAGNOSTICO: Este, como hipótesis de trabajo, no es suficiente para condenar a un médico, excepto cuando ese diagnóstico dependa de especialidades capacidades técnicas y científicas que sean patrimonio de personas con estudios avanzados.

2. TRATAMIENTO ORIENTADO AL DIAGNOSTICO DE PRESUNCIÓN: En estos casos se trata de pacientes muy enfermos, a quienes debe iniciarse un tratamiento de inmediato, basados en los elementos diagnósticos de los cuales se disponga en el momento.

3 TRATAMIENTO INVASIVO: En este caso sí debería exigirse de rutina la certificación de especialista en las respectivas áreas. Sucede que, por razones económicas, sociales y personales, algunos médicos generales vislumbran un mejor ingreso a través de procedimientos estéticos y piensan que con una formación parcial por medio de cursos, seminarios, diplomados, etc., pueden reemplazar un verdadero postgrado. Ahorrándose así tiempo y dinero. Proceden entonces a ejercer en el campo determinado que escogen, amparados de nuevo en la falta de normatización. Aunque las facultades de medicina otorguen el título de Médico y Cirujano, el recién egresado de todo tiene menos de cirujano. Y siendo la medicina general una muy digna vía de ejercer la profesión, los conocimientos quirúrgicos se adquieren después de gran dedicación y sacrificio, dentro de programas diseñados para tal

efecto. Por lo tanto, desde el punto de vista científico (Aún no normatizado y reglamentado en muchos aspectos), los procedimientos invasivos deberían efectuarlos quienes tengan la formación, experiencia y títulos que lo acrediten para hacerlo.

IMPERICIA MEDICA Y ERROR

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser 'pagadas' por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso. Y una forma de llegar a complicaciones muy poco justificables es a través de la impericia médica.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias: El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia). Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia). Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

El error médico puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado 'estado de necesidad', que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de

gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente.

EL CONCEPTO DEL CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimiladas, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

El período de entrenamiento en procedimientos invasivos como la cirugía es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder dar al cirujano un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible. En este período no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa en las salas de cirugía, en los laboratorios de investigación, en los pabellones hospitalarios y en la misma casa. Por lo tanto, la residencia es apenas el comienzo de toda una vida de estudio.

Aparte del bagaje científico, teórico y práctico, deben aprenderse los pasos básicos del arte de utilizar las manos y otros instrumentos sofisticados para el acto mismo de operar. Probablemente algunos de los intangibles que se aprenden en esas largas horas de entrenamiento incluyen la identificación de la consistencia de los tejidos, sus cambios con la enfermedad y el tipo de manipulación que debe dárseles para lograr adquirir lo que los británicos han bautizado como 'el toque de las manos'. Aquello que confiere al simple movimiento su toque de arte.

A todo lo anterior se suma la aparición y el dominio obligatorio de la nueva tecnología, cuyo conocimiento debe estar a la orden del día, con el objetivo esencial de no dejarse arrastrar innecesariamente en uso, sea porque es innecesaria (métodos más simples son suficientes); no exitosa (la condición de base del enfermo no se altera con ella); insegura (las complicaciones pesan más que los beneficios); inhumana (la calidad de vida lograda no es aceptable); o inoportuna (desvía enormes cantidades de dinero de objetivos más importantes y prioritarios).

Paralelamente, la estructura teórica del cirujano debe ser similar a la del mejor clínico. Su conocimiento anatómico debe ser impecable. Su experiencia táctil debe ser exquisita. En resumen, debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia.

2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica.

3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado.

4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular.

5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada.

6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten

LOS RESIDENTES HOSPITALARIOS

Los médicos residentes son profesionales graduados, luego de por lo menos siete años de estudios universitarios, que han escogido sacrificar otros cuatro a seis años adicionales para trabajar en hospitales, desempeñando labores asistenciales supervisadas, para adquirir experiencia en un área determinada de la profesión médica. Así, quien desee completar estudios en cardiología, deberá invertir otros cinco años, el cirujano cardiovascular siete años, el neurocirujano cuatro, etc.

Los criterios de selección para ingresar a la residencia son muy exigentes. Se tiene en cuenta el desempeño de pregrado, las calificaciones obtenidas, el estudio de personalidad, la entrevista y la experiencia adquirida luego de la graduación. Hoy en día, por ejemplo, para cada cupo para estudios de postgrado, se presenta un promedio de 50 médicos.

En nuestro país se ha declarado a estas personas 'estudiantes de postgrado' y, no solamente ya no se les paga por su trabajo, sino que en varios sitios se les cobra por "el derecho" a trabajar en los hospitales.

De esta forma, el residente cumple su horario entre 7 am y 7 pm todos los días, además de los respectivos turnos de 24 horas, luego de los cuales debe continuar trabajando al día siguiente hasta el término de la jornada, para entonces dirigirse al trabajo que garantiza sus ingresos, comúnmente en servicios de urgencias nocturnas, para continuar al día siguiente con la jornada normal de trabajo.

Hay que mencionar que el período de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

Esto hace que sea una verdadera injusticia que médicos graduados que sacrifican otros años adicionales para perfeccionar sus habilidades en especialidades concretas, deban competir con quien en forma empírica se anuncia, por ejemplo, como "cirujano estético" y acompañe su afirmación con pedazos de cartón de cursos cortos, llamándose adicionalmente "discípulo" de grandes profesores que ni siquiera lo conocen.

El problema grave es, como dice un documento internacional reciente que resume el caso colombiano:

"…Una vez que el médico ha terminado el servicio social obligatorio recibe del Ministerio de Salud la tarjeta profesional, la cual le permite el libre ejercicio. La práctica profesional se realiza en la medicina general y especializada en las instituciones oficiales del Sistema Nacional de Seguridad Social y de Salud, en la práctica privada y en la docencia. Frecuentemente se presentan desempeños mixtos.

La certificación de especialistas es de carácter privado y voluntario, y la realiza ASCOFAME. Esta certifica títulos obtenidos en programas que han sido aprobados por los Comités de Especialidades, los cuales tienen entre sus funciones establecer requisitos mínimos para cada especialidad.

En el caso de las especialidades cuyo título ha sido obtenido en el exterior, el Instituto Colombiano de Educación Superior (ICFES) realiza la convalidación del título. El ICFES evalúa la documentación pertinente y reconoce el título si corresponde a alguna de las especialidades reconocidas por la ley.

En caso de existir convenios internacionales y educativos el reconocimiento es directo. En caso contrario se asigna el estudio de la documentación a un comité de especialidad o a una facultad de medicina, los cuales emiten el concepto correspondiente y lo remiten a ICFES…"

CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, debe revisarse muy cuidadosamente la forma de práctica de los médicos que practican procedimientos que son patrimonio de áreas especializadas de la medicina.

Y mientras llegan regulaciones normativas, los jueces deben investigar la idoneidad de tales personas, su adiestramiento real, la forma de ejercicio, sus resultados y, en particular, los títulos que los acrediten como expertos en el área de su práctica.

No debe olvidarse que varios cursitos menores jamás reemplazan a un postgrado. Que los "diplomas" que se colocan en los muros de los consultorios muchas veces son apenas certificados de asistencia a esos cursos. Que los programas de especialización pueden provenir de organizaciones no universitarias (Centro Médico especializado para entrenamiento en cirugía del dedo pulgar izquierdo…conformado por tres amigos que decidieron que eran expertos mundiales en ese campo). Y que muchos certificados de especialista pueden ser falsos.

IMPRUDENCIA MÉDICA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi[1]
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD[2]

Cuando nos referimos al tema de la responsabilidad, es indispensable hablar de la culpa como uno de los elementos constitutivos de ésta. No debe confundirse la culpabilidad con la culpa. La primera es el género, y, la segunda, la especie. Debido a que el tema correspondiente al presente capítulo no es la culpa, sino la imprudencia, trataremos muy rápidamente los conceptos de culpabilidad y culpa para luego adentrarnos en el elemento imprudencia, que es uno de aquellos que constituyen la culpa.

Como la legislación civil colombiana no define el concepto de culpa, es imperioso remitirnos a la órbita penal en la que no solo se define, sino que se establecen con precisión sus elementos generadores.

1 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

2 Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. Universidad Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

Dentro de la estructura del delito se encuentran tres elementos constitutivos de éste, que son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Para que pueda hablarse de delito, es necesario que se encuentren los tres elementos antes indicados.

Es decir, que si falta alguno de tales elementos, no existe violación a la ley penal en la acción u omisión que haya realizado la persona a la cual se le imputa una conducta punible.

Dentro del ámbito penal, como ya se anotó, solamente se hablará de delito cuando la conducta desplegada por el actor además de ser típica (que esté descrita en una norma penal) y antijurídica (que esté vulnerando sin justificación jurídica un derecho legalmente protegido), exista una voluntad encaminada a la realización de dicha conducta. Este último aspecto es el conocido con el nombre genérico de "CULPABILIDAD". Por ser este aspecto de la culpabilidad un fenómeno que se origina en la parte psíquica del sujeto que ejecuta la conducta, se hablaba de él como aspecto subjetivo del delito.

La culpabilidad puede darse de tres maneras:
por dolo; por culpa o por preterintención.

El Código Penal refiriéndose al dolo establece en el artículo 36: "la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible (delito) y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible". *(Paréntesis fuera de texto)*

Nótese pues, que la norma citada es clara en establecer la intención de inferir daño a otro para que exista el dolo. En otras palabras, podemos decir que el dolo consiste en una manifestación reprochable de la voluntad de una persona que a sabiendas de que la conducta a realizar es constitutiva de un delito, conscientemente desea su realización.

De su parte, la preterintención, que es el aspecto intermedio de la culpabilidad, consiste en que el resultado antijurídico obtenido por el agente supera la intención de éste. El ejemplo más claro para ilustrar este concepto, es el de la persona que desea causar lesiones personales a otro y resulta matándolo. En este caso, el agente (agresor) solo deseaba lesionar a la víctima, pero, "se le fue la mano y lo mató" Es decir, que el agresor sí deseaba un resultado delictivo, pero consiguió uno mayor al deseado.

En cuanto a la culpa, el Código Penal en el artículo 37 señala: "la conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo"

Como se observa, en la culpa ya no existe la intención de causar un resultado dañino determinado, sino que el resultado típico y antijurídico se produce por la omisión del deber de cuidado a que el agente estaba obligado en el caso concreto. De ahí que los elementos generadores de culpa sean: la impericia; la imprudencia y la negligencia.

Podemos, decir entonces, que la culpa es una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, pericia y diligencia al efectuar una acción determinada, pudiendo con tal descuido ocasionar un daño a otro.

Hasta aquí tenemos más o menos claro el concepto de culpa dentro del ámbito penal, pero, en el campo civil tal concepto no se encuentra definido, como ya anotamos, pero, aun así, la ley civil sí se refiere a culpa leve, levísima y grave, razón por la cual nos limitaremos a adoptar en materia civil la definición que de ésta hacen los hermanos Mazeaud cuando refiriéndose a ella expresan: "es un error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño"

La conducta médica, cuando omite o actúa por fuera de los parámetros de la diligencia, pericia o prudencia, está inmersa en los supuestos de la culpa, y por ello, puede encontrarse dentro de los límites de la responsabilidad por el hecho desplegado. Dicha responsabilidad puede ser de tipo penal, civil o ético-disciplinaria.

En cuanto a la responsabilidad desde el punto de vista penal, ésta se circunscribe a la violación de la Ley penal. Es decir, que la conducta realizada debe encontrarse definida como delito en el estatuto penal, pues de lo contrario, no puede ser constitutiva de delito y por ello no puede seguirse acción penal a la persona que la haya cometido. Lo anterior se fundamenta en el principio "nullum crimen nulla poena sine lege"

Adicionalmente a que la conducta del sujeto sea típica (que esté descrita en una norma penal), debe ser antijurídica y culpable para que podamos hablar de delito, tal como lo expresamos al inicio de éste capítulo. Significa lo anterior,

que el simple hecho de realizar una conducta que esté descrita en una norma penal como violatoria de la ley, no es suficiente para que se condene a quien la realizó.

El conocimiento de la responsabilidad que tenga que ver con la violación a la ley penal, está en cabeza de los jueces penales, quienes pueden declarar penalmente responsable al médico y adicionalmente cuando se ejercita la acción civil dentro del proceso penal, obligarlo al pago de la indemnización de perjuicios que haya sufrido la víctima con ocasión del delito.

En cuanto a la responsabilidad civil, debe aclararse que ésta puede darse de dos formas: la contractual y la extracontractual. en cuanto a la primera, ésta aparece cuando alguna de las partes incumple las obligaciones derivadas del contrato o las cumple imperfectamente. En cuanto a la segunda, los elementos que la constituyen son: un hecho, la presencia de la culpa, un daño indemnizable y un nexo causal entre el hecho y el daño.

Corresponde a los jueces civiles dirimir los conflictos relacionados con los particulares que reclaman la indemnización de otra persona por el daño que se les ha causado. Tales jueces solamente pueden decidir sobre aspectos meramente patrimoniales.

En cuanto a la responsabilidad ético-disciplinaria, ésta se produce cuando el médico actúa por fuera de los límites establecidos en las normas que regulan su conducta, que son la Ley 23 de 1.981 y el Decreto Reglamentario 3380 del mismo año.

El órgano encargado de revisar si existió o no una conducta susceptible de sanción ético-disciplinaria, es el Tribunal de Ética Médica, pero, su decisión no implica responsabilidad de tipo civil o penal, solamente disciplinaria.
Vistos en forma superficial los elementos constitutivos de la culpabilidad y habiendo establecido que uno de ellos, la culpa, tiene como generador además de la negligencia y la impericia a la imprudencia, luego de hacer una alusión a la prudencia y ética dentro del campo médico, nos ocuparemos de ésta última que es el tema central de este capítulo.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la PRUDENCIA así:

"(Del lat. prudentia) f. Rel. Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste

en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. 2. Templanza, cautela, moderación. 3. Sensatez, buen juicio" (Vigésima Primera Edición, 1992, pág. 1685)

Como puede observarse, dentro de las tres acepciones de la definición se encierran los principios del cuidado. Por ello, todos los miembros de la sociedad tenemos la obligación de cuidar nuestros actos, con el objeto de evitar daños a los demás, en aras del beneficio común.

Ese deber de cuidado de nuestros actos debe ser tanto interno como externo. El primero, es decir, EL CUIDADO INTERNO, se refiere a la consciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico.

El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia. Y, el segundo, verbigracia EL CUIDADO EXTERNO, se refiere a evitar acciones peligrosas dentro de la medicina y a ejercer dentro de los riesgos previstos (artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1.981). Aunque la medicina NO es una actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro tanto para el médico, como para el paciente.

Cuando nos referimos a la prudencia, siempre estamos pensando en la previsión y la prevención, ya que estos dos conceptos son elementos esenciales de cuidado.

Prever es la capacidad de ver con anticipación, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se ejecuta una acción.

Prevenir consiste en tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca.

Un ejemplo claro de la prevención es el siguiente:

Se sabe que las ondas electromagnéticas de una Resonancia Magnética Nuclear pueden inhibir el funcionamiento de un marcapasos cardíaco y el radiólogo toma las precauciones necesarias para que esto no ocurra (colocando otro marcapasos temporal, constatando que existe una frecuencia cardíaca espontánea por debajo de la del marcapasos o, simplemente, contraindicando el examen y prescribiendo el cambio por uno más adecuado).

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación.

Es importante tener en cuenta que cuando se hable de culpa, al mirarse si la persona fue imprudente, inexperta o negligente, deberá comparase su conducta con la de una persona de iguales características y en igualdad de circunstancias.

En el caso médico, diríamos que si se investiga a un especialista en cirugía por negligencia, su conducta deberá juzgarse basados en la conducta de otro cirujano de iguales condiciones.

Cuando por consecuencia de un tratamiento se ocasione un daño en la integridad de la persona, la actuación del médico no será culposa si se encontraba dentro del riesgo previsto.

También es de vital importancia tener en cuenta que en Colombia solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades colombianas.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, sin cumplir este requisito, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

A ese respecto, el artículo 12 de la Ley 23 de 1.981 establece: "el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas"

El acto médico prudente se basa entonces en el conocimiento profundo de las condiciones del enfermo, en la aceptación de las propias limitaciones, la planeación reflexiva del mejor camino terapéutico a seguir, la previsión de la mayoría de formas de complicación y la permanente vigilancia de resultados adversos y no deseados.

IMPRUDENCIA

Comencemos por definir tal concepto desde el punto vista lingüístico. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define en los siguientes términos:

IMPRUDENCIA: (Del lat. imprudentia.) f. Falta de prudencia. 2. Acción o dicho imprudente. temeraria. Der. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos. (Vigésima Primera Edición 1.992, pág. 1149)

La imprudencia consiste entonces en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos; es un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca sin que el sujeto haya realizado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad, conveniencia o inconveniencia, de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto. Así vemos, que se trata de una falla de la esfera intelectiva del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto.

Cuando un conductor guía su vehículo a una velocidad excesiva por una calle bastante concurrida, diremos que su obrar es imprudente.

En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

Refiriéndose al tema que tratamos, el Profesor Carlos M. Arrubla expresa:

"...el criterio objetivo que rige la calificación de una conducta como imprudente, viene dado por la siguiente regla: un resultado perjudicial para un paciente, será objetivamente previsible, si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante, conociendo los antecedentes del caso, y en el mismo estado técnico-científico de la medicina en general, y de la especialidad en particular..."

Si bien la imprudencia se define como un hecho en el cual no media la intención de dañar, el acto imprudente precede a la calamidad pues se acompaña de falta de previsión o de ausencia de precaución. Cuando el acto es de tipo omisivo, prima la negligencia. Cuando se debe a falta de conocimiento de lo que debería

saberse, la hipótesis culposa se basa en la impericia. Sin embargo, puede haber violaciones simultáneas (impericia, negligencia e imprudencia) del deber de cuidado que la sociedad exige a cada uno de sus miembros.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema ha dicho:

"el facultativo está obligado a desplegar en pro de cliente los conocimiento de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este"

En igual sentido, expresó:

"En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes, con el fin de procurar su curación y su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez, según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a las víctimas del daño causado"

Así mismo la Corte ha dicho:

"en las obligaciones de medio, el trabajo de apreciación por parte del juzgador, es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución, sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad"

Como puede verse, es claro que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado y, por ello, como indicamos anteriormente, la valoración de su conducta debe juzgarse teniendo en cuenta lo que otro profesional de la medicina de iguales calidades y en las mismas circunstancias hubiera hecho en forma prudente en un caso similar.

Volviendo al concepto de imprudencia, diremos entonces que, es la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de pensar evitarlas

a pesar de haberlas previsto. Es, por lo tanto, una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual había que abstenerse. Es exceso de acción que coloca al paciente por fuera del riesgo previsto, sea por inobservancia de reglamentos, precipitud, falta de tiempo de dedicación necesaria al paciente, procedimientos temerarios, experimentación ilegal, no aceptación de las limitaciones propias, etc. Es, como algunos lo han denominado, una especie de "culpa consciente"

Algunos tratadistas afirman que no existe mayor diferencia entre la culpa médica y la culpa común. Aparentemente, la culpa por imprudencia es la menos difícil de evaluar e juzgar, pues en teoría nace de la lógica elemental de los actos humanos.

En efecto, existen actos de imprudencia médica que riñen con la prudencia que observaría cualquier miembro de la sociedad, tales, como presentarse embriagado a intervenir en una sala de cirugía.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, el acto de imprudencia es muy difícil de apreciar al tratar de compararlo con la lente de una persona común y corriente. Tal sucede en casos médicos o clínicos, en los que es indispensable tener un mínimo de conocimientos para evaluar la situación, pues no podría un ciudadano común precisar si es prudente o no exponer a radiación a un paciente de tumor abdominal, o, que hacer al evaluar una complicación secundaria a un tratamiento de radioterapia que ocasiona lesión en alguna visera sana, o cómo podría aquél juzgar si un infarto cardíaco posterior a una cirugía de revascularización miocárdica se haya debido a la colocación de uno de los injertos o puentes en una arteria excesivamente pequeña y por tanto, de pésimo pronóstico en cuanto a permeabilidad temprana?

Es en estos eventos en los que, insistimos, el obrar del médico debe evaluarse comparándolo con lo que otro médico de iguales condiciones hubiera hecho dentro de los términos de la prudencia.

Consideramos entonces, que cuando deba tratarse el tema de la culpa médica, la valoración de cualquiera de los elementos constitutivos de ésta (impericia, imprudencia o negligencia), deber ser realizada por galenos de reconocida probidad, adscritos a facultades de medicina, sociedades o entidades médico-científicas de prestigio, institutos de Medicina Legal y grupos de peritazgo especializado, entre otros.

A este respecto es importante mencionar que, cuando dicho peritazgo

se apoya en el concepto de gremio o grupos mencionados, la calidad del mismo es confiable en un alto porcentaje de los casos. En cambio, el sistema de "adscripción" de peritos a los juzgados, ha sido un estruendoso fracaso. Muchas de las personas que generalmente se encuentran en la "lista oficial" y rinde sus opiniones ante los jueces, ni son expertos, ni brindan la suficiente confianza respecto de la delicada misión que les es encomendada. Basta recordar un ejemplo de un peritazgo rendido en un caso de cirugía torácica, en donde los peritos fueron una médica general de pésima calidad y una deficiente especialista en psiquiatría, quienes dieron un concepto de tan flagrante estupidez, que ni siquiera se tuvo en cuenta como pieza procesal.

Este par de "genios", cuando evaluaron la dificultad en la disección en que se encontraba el cirujano en la resección de una costilla que ocluí a la arteria subclavia a la salida del tórax expresaron: "…No nos parece lógica esa aseveración…. porque si a través de una incisión de una cesárea cabe la cabeza de un niño: cómo no se va a poder resecar una costilla por una incisión axilar?…"

Este tipo de "conceptos" hace que quienes se conocen como "auxiliares de la Justicia" caigan cada vez más en descrédito progresivo.

Son "especialistas en todo", que en vez de garantía procesal, se convierten en un peligro para la recta administración de justicia. Si no es posible ser especialista y conocer a fondo una sola rama de la medicina, ¿cómo se puede ser perito en asuntos tan intrincados como evaluar la conducta de un médico especialista a quien se juzga, cuando quien lo evalúa no conoce la especialidad de aquél?

Dentro de estos criterios de evaluación de impudencia médica, debemos tener en cuenta el apoyo en la denominada Lex Artis Ad Hoc o "Ley del Arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión, es decir, de la evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

La Lex Artis se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene. En resumen, la Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad.

Desde el punto de vista de procedimientos médicos, cuando un paciente es

tratado en un Hospital o Clínica, puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad, como en los siguientes casos: bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes, como cuando en una cirugía participan el cirujano, el residente y la instrumentadora.

El primero será el director del grupo y los otros sus dependientes. Otro tipo de situación se presente cuando intervienen simultáneamente diversos miembros con responsabilidades claramente establecidas, como por ejemplo, el cirujano y el anestesiólogo. En cuanto a los actos asociados, pero independientes, el caso podría darse cuando el paciente requiere de varios servicios, como por ejemplo del ginecólogo, del laboratorio y radiología.

Cuando se ocasiona daño debido a una acción imprudente, la responsabilidad puede imputarse a cualquiera de estos niveles. Así, la culpa originada en imprudencia por parte del director del equipo, presume una responsabilidad que recae en el actor principal del daño. Aquella que parte de error no excusable de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director, implica responsabilidad para ambos.

Cuando no se puede delimitar la causa exacta del daño originado en acción imprudente de equipo o no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro en particular del equipo, la responsabilidad es colectiva. se basa en la necesidad de reparar el perjuicio, no obstante la imposibilidad de identificar el causante del daño, por lo complicado del procedimiento; de esta forma, además, la ley previene la posibilidad de un encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.

En el caso de los residentes hospitalarios, las causales de culpa generadora de responsabilidad, inconsciente o negligente, son las mismas que para cualquier otro médico, con el agravante de la que se ha llamado en algunas legislaciones "responsabilidad vicariante" del jefe del equipo y del profesor responsable del estudiante en entrenamiento. Cuando se produce un daño y se demuestra culpa por la aparición de alguno de sus elementos generadores (impericia, negligencia o imprudencia), serán llamados a reparar solidariamente, tanto el responsable oficial del paciente (especialista), como el médico residente, así se encuentre en proceso de adiestramiento.

La excepción la constituye, claro está, la culpa consciente o actuar temerario del residente, quien en este caso será el único responsable, siempre y cuando

su tutor no haya podido impedirlo o preverlo a pesar de haber empleado la vigilancia y la autoridad necesarias, lo cual se desprende de la lectura del artículo 2347 del Código Civil, que a la letra dice:

"... cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho..."

Si la imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño al enfermo, es decir, al efectuar un acto médico sin las debidas precauciones, oponiéndose a lo que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina, cualquier acción que el médico residente lleve a cabo sin tener en cuenta sus limitaciones, su adiestramiento actual, las reglas de la institución docente, las regulaciones de la universidad que respalda sus estudios y, obviamente, las normas jurídicas elementales y de prudencia de un médico cuidadoso colocado en las mismas circunstancias, será susceptible de responsabilidad civil.

Caso claro de una situación de responsabilidad, como la antes mencionada, de un residente, sería aquel en el que el estudiante decide por su cuenta y riesgo abordar una cirugía para la que aún no está preparado y, como consecuencia de ello, el paciente resulta lesionado.

Ahora bien, en relación con las otras personas que intervienen en el cuidado del paciente, estas eventualmente también podrían llegar a responder cuando su actuar hace posible que el paciente sufra un daño.

En este grupo se encuentran las enfermeras, quienes además de ser empleadas por la institución hospitalaria y tener laboras de tipo administrativo, ejecutan labores de cuidado de los pacientes bajo la dirección del médico tratante y realizando actos de salud a nivel de su competencia.

Existen actos que son patrimonio de la profesión de la enfermería, tales como la administración de los medicamentos ordenados, la toma de algunas mediciones corporales, la vigencia de los signos de los pacientes críticamente enfermos, la observación del estado general de todo paciente a su cargo, etc.

Esta actividad debe ser ejecutada bajo los mismo supuestos de responsabilidad y conocimiento, de manera que la inobservancia por negligencia, impericia o

imprudencia puede generar culpa de su parte, cuando era previsible el daño. De acuerdo con lo anterior, cuando la enfermera desatiende las ordenes médicas precisas, resuelve actuar en otro sentido, o cuando sabiendo perfectamente el límite de sus capacidades y conocimientos decide tomar medidas que los sobrepase, estaremos en presencia de un acto culposo.

NEGLIGENCIA MÉDICA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi[1]
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD[2]

INTRODUCCIÓN

Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incurría. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.

Decimos entonces que es negligente la persona que por descuido omite la realización de una conducta a la que estaba jurídicamente obligada o cuando despliega tal conducta pero sin la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso no deseado.

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido tal vez el elemento que más ha servido para determinar la responsabilidad profesional.

---

1 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

2 Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. Universidad Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

"... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..."

Como vemos, se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, se omite la conducta obligada y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

El Código Civil en su artículo 2356 se refiere a la negligencia en los siguientes términos:

"... por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...".

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención.

La negligencia puede ser consciente o inconsciente. El primer evento se refiere a aquella situación en la que conociendo la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, previendo que ese resultado puede darse, no se toman las precauciones necesarias para evitar su realización. Es inconsciente cuando no se previó el resultado dañoso que a la luz del conocimiento debió haberse previsto y, en consecuencia, no se tomaron las medidas de precaución para evitar su producción.

Un ejemplo claro de la negligencia consciente sería el caso en el que un paciente es programado para una cirugía sobre el páncreas y el médico no se reserva con anticipación la cantidad necesaria de sangre para transfundir en caso de hemorragia, que es muy frecuente en este tipo de intervenciones.

En el acto quirúrgico se presenta lesión de uno de los vasos pancreáticos con sangrado abundante que lleva al paciente a estado de choque hipovolémico y al no disponerse de sangre, el paciente fallece.

En cuanto a la negligencia inconsciente, podría ilustrarse tal situación en el caso en que un especialista decida intervenir quirúrgicamente a un paciente y sabiendo que eventualmente podría requerir el concurso de un especialista de otra rama, omite avisar a éste de tal procedimiento. Al llevar a cabo la intervención quirúrgica, efectivamente se presenta la complicación que se tenía como posible y por ella el paciente muere.

Otro aspecto importante que podría considerarse como conducta negligente lo constituye el hecho de la autorización de equipos defectuosos en las instituciones hospitalarias, la falta de medios para atender complicaciones relacionadas con los procedimientos, la insuficiencia en los servicios de apoyo, la falta de medicaciones necesaria, etc.

Así mismo podemos decir que la falta de consentimiento del paciente para la realización procedimientos electivos, la garantía de resultados en procedimientos médicos o quirúrgicos, el defectuoso examen clínico, la inobservancia de los resultados de laboratorio, entre muchas otras, constituyen fuentes de responsabilidad culposa por negligencia.

Otro caso palpable de negligencia puede verse en el siguiente ejemplo: un paciente se programa, con base en un resultado radiológico, para resección de un tumor cerebral en el lóbulo frontal del hemisferio izquierdo. El neurocirujano teniendo la obligación de revisar dichos resultados no los confirma personalmente y emprende la cirugía sin saber que existe un error de transcripción, cuando lo que en realidad demuestran las radiografías, es la ubicación del tumor en el área parietal.

Obligaciones del Médico

En términos generales y en opinión de algunos tratadistas, las obligaciones del médico, son las siguientes:

1. Secreto Profesional
2. Información adecuada y consentimiento.
3. Obligación de conocimiento.
4. Obligación de diligencia y técnica
5. Continuidad en el tratamiento
6. Asistencia y consejo
7. Certificación de la enfermedad y el tratamiento efectuado.

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica basada en la ciencia de su oficio, una disposición de ánimo y conocimientos claros para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos en la forma adecuada, con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mal función orgánica del paciente, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad.

El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el "estado del arte" de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir el enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto, le brinden el mejor beneficio.

En toda la historia de la medicina se ha insistido en el deber de precaución que deben los médicos desplegar en bien del enfermo. Hipócrates, en su obra "Aforismos", lo menciona así:

"...y si hubieren de emplearse, hágase después de meditarlo bien y de tomar las más diligentes precauciones..." (Aforismo 24).

"... En el principio de las enfermedades no te detengas en obrar, si te pareciere que el caso lo pide; pero cuando se hallen en todo su vigor, mejor es estarse quieto..." (Aforismo 29, sección segunda).

Por la especialidad del arte de la medicina, hemos dicho que, cuando se pretenda verificar si el obrar del médico ha sido correcto o no, éste debe juzgarse partiendo del supuesto de lo que haría un profesional igualmente calificado en circunstancias similares, ya que no sería ni prudente ni justo hablar del cuidado de cualquier padre de familia o persona cuidadosa, pues en casos como estos, se impone el tener un conocimiento determinado sobre el tema para poder saber si lo que se hizo fue o no lo correcto.

En resumen, el acto médico negligente es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. Es decir, constituye un descuido u omisión tal, que al comparar la conducta de un médico con la de otro que posea un

conocimiento similar y el correspondiente sentido común de responsabilidad que les ha conferido la experiencia y el estudio respectivos, y de quienes se esperarían una conducta lógica, mesurada y acorde con el deber de cuidado y la Lex Artis que rigen el acto determinado que se analiza, se concluye que obró por fuera de los parámetros mínimos de cuidado.

En medicina, el deber de cuidado es permanente, y si bien es cierto que los médicos no pueden garantizar el éxito de un tratamiento o intervención, deberán responder por los daños si se prueba la presencia de una cualquiera de las causales de culpa.

En ese sentido, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

"...Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente, pues de ellos no puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o el tratamiento. Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para el caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez se encuentra en las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo el daño, debe inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento..."

Como habíamos dicho previamente, el deber de CUIDADO INTERNO hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades de un acto médico y, el deber de CUIDADO EXTERNO, hace referencia a los deberes esenciales consistentes en evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto.

Aunque la medicina NO es actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro para médicos y pacientes. Los primeros, por el riesgo de contaminarse con enfermedades de cualquier tipo y los segundos por las lesiones que pueden sufrir en el curso de un tratamiento.

Como todo médico indica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser una ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas:

Licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y gubernamentales otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión u oficio.

La Lex Artis, o "Ley del Arte" es la regla de la técnica de actuación de la profesión a través de la cual se juzga si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se observa el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo profesional según el caso, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada paciente.

La Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se aplica por analogía. Se basa en normas jurídicas, literatura médica, experiencia decantada de la práctica médica por parte de personal debidamente adiestrado y elementos de juicio tomados de las ciencias y de la lógica en general.

En Colombia, las normas que se encargan de regular el ejercicio de la medicina se encuentran básicamente en la Ley 14 de 1962, la Ley 23 de 1981 y el Decreto de 3380 de 1981. Adicionalmente a las normas establecidas, se encuentra una multitud de sentencias de las máximas autoridades judiciales del país, en las que se ha ido estableciendo el alcance de todas estas normas y de las del ordenamiento jurídico ordinario para establecer la responsabilidad médica en las diversas situaciones que se presentan en el ejercicio de dicha profesión.

La literatura médica representa los informes de la experiencia de centros hospitalarios, instituciones investigativas y grupos de práctica que, utilizando el método científico, reportan informaciones, avances técnicos, conceptos renovados y métodos terapéuticos adecuados para los diferente tipos de patología que sufrimos los seres humanos.

La experiencia decantada de la vida se basa en la práctica de personas de alto nivel científico, prestancia intelectual, rectitud probada en su ejercicio y resultados demostrables de excelente calidad.

De todo lo anterior podemos concluir entonces que la consideración de un acto negligente se basa en varios aspectos. Uno de ellos es el estándar de tratamiento en el momento en que se juzgue el acto médico (Lex Artis), lo cual significa que no es suficiente un acto médico efectuado de buena fe, sino que aquél deber ser ejecutado dentro de los parámetros de la diligencia y cuidado requeridos, tal como lo hubiera hecho un médico razonable en similares circunstancias.

El hecho de que existan otros médicos o grupos de práctica profesional con la misma concurrencia de errores, no puede ser ni excusa ni atenuante de un acto negligente.

ALGUNAS CAUSALES DE EXONERACIÓN DE CULPA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi[1]
CN MED (ARM NAL) ® SARA EDITH MORENO MAZO, MD[2]

INTRODUCCIÓN

Para que exista responsabilidad jurídica en el ejercicio de la medicina, se requiere de la presencia de unos elementos, los cuales dependen del ámbito jurídico de que se trate. Es así como en materia penal se exige la presencia de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad para que pueda hablarse de delito y consecuentemente de indemnización del daño causado con ocasión de aquél. De su parte, la responsabilidad civil requiere de la existencia de un hecho; que tal hecho sea causado con culpa; un daño y un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

---

1 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestria en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

2 Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. Universidad Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada.

Se hace referencia a la fuerza mayor, caso fortuito, legítima defensa, estado de necesidad, el hecho de un tercero, la culpa o intervención de la víctima en el resultado dañoso, como situaciones especiales en las que la persona demandada en responsabilidad civil o penal se libera de la reparación del daño.

A ese respecto debe precisarse que unas son las causales de exoneración de responsabilidad y otras son las causales de justificación del hecho. Que ambas eviten la responsabilidad del agente, es otra cosa.

Las primeras, es decir, las causales exonerativas, son: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la intervención de la víctima.

Las segundas, o sea, las causales de justificación del hecho son: el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión (legítima defensa), la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar (estado de necesidad).

En el presente capítulo nos referiremos concretamente a las causales exonerativas de responsabilidad.

Es frecuente encontrar que los conceptos de fuerza mayor y causa extraña se utilizan como sinónimos, pero, la realidad es que la segunda es el género y la primera una especie de ésta.

La causa extraña está conformada por: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Cualquiera de los anteriores conceptos se encargan de destruir la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño resultante de ésta.

Debe aclarase entonces, que solamente los elementos de la causa extraña adquieren relevancia cuando el demandado realmente ha cometido el daño, es decir, que para que tenga aplicación cualquiera de estos conceptos, es necesario haber establecido que el agente sí ocasionó el daño que se reclama, solo que, se éste se produjo en presencia de uno cualquiera de los elementos exonerativos de responsabilidad.

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Desde el punto de vista legal, solamente encontramos una definición de caso fortuito en el artículo 34 de la Ley 95 de 1890, el cual expresa:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

Como puede observarse, la cita legal hace referencia a la fuerza mayor y al caso fortuito como conceptos sinónimos.

Caso se define como un suceso o acontecimiento, como un problema que se plantea, o aquella manifestación individual de determinados hechos o situaciones.

Fortuito es un vocablo que designa algo que sucede inopinada y casualmente.

Luego de diversos estudios y análisis de diferentes tratadistas, algunos aceptan que entre el caso fortuito y la fuerza mayor existe una diferencia consistente en que el tema de la fuerza mayor nos ubica en el campo de la irresistibilidad del hecho generador del daño y, cuando de caso fortuito se trata, el asunto mira hacia la imprevisibilidad del mismo.

Así pues, hablamos de eventos irresistibles e imprevisibles, siendo cualquiera de estos exonerativo de responsabilidad, salvo en los casos de responsabilidad derivada del ejercicio de una actividad peligrosa, pues en estos, el caso fortuito no exonera, según ha dicho la Corte. Veamos:

"...La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, porque cuando el accidente ha podido o debido ser previsto por quien ejercita la actividad peligrosa, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad..." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Noviembre 18 de 1.940)

La referencia al caso fortuito implica una idea de algo causal o aleatoria que, unido a la acción de un sujeto (en este caso el médico) produce un daño. Sin embargo, como se menciona en otro capítulo de este libro, la normal previsión de las cosas en un médico bien calificado, no alcanza a cubrir la aparición de un azar que produzca un fracaso en el tratamiento.

Cuando nos referimos a una causal exonerativa de responsabilidad, es claro que debe existir un daño de por medio, pues solamente en presencia de éste importa el saber si el hecho se produjo dentro de una cualquiera de aquellas.

El hecho dañoso consiste en la modificación de una situación previa con menoscabo de un bien jurídicamente protegido, que causa una lesión patrimonial o moral. Cuando nos referimos al daño en materia penal, hablamos de delito, el cual, debió haberse generado por dolo, culpa o preterintención. En tratándose del ámbito civil, hablamos de responsabilidad civil y consecuente indemnización de perjuicios, debiendo ser el hecho generador del daño cometido con culpa.

"... el daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma, y el padecimiento que se sufra como consecuencia del daño ocasionado y que traiga consigo merma en cualquiera de tales sentidos ...".

De manera simple podemos decir que la culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida. Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"... Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudentemente en poderlos evitar...

De los expuestos se deduce que la capacidad de prever no se relaciona de los conocimientos individuales de cada persona sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 2 de 1958).

En cuanto a la responsabilidad civil, como ya hemos anotado, existen dos tipos que son: la contractual y la extracontractual.

La responsabilidad contractual surge del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o del cumplimiento imperfecto de estas, generando así una responsabilidad objetiva en el incumplido. (Esto no es totalmente aplicable al caso del contrato de servicios médicos, debido a que la responsabilidad en este campo no puede ni debe ser de tipo objetivo, es decir, no puede el ejercicio médico empezar con la presunción de culpabilidad, como ya se ha analizado en otros escritos. La medicina NO es actividad peligrosa en sí misma,

aunque entrañe ciertos riesgos para el paciente y para el mismo médico) La extracontractual, aparece cuando se produce un hecho que causa daño a otro, el cual debe haber sido cometido con culpa y debe igualmente existir una relación íntima entre el hecho y el daño, la cual llamamos nexo causal.

El nexo casual, otro de los elementos fundamentales de la responsabilidad, consiste en la relación existente entre el hecho y el daño.

Para clarificar el concepto de nexo causal, nos remitirnos a la definición que del concepto de causa expone el Profesor Jorge Peirano Facio en su obra "Responsabilidad Extracontractual". El ilustre tratadista escribe:

Concepto de Causa. "...La idea de causa es noción vulgar de conocimiento prácticamente intuitivo, que se asocia en el saber común a las nociones de anterioridad y necesidad. Sumando estas dos nociones, decimos que hay causa cuando una cosa ocurre después de otra, pero de modo tal que sin la primera, la segunda no habría sucedido: en este sentido, causa de un resultado es aquello que removido hace desaparecer dicho resultado." (Peirano Facio, Jorge, Responsabilidad Extracontractual, Tercera Edic. 1.981, pág. 404, 405)

De conformidad con la anterior definición, la cual compartimos, es perfectamente claro que de no existir el nexo causal entre el hecho y el daño, no podemos hablar de responsabilidad.

Ahora bien, el presente capítulo se centra en las causales exonerativas de la responsabilidad, las cuales, buscan mostrar precisamente la inexistencia de dicho nexo causal.

Cuando de responsabilidad se trata, volvemos a insistir, debe tenerse en cuenta que una cosa es el obrar dentro de los parámetros de la prudencia , diligencia y cuidado, lo cual hace que no surja el deber de reparar, pues la conducta desplegada no ha sido culposa. Otra cosa muy diferente es hablar de causales "EXONERATIVAS" de responsabilidad, pues este segundo tema sugiere la obligación de reparar el daño si no se prueba la existencia de una de estas causales.

En relación con el primero de los planteamientos, podemos decir que en el caso en que un médico sea demandado para que repare un daño cometido, éste se liberará de tal situación si demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex Artis Ad-Hoc)

En las obligaciones surgidas por fuera de los límites de un contrato de prestación de servicios médicos (responsabilidad extracontractual), el médico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa, de cualquier entidad que esta sea (grave, leve o levísima).

En el evento en que la obligación derive de un contrato, el hecho de probar el incumplimiento de éste por parte del médico no necesariamente hará surgir en su contra la obligación de reparar, particularmente si la obligación se ha contratado como de medio y no de resultado y el médico se ha atenido al ejercicio dentro de las normas de la Lex Artis. Deberá probarse culpa por parte del profesional de la salud, debida a una de sus causales: impericia, imprudencia, negligencia y no seguimiento de normas específicas. El contrato de servicios médicos no obliga al médico a "curar", sino a ejercer el acto profesional que puede llevar a la curación. Garantía no puede existir.

En cuanto al segundo planteamiento, es decir, el referente a las causales exonerativas de responsabilidad, cuando la conducta del médico hace aparecer el daño, pero logra probar que el hecho generador de aquél ha surgido en presencia de una de las cuatro causales de exculpación (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente), no será civilmente responsable.

EL HECHO DE LA VÍCTIMA

Otro de los aspectos de exoneración de responsabilidad lo constituye el hecho de la víctima. Aquí se estudian los casos en los cuales interviene el propio ofendido para lograr el resultado dañoso, ya sea causando el daño en su totalidad o agravando su situación.

Lo primero que debe analizarse cuando se estudia esta causal exonerativa, son los elementos constitutivos de ella para que pueda ser invocada por el demandado. Tales elementos son: el nexo causal del hecho de la víctima y el resultado dañino y, que el hecho del ofendido sea ajeno al agresor. En el primer caso, si el ofendido no contribuye al resultado dañoso, es evidente que su hecho no puede alegarse como eximente de responsabilidad. En cuanto a lo segundo, el hecho de la víctima deber ser extraño y no imputable al agresor, ya que de no ser así se entendería que la acción de la víctima es solamente una consecuencia del acto del ofensor, y por eso, el demandado no podría alegar esta causal de exoneración.

Un ejemplo claro de esta causal lo constituye la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio.

No obstante lo anteriormente expuesto, debe considerarse con especial cuidado si la actuación de la víctima da o no lugar a inconvenientes tales que determinen la producción del daño, al menos desde el punto de vista teórico, pues si esto no ocurre, necesariamente la conducta del enfermo no puede considerarse como causal exonerativa, ya que aun cuando su proceder fue inadecuado, no fue la causa eficiente del daño.

EL HECHO DE UN TERCERO

Al igual que la causal estudiada anteriormente, el hecho de un tercero invocado como tema de exoneración de responsabilidad debe llenar ciertos requisitos para su viabilidad.

Aun cuando no existe unanimidad sobre las características propias de esta causal exonerativa, la gran mayoría de los autores coinciden en por lo menos las siguientes: causalidad entre el hecho y el daño (nexo causal) y, que sea un hecho ajeno al ofensor y a la víctima.

El primer requisito, la causalidad, consiste en que el hecho realizado por el tercero, debe ser concurrente con la producción del daño, ligándose a éste por una relación causal, al punto en que de no existir el hecho del tercero, el daño se hubiera producido, es decir, que de no mediar tal hecho no es posible invocarlo como causal exonerativa de responsabilidad.

En cuanto al segundo elemento, es evidente que el hecho del tercero no debe ser consecuencia de un acto anterior del agresor, pues de ser así, no habría lugar a interponer tal hecho como defensa, ya que el resultado obedeció a un estímulo cuyo origen fue el actor y por ello, solamente será éste último el directo responsable. El hecho a que se refiere esta causal exonerativa, debe tener plena independencia del obrar del demandado y de la víctima.