TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ENCUENTROS NACIONALES DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA DEL AÑO 2021

MARZO DE 2022

No. 43

© 2022 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

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

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2022

ENCUENTROS NACIONALES DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA DEL AÑO 2021
MARZO DE 2022
No. 43

MAGISTRADOS 2022

Dr. José Sinay Arévalo Leal (Presidente)
Dr. Germán Gamarra Hernández
Dra. Eliana Patricia Ramírez Cano
Dr. Bernardo Robledo Riaga
Dr. Diego Andrés Rosselli Cock

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaría

Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo

El servicio de *envíos* de Colombia

Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2022.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2022

INDICE

Pag.

Editorial
LOS ENCUENTROS DE TRIBUANLES DURANTE LA PANDEMIA 9
Dr. Germán Gamarra Hernández
Tribunal Nacional de Ética Médica

EL ABOGADO DEFENSOR EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO MÉDICO 17
SentenciaC-064/21 Corte Constitucional
Dra. Claudia Lucia Segura Acevedo.
Secretaria Jurídica del Tribunal Nacional de Ética Médica.

¿CÓMO AGILIZAR EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO? 25
Dr. Germán Gamarra Hernández
Magistrado. Tribunal Seccional de Ética Médica de
Tribunal Nacional de Ética Médica

NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS 38
Dra. María Cecilia Cadena Lleras
Abogada Asesora
Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca

EL OLVIDO, UN NUEVO DERECHO EN EL ÁMBITO SANCIONATORIO 50
Dr. Edgar Saavedra Rojas
Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica

Pag.

EL CONCEPTO DE FUTILIDAD EN LA PRÁCTICA CLÍNICA 188
Dr. Francisco Gómez Perineau
Presidente del Tribunal de Ética Médica de Antioquia

CONSENTIMIENTO INFORMADO PRUEBA DE LA LEX ARTIS 204
Dr. Eliana Patricia Ramírez Cano
Magistrada del Tribunal Nacional de Ética Médica

¿HASTA DONDE LLEGA LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESIÓLOGO? 218
Dr. Bernardo Robledo Riaga.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL TRABAJO DE EQUIPO 220
Dr. César Bruno Y Caro
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Meta

ÉTICA EDUCACIÓN Y POLÍTICA: RETO ACADÉMICO 227
DR. Edgar Villota Ortega
Presidente del Tribunal Ética Médica de Nariño

EL SECRETO EN LA VIDA SOCIAL Y EL SECRETO PROFESIONAL SANITARIO. 238
Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética

SISTEMA EDUCATIVO COLOMBIANO 353
Dra. Diana Julieta Olivo Ospina.
Abogada Secretaria
Tribunal de Ética Médica el Valle del Cauca

ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO ÉTICO PROFESIONAL AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – CPACA. 359
Dr. Luis Hernando Van Strahlen Fajardo
Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

Pag.

DIVISIÓN DEL TRABAJO Y PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL ACTO MÉDICO 362
Dr. Juan Felipe Álvarez Arboleda
Abogado Asesor del Tribunal de Ética Médica de Antioquia

EL DERECHO DEL PACIENTE A NO QUERER RECIBIR INFORMACIÓN SOBRE SU PROCESO DE ENFERMEDAD 367
Dra. Alejandra María Zapata Hoyos
Abogada Secretaria del Tribunal de Ética Médica de Antioquia

TASACIÓN O DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN EN LOS PROCESOS QUE SE ADELANTAN ANTE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA EN COLOMBIA. 387
Dra. Claudia Lucia Segura Acevedo.
Secretaria Jurídica del Tribunal Nacional de Ética Médica.

PROPUESTA DE MODIFICACION (ACTUALIZACION) DE LA LEY 23 DE 1981 397
Dr. Germán Gamarra Hernández
Tribunal Nacional de Ética Médica

EDITORIAL

LOS ENCUENTROS DE TRIBUNALES DURANTE LA PANDEMIA

Germán Gamarra Hernández
Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología
Magíster en Epidemiología Clínica
Presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

En el presente número de la *Gaceta Jurisprudencial* se resumen algunos de los temas que fueron presentados y discutidos durante los encuentros de tribunales realizados en el año 2021. Como ha sido tradicional, estos encuentros constituyen una excelente oportunidad para intercambiar conceptos sobre problemas comunes que se presentan en el ejercicio de la labor de magistrados y aunque se tratan diversos temas, no siempre es posible aclarar las discrepancias que se presentan entre los magistrados y los abogados que participan en el encuentro.

La pandemia generada por la infección del virus SARS Cov 2, denominada COVID 19, afectó la vida en todo el mundo y los confinamientos obligatorios que tuvimos que soportar modificaron de manera sensible la marcha y funcionamiento de los Tribunales de Ética Médica; algunos se vieron sometidos a largos períodos de suspensión de términos en sus procesos. Esta suspensión obligatoria de los términos procesales retrasó de forma importante el avance y la continuidad de los mismos.

Durante el año 2020, se realizó un único Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica, en la modalidad virtual, tratando de superar múltiples dificultades, especialmente relacionadas con conectividad y ayudas tecnológicas, a las que nos tocó aprender a manejar de forma un poco

inesperada. Tuvimos que hacer nuestro mejor esfuerzo para lograr involucrarnos en el manejo de las nuevas tecnologías de la información.

Al finalizar el primer semestre del año 2021, realizamos un nuevo encuentro de tribunales, también en modalidad virtual; con algo de mayor experiencia, pero siempre extrañando los beneficios de la presencialidad, la cercanía y camaradería que solo se logra cuando tenemos la oportunidad de compartir en tiempo real y mediante la interacción personal entre los participantes. Antes de finalizar el año 2021, convocamos a un nuevo encuentro, ese sí de manera presencial, pero con limitaciones de aforo y al mismo tiempo con la posibilidad de que algunos de los participantes pudieran seguir las discusiones a través de los diferentes canales virtuales que se utilizaron.

Ha sido un período de aprendizaje para todos y esperamos que la experiencia obtenida nos permita afrontar de mejor forma, este tipo de dificultades en el futuro; la virtualidad, que nos ha acercado en estas épocas de confinamiento obligatorio, llegó para quedarse y debemos aprovechar este recurso para ampliar la participación de aquellos que por diversos motivos no puedan estar presentes de manera física durante los futuros encuentros.

En este número de la *Gaceta Jurisprudencial,* editada por el Tribunal Nacional de Ética Médica, se presentan los resúmenes de la mayoría de las conferencias desarrolladas durante los dos últimos encuentros de tribunales; como se puede apreciar, la variedad y heterogeneidad de los temas tratados es muy amplia.

Sobre los temas que han sido motivos de discusión, es notorio el impacto que ha tenido el cambio de jurisprudencia al interior de los tribunales, cuando de una forma un poco precipitada, nos vimos obligados a cambiar la remisión del Código de Procedimiento Penal (CPP) al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Lo anterior, se originó a partir de la consulta realizada al Consejo de Estado por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

El 28 de abril de 2021, en una reunión realizada entre el Ministerio de Salud y el Tribunal Nacional de Ética Médica, los asesores jurídicos del ministerio informaron sobre la consulta realizada al Consejo de Estado

para que se pronunciara sobre la remisión que las leyes de ética médica, como lo establece el artículo 82 de dicha norma, y odontológica, hacen al Código de Procedimiento Penal en lo no contemplado en dichas leyes. En su respuesta, el Consejo de Estado manifiesta, que aunque la Ley 23 de 1981 es una ley especial, no establece los términos de caducidad y prescripción. Anota que el proceso ético disciplinario es de naturaleza administrativa y no penal, por lo que no es apropiado remitir al CPP; es decir, este artículo de la Ley 23 quedaría derogado tácitamente, ante la naturaleza de ser un proceso disciplinario. Como consecuencia de lo anterior, no es correcto aplicar las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, en los procesos ético-médico disciplinarios.

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, el Proceso Administrativo Sancionatorio corresponde a un capítulo bien diferenciado dentro del Proceso Administrativo General, por lo que se considera que el Derecho Administrativo Sancionatorio no necesita acudir a las normas del Derecho Penal. Al ser el proceso ético-médico disciplinario de naturaleza administrativa y no penal, se considera que, en lo no contemplado en la norma se debe remitir al CPACA y no al CPP. Adicionalmente, por tratarse de un proceso sancionatorio, en principio, se deben aplicar algunas de las garantías constitutivas del debido proceso constitucional establecidas en el artículo 29 de la Carta[1], principios reglamentados por varias codificaciones.

En conclusión:
1. En virtud de la normatividad existente con posterioridad a la expedición de la Ley 23 de 1981, se considera derogado tácitamente el artículo 82 de dicha ley que remite al Código de Procedimiento Penal.

2. Se remitirá al CPACA para términos de caducidad de la acción disciplinaria, y a otros temas regulados por esta normatividad.

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

3. Para establecer los términos de prescripción en los procesos ético-médico disciplinarios se requerirá de una nueva ley que modifique o actualice la Ley 23 de 1981 y defina unos términos precisos con relación a la prescripción de los mismos.

Como puede ser observado en múltiples providencias, a partir del mes de mayo de 2021, el Tribunal Nacional de Ética Médica cambió su jurisprudencia en relación a la caducidad de la acción disciplinaria y resolvió aplicar los términos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los cambios que se generan en los procesos ético disciplinarios derivados de la aplicación del CPACA, requieren que al interior de los tribunales, se busquen mecanismos que permitan agilizar los diferentes trámites; uno de ellos, que produce una sensación de demora injustificada, es la apertura de indagación preliminar, práctica frecuente, que sumada al retraso que ocurre entre la ocurrencia de los hechos y la presentación de la denuncia, llevan a que el tiempo restante de los tres años, sea insuficiente para adelantar una investigación de manera adecuada.

Aunque la Ley 23 de 1981 no contempla la etapa de investigación preliminar dentro del proceso ético-médico disciplinario, la remisión que se hacía al Código de Procedimiento Penal, generó la costumbre de incluir dicha etapa en la mayoría de los procesos adelantados por los tribunales de ética médica. Se espera que, la aplicación de la nueva norma haga cada vez menos frecuente e innecesaria la práctica de esta etapa procesal.

Otro tema que requiere de un análisis especial y ha sido motivo de reflexión y discusión por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica que se incluye en esta Gaceta, es el relacionado con el *"Derecho al olvido"*. Se considera como un nuevo derecho en el ámbito sancionatorio, pero a su vez, genera dificultades cuando se solicitan por parte de diferentes instituciones los antecedentes que tienen los profesionales de la medicina, relacionados con sus sanciones previas. ¿Por cuánto tiempo tiene vigencia un certificado de antecedentes disciplinarios? O mejor, ¿Hasta cuándo se deben reportar los antecedentes de un médico después de ser sancionado o haber cumplido una suspensión de su ejercicio profesional?

Los interrogantes anteriormente planteados, generan discusiones y pueden tener diferentes respuestas de acuerdo con la norma que se aplique. Este tema requiere una mayor claridad y debemos tratar de unificar criterios sobre el mismo entre los diferentes tribunales, teniendo en cuenta que cada vez se solicitan con mayor frecuencia certificados sobre los antecedentes ético disciplinarios de los profesionales de la medicina que ejercen en cada región y en el país. Es necesario tener claridad y homogeneidad en un tema tan particular pero que impacta sobre la credibilidad de los mismos tribunales.

El artículo 77 de la Ley de Ética Médica que contempla la opción de que un médico acusado atienda las diversas diligencias procesales acompañado de un abogado titulado, fue aclarado por la Corte Constitucional posterior a una demanda presentada por el abogado asesor del Tribunal Nacional. Con posterioridad a la Constitución de 1991, hizo carrera la norma de que, en todo proceso el inculpado debía estar acompañado de su abogado defensor y si no lo tenía, el mismo tribunal le nombraba defensor de oficio. La situación anterior, además de retrasar los procesos, en muchos casos generó la nulidad de los mismos por considerar que, al no contar el acusado con una defensa técnica, se estaría vulnerando el debido proceso y el derecho a la defensa, consagrados en la Constitución Nacional. Por fortuna, la Corte Constitucional se pronunció al respecto y dejó vigente la norma tal como se encuentra contemplada en el artículo 77 de la Ley 23 de 1981; de esta forma se evitará otro de los mecanismos utilizados para retardar los procesos. Pudimos observar que, en algunas ocasiones y de manera mal intencionada, los abogados defensores solicitaban a su "cliente" rendir versión libre sin su acompañamiento y posteriormente, en etapas procesales más avanzadas solicitaban la nulidad de los actos realizados por haber incurrido en aceptar la versión libre sin una defensa técnica.

De manera reiterada se tratan en los encuentros de tribunales temas relacionados con la educación médica y con la ética, en particular sobre su enseñanza dentro del proceso formativo realizado en las facultades de medicina del país. Lo anterior constituye una preocupación válida en una sociedad dónde la ética, la bioética y los valores parecen ser cada vez más distantes y abstractos. Es probable que muchas de las denuncias que se presentan contra los profesionales tengan origen en problemas

de comunicación entre el médico y el paciente o se deriven de fallas relacionadas con un trato deshumanizado, cada vez más evidente en la sociedad actual, producto de una deficiente formación humanística de los profesionales.

Una situación muy particular, que amerita un cuidadoso análisis e hizo parte de las presentaciones hechas en el último encuentro de tribunales, tiene que ver con la posición de garante que ostenta un anestesiólogo en un acto quirúrgico; llama la atención y, además es un gran logro que amerita todo nuestro reconocimiento, que siendo la Anestesiología una de las pocas especialidades reguladas con una ley en el país, los anestesiólogos, de manera coherente con sus normas, deben ser guardianes y velar por la idoneidad de los profesionales cirujanos a quienes acompañan en un acto quirúrgico. No se entiende cómo, teniendo una ley que protege el correcto ejercicio de la especialidad y evita la intrusión, un anestesiólogo permite y le presta sus servicios a un profesional sin las credenciales exigidas y necesarias, para que intervenga a un paciente a quién somete a riesgos injustificados durante un acto quirúrgico. Es decir, de alguna forma este profesional de la Anestesiología abandona su posición de garante al permitir y facilitar actos médicos claramente imprudentes o imperitos realizados por galenos que no tienen la idoneidad requerida. ¿Es negligente el anestesiólogo que permite tales actos?. ¿Existe una doble moral en un profesional que exige el cumplimiento estricto de una norma, pero no practica lo mismo cuando se trata de otras especialidades?

La futilidad del esfuerzo terapéutico, otro de los temas tratados durante los encuentros de tribunales, nos debe llevar a reflexiones profundas sobre nuestro papel de médicos, en particular en situaciones que se hicieron más evidentes durante la pandemia producida por el virus de la COVID 19, donde con frecuencia se requería el uso de tecnología para mantener la vida de una persona, en la que por su situación particular, se podía prever un desenlace desfavorable.

En ningún caso tiene sentido la implementación de “medidas heroicas” desesperadas orientadas a prolongar de manera innecesaria la vida de un paciente. Este tema, como todos aquellos relacionados con el papel del médico al final de la vida, en particular la eutanasia, amerita una discusión más amplia en futuros encuentros de tribunales.

Otro de los temas que aparecen con frecuencia en los encuentros de tribunales, es el relacionado con el "Consentimiento informado"; se considera que el consentimiento bien informado, que hace un paciente antes de ser sometido a alguna intervención, constituye un ejercicio de su autonomía como persona y salvo en algunas situaciones de emergencia, donde no es posible cumplir con este proceso, debe ser obtenido siempre que las condiciones lo permitan. Cuando se habla de un consentimiento, no necesariamente se exige un documento, ya que un consentimiento verbal puede ser igualmente válido si el paciente o su familia han comprendido y son conscientes de lo que el médico va a hacer. En contraste con lo anterior, situación bastante frecuente, surgió una discusión sobre las circunstancias que, en algunos casos, bien sea por solicitud de la familia o aún, del mismo paciente, existe una manifestación o reclamo de su derecho a no ser informados o al menos a no informar al paciente sobre la gravedad de la enfermedad debido a la posibilidad de generar un estado que agrave su ya crítica situación. Los médicos, a quienes se les ha inculcado durante su formación su deber de dar la mejor información, explicando de manera clara riesgos y beneficios, se ven enfrentados a adoptar posiciones contrarias que no son fáciles de aceptar.

Son múltiples las circunstancias que se presentan durante el ejercicio profesional de la medicina y que generan conflictos éticos; la autonomía profesional del médico entra en colisión con la autonomía del paciente. Ejemplos frecuentes pueden verse, como en el escenario planteado anteriormente, en donde se le pide al galeno no informar sobre la severidad de una enfermedad, pero a su vez, el médico por convicción y formación siente que debe informar de la forma más clara y completa, aunque con prudencia y sabiduría sobre la gravedad de la enfermedad. Otros escenarios en donde entran en conflicto la autonomía del médico y la del paciente pueden verse en situaciones especiales como el aborto, la interrupción voluntaria del embarazo o la eutanasia. Es casos como estos, el médico requiere una sólida formación y principios éticos que le permitan evaluar y tomar las decisiones más adecuadas. Adicionalmente, existe la objeción de conciencia, que permite a un profesional por sus principios, negarse a participar en actos contrarios a su formación y a sus convicciones.

Como puede observarse, los planteamientos anteriores ameritan una discusión amplia y unos acuerdos sobre aspectos básicos que faciliten la labor de los magistrados en los diferentes tribunales. Se espera que en este

año 2022, dejemos atrás la pandemia y podamos volver a encontrarnos de una forma presencial que facilite una mejor comunicación verbal, no verbal y nos permita un mayor intercambio de experiencias.

EL ABOGADO DEFENSOR EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO MÉDICO - SENTENCIA C-064/21 CORTE CONSTITUCIONAL

Dra. Claudia Lucia Segura Acevedo.
Secretaria Jurídica del Tribunal Nacional de Ética Médica.

Ante los Tribunales de Ética Médica el hecho de que según el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, permitiera al profesional disciplinado la facultad de decidir sobre la conveniencia o no de utilizar los servicios de un abogado competente que lo podría asesorar durante el proceso ético-disciplinario, había generado desde hace mucho tiempo una discusión a nivel jurídico sobre el contenido de dicha norma y su congruencia con los mandatos de orden constitucional nacionales e internacionales.

La aplicación al pie de la letra del mencionado artículo 77 de la Ley 23 de 1981, había generado opiniones e incluso reclamaciones en pro y en contra por parte de magistrados de los Tribunales de Ética Médica, abogados y disciplinados, de tal manera que jurídicamente se fue gestando la necesidad de resolver de manera definitiva este asunto.

Dentro del mismo Tribunal Nacional de Ética Médica, se habían llevado a cabo diversas posturas en torno al problema jurídico presentado entre el entendimiento de la norma legal antes citada versus la Constitución Política e incluso el tema se presentó en el Encuentro de Tribunales del año 2019, sin que se llegara a decisiones definitivas, por lo que tras un juicioso y muy bien elaborado trabajo, nuestro apreciado y muy respetado Asesor Jurídico Doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS presentó ante la Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 77 de la Ley 23 de 1981 la cual fue admitida el 31 de agosto de 2020 y fallada con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlessinger. Actualmente al respecto el tema se ha esclarecido, y se tiene que según lo expuesto en algunos apartes textuales por la Corte Constitucional en

la sentencia C-064 del 18 de marzo de 2021, se señala que el accionante había planteado la demanda así:

"(...)

II. ***NORMA DEMANDADA***

4. *El texto de la norma demandada es el siguiente –se destaca la expresión acusada–:*

Ley 23 de 1981

"Por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica"

(...)

"ARTICULO 77. En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, ***podrán*** *asesorarse de abogados titulados"*

.

(...)

III. ***LA DEMANDA***

5. *El accionante consideró que la expresión "podrán" contemplada en el artículo 77 de la Ley 23 de 1981 desconoce la garantía prevista en el artículo 29 de la Constitución, tanto como la establecida en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. El demandante presentó los motivos de su demanda como a continuación se sintetiza.*

6. *Primero, desarrolló el argumento de acuerdo con el cual "la defensa técnica en toda actuación judicial o administrativa es un derecho que hace parte del debido proceso y, por tanto, no puede ser relativizado. En la medida en que la expresión acusada da a entender que la defensa técnica en el proceso disciplinario médico tiene un carácter opcional vulnera el derecho fundamental al debido proceso que es una garantía aplicable de manera imperativa en "juicios de toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".*

7. *El debido proceso –indicó el accionante–, es un concepto de naturaleza compleja de matices jurídico-políticos "integrado por innumerables derechos, garantías, principios y libertades" que se encuentran cubiertas por la previsión establecida en el artículo 29 de la Carta Política, sin que sea factible sustraer de estas a las actuaciones administrativas. En criterio del accionante, tal circunstancia se ve corroborada gracias a lo previsto en las normas sobre derechos humanos antes mencionadas, las que, según lo dispuesto en el artículo 93 superior, forman parte del bloque de constitucionalidad, como lo son los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

8. *En criterio del demandante, "la palabra 'podrán' inserta en el artículo 77 de la Ley 23 de 1981 debe ser retirada del ordenamiento jurídico, porque viola el artículo 29 de la Carta Política el cual contiene un derecho integral a lo largo de todo el proceso, irrenunciable e intangible que hace parte del debido proceso". Para el accionante la defensa técnica "puede ser ejercida únicamente por quien es abogado y en caso de conflicto o controversia entre el abogado y el médico disciplinado prevalecen los criterios del abogado, porque la Constitución y la ley entienden que es el profesional que, de mejor forma, puede garantizar los derechos de su cliente por poseer los conocimientos especializados".*

9. *En suma, el actor concluyó que la expresión "podrán" pasa por alto que "todo disciplinado debe estar siempre asistido por un abogado para que ejerza su defensa técnica"."*

Al debate se presentaron intervenciones de varias entidades entre las que figuran el Ministerio de Salud, la Procuraduría General de La Nación, la Federación Médica Colombiana, y la Academia Nacional de Medicina.

El Ministerio consideró que la norma no viola el debido proceso y solicitó declarar exequible la expresión demandada haciendo referencia al Concepto del Consejo de E. 064 del 2006 y a que el proceso disciplinario ético profesional es una de las especies del derecho administrativo disciplinario. La Academia Nacional de Medicina consideró que: la defensa técnica del acusado durante todas las etapas del proceso es conveniente y necesaria,

con el fin de preservar los derechos del inculpado y evitar que un médico, por desconocimiento o ingenuidad, pueda auto incriminarse, además de exponer que si los vacíos de la Ley 23, remiten a normas penales debe respetarse el abogado obligatorio

Por su parte, la Federación Médica Colombiana opinó que para el proceso ético no es obligatoria la asesoría de un abogado, toda vez que el profesional del derecho carece de los conocimientos sobre procedimientos médicos que se analizan en este tipo de procesos y su presencia en los mismos no es garantía de una defensa técnica para tal fin, pues a efectos de analizar conductas y procedimientos eminentemente médicos resulta relevante el concepto de expertos sobre la materia que, en la mayoría de los casos no son abogados

La Procuraduría pidió exequibilidad motivada en que la defensa técnica se aplica en función de la naturaleza de los procesos y admite graduaciones dependiendo de las materias o asuntos debatidos procesalmente. Alegó que el derecho a la defensa técnica, no se materializa de manera igual en todas las actuaciones, pues ello significaría desconocer las formas propias de cada juicio y el principio del juez natural que

Finalmente, la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-064 del 18 de marzo de 2021, con relación a la norma demandada, luego de haber acogido las solicitudes de exequibilidad en los conceptos de intervinientes como el Ministerio de Salud y la Protección Social, Procuraduría, Colegios de abogados, Asociaciones médicas, Universidades y la suscrita entre otros, procedió primeramente a descartar la figura de la cosa juzgada absoluta para el caso concreto, seguidamente hizo un profundo análisis de la actividad del profesional en medicina y sus elementos normativos nacionales e internacionales existentes, haciendo una amplia diferenciación entre el derecho penal y el derecho disciplinario administrativo y ético profesional, para concluir dirimiendo el problema jurídico del caso sub-judice, dejando muy claro y con carácter vinculante en la *Ratio Decidendi*, lo siguiente:

> *“* ***iii) Análisis del cargo presentado***
> 147. *Desde la perspectiva señalada en precedencia, considera la Sala que a diferencia de lo que sostiene el demandante, la disposición “podrán” contemplada en el artículo 77 de la Ley 23 de*

1981 no implica la inexistencia de la garantía de defensa técnica y por consiguiente no desconoce el artículo 29 de la Constitución y tampoco infringe los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa prerrogativa está prevista en la norma, solo que de manera opcional, dada la naturaleza del proceso en que se aplica.

148. *Por lo tanto, el ejercicio del derecho fundamental a la defensa técnica en ningún caso se sustrae del procedimiento disciplinario médico, sino que, en el marco de este específico proceso y, de acuerdo con las particularidades que lo rodean, se le da al/ a la profesional de la medicina disciplinado/a la posibilidad de optar por la defensa técnica.*

149. *En general, si es cierto que el proceso disciplinario médico debe cumplir con las exigencias fundamentales de la garantía del debido proceso, las peculiaridades del proceso previsto en la Ley 23 de 1981 determinadas por el carácter científico y complejo de la profesión, permiten comprender que la defensa técnica tenga una naturaleza facultativa. Nótese que tanto el Tribunal de Ética Médica como los Tribunales Seccionales de Ética Médica no están integrados por abogados titulados, sino por profesionales de la medicina que, de acuerdo con los artículos 65 y 69 de la Ley 23 de 1981, deben "gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional" y "haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en Facultades legalmente reconocidas por el Estado".*

150. *Como lo precisó la Federación Médica Colombiana, la ética médica y la facultad de darse una regulación propia según principios aceptados universalmente aplicables, particularmente, en una profesión humanitaria como la medicina, tienen por objeto "que los profesionales mantengan al servicio de las personas sus conocimientos tendientes a prevenir actuaciones que no estén encaminadas al bienestar de la comunidad y de sus pacientes". A los Tribunales de Ética Médica se les confía la misión de velar porque las actuaciones se adelanten "con la mayor rectitud, honestidad e idoneidad en la práctica médica". Además, por mandato de la*

Constitución y de la ley deben salvaguardar "el ejercicio ético de la profesión con garantía del debido proceso".

151. *Así, en atención a la naturaleza y peculiaridades del proceso disciplinario médico que se sustancia de conformidad con los estándares derivados de la autonomía que dentro de cauces constitucionales se les reconoce a las profesiones, la asesoría de un abogado titulado puede dejarse a la elección de la persona disciplinada, quien, de todos modos, si lo estima pertinente y necesario, tiene la opción de acudir a un abogado. Entretanto, como se vio, el proceso disciplinario ante los Tribunales de Ética Médica le garantizan que podrá ser escuchado en versión libre está facultado para solicitar pruebas así como para controvertir aquellas que se presenten en su contra de manera directa. En todo caso, y en garantía del derecho de defensa, el profesional de la medicina investigado podrá, si así lo desea, ser asistido por un profesional del derecho durante el procedimiento.*

152. *En el sentido descrito, la opción que les ofrece el artículo 77 de la Ley 23 de 1981 a las personas disciplinadas en el marco del proceso disciplinario médico –que no tiene carácter penal y tampoco judicial sino estrictamente administrativo y disciplinario– en lugar de afectar el derecho al debido proceso de las personas, les permite seleccionar la naturaleza de su defensa, sin que de ello se siga una limitación injustificada o arbitraria de su derecho fundamental a la defensa técnica que* ***solo y únicamente*** *en el ámbito penal resulta irrenunciable.*

153. *Brevemente, como varias de las intervenciones lo pusieron de relieve, el proceso disciplinario médico es de carácter público y autónomo. Tiene también una naturaleza administrativa sancionatoria y se encamina a regular el ejercicio de la medicina, especificando los principios por los que se rige la profesión, los órganos que controlan el cumplimiento de las normas éticas que la gobiernan, en fin, el régimen disciplinario sustancial y procedimental previsto "para establecer la responsabilidad por la infracción de las normas éticas de dicha profesión"*[2].

2 CE. 64 de 2006. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

154. *Como también lo señaló el Ministerio de Salud y Protección Social, en el proceso disciplinario médico el derecho de defensa se entiende materializado bajo el entendido que el/la médico/a investigado/a, en cualquier momento de la actuación procesal y sin condición alguna, puede designar un/a profesional del derecho que asista su defensa.*

155. ***Ahora bien, es evidente para esta Sala la imperiosa necesidad de que los Tribunales Seccionales de Ética Médica garanticen que la persona disciplinada en el marco del proceso ético disciplinario médico conozca de manera patente el derecho que le asiste de nombrar, si a bien lo tiene, un profesional del derecho que asuma su defensa. De esta forma, se refuerza la garantía el derecho de defensa. Por consiguiente, si en el marco del desarrollo del proceso disciplinario profesional la autoridad instructora impide que el procesado acuda a la defensa técnica designada por el médico procesado o el investigador no le pone de presente de modo claro que tiene el derecho de designar un/a abogado/a que lo defienda, la consecuencia no puede ser otra distinta que la nulidad de lo actuado. (negrilla fuera de texto)***

156. *En suma, concuerda la Sala con el Ministerio de Salud en que la expresión acusada "podrán", antes que vulnerar el debido proceso, lo garantiza en "sede de la designación de un/a profesional del derecho, incluso a costa de la anulación del proceso". Cabe resaltar, en el mismo sentido en que lo hizo la mencionada dependencia que, pese a las diferencias con el proceso penal, el proceso ético disciplinario médico previsto por la Ley 23 de 1981 ofrece la posibilidad de acceder a la totalidad de garantías que ofrece el debido proceso. Con todo, la alusión en el artículo 29 de la Carta Política a "las formas propias de cada juicio" explica la existencia de diferencias entre procedimientos administrativos y judiciales. Así como lo recordó el Ministerio de Salud y Protección Social, "mientras para los primeros el derecho de defensa se asegura a través de la facultad que tiene el procesado de designar abogado defensor; para el proceso judicial, concretamente el penal, la presencia de aquel resulta indispensable para la legalidad del proceso".*

(...)"

Tras las anteriores enseñanzas con carácter vinculante expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-064/21, la Sala profirió la siguiente:

> "***VI. DECISIÓN***
> *En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,*
> ***RESUELVE***
> *Declarar* ***EXEQUIBLE*** *la expresión "podrán" contemplada en el artículo 77 de la Ley 23 de 1981 "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica", por el cargo analizado.*
> *Notifíquese, comuníquese y cúmplase."*

Expuesto todo lo anterior es pertinente finalizar el presente artículo extrayendo las siguientes conclusiones

1.- Es facultativo, que el/la médico disciplinado(a) afronte la investigación disciplinaria asumiendo su propia defensa, durante TODO el proceso.

2.- El/la médico disciplinado(a), puede designar apoderado(a) de confianza o solicitar que se le asigne un defensor por carecer de recursos, igualmente es obligatorio designarlo si el investigado lo solicita.

3.- Es obligatorio que al médico procesado se le designe un abogado cuando esté siendo investigado como persona ausente.

4.- No genera nulidad procesal la falta de defensa técnica.

5.- El operador disciplinario o Tribunal de Ética Médica **obligatoriamente** debe advertir al médico procesado claramente el derecho facultativo a tener un abogado y dejar constancia de ello desde el inicio del proceso y en las versiones que se realicen, no hacerlo así puede generar una nulidad del proceso.

¿CÓMO AGILIZAR EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO?

Germán Gamarra Hernández
Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología
Magíster en Epidemiología Clínica
Presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

ANTECEDENTES

La Ley 23 de 1981, código de ética médica, expedida hace más de 40 años, continúa vigente, aunque con posterioridad a su promulgación se han producido múltiples normas legales, incluyendo la nueva Constitución Política de Colombia del año 1991, la Ley 100 de 1993, que modificó de manera sustancial la relación médico-paciente y la Ley Estatutaria de Salud o Ley 1752 de 2015. Adicionalmente, la misma ley de ética médica, en su artículo 82 establece que en lo no previsto en dicha norma se aplicará el Código de Procedimiento Penal; éste último código, también ha sido modificado en más de una ocasión con posterioridad a la expedición de la Ley 23 de 1981 y, finalmente derogado por la Ley 906 de 2004, que abolió el sistema procesal de tendencia inquisitiva y escrito, estableciendo uno de tendencia acusatoria y oral. Por lo tanto, no es inusual que se presenten discrepancias, entre los diferentes tribunales, con relación a los procedimientos que se deben seguir durante un proceso disciplinario médico.

La Ley 23 de 1981, en su artículo 82 establece:

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

El 28 de abril de 2021, en una reunión realizada entre el Ministerio de Salud y el Tribunal Nacional de Ética Médica, los asesores jurídicos del ministerio informaron sobre la consulta realizada al Consejo de Estado para que se pronunciara sobre la remisión que las leyes de ética médica y odontológica hacen al Código de Procedimiento Penal (CPP) en lo no contemplado en dichas normas. En su respuesta se afirma que la Ley 23 de 1981 es una ley especial, pero también se anota que el proceso ético disciplinario es de naturaleza administrativa y no penal, por lo que no es apropiado remitir al CPP; es decir, éste artículo de la Ley 23 quedaría derogado tácitamente, ante la naturaleza de ser un proceso disciplinario. Por lo tanto, no es correcto aplicar las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, en los procesos ético-médico disciplinarios.

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo Contencioso Administrativo - CPACA), establece que el Proceso Administrativo Sancionatorio es un capítulo bien diferenciado dentro del Proceso Administrativo General, por lo que se considera que el Derecho Administrativo Sancionatorio no necesita acudir a las normas del Derecho Penal. Al ser el proceso ético-médico disciplinario de naturaleza administrativa y no penal, se considera que, en lo no contemplado en la norma se debe remitir al CPACA y no al CPP. Pero por ser un proceso sancionatorio, en principio, se deben aplicar algunas de las garantías constitutivas del debido proceso constitucional establecidas en el artículo 29 de la Carta [3], principios reglamentados por varias codificaciones.

En conclusión:

1. En virtud de la normatividad existente con posterioridad a la expedición de la Ley 23 de 1981, se considera derogado tácitamente el artículo 82 de dicha ley que remite al Código de Procedimiento Penal.

3 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.

2. Se remitirá al CPACA para términos de caducidad de la acción disciplinaria, y a otros temas regulados por esta normatividad.

3. Para establecer los términos de prescripción en los procesos ético-médico disciplinarios se requerirá de una nueva ley que modifique o actualice la Ley 23 de 1981 y defina unos términos precisos con relación a la prescripción de los mismos.

A partir de esa fecha, el Tribunal Nacional de Ética Médica cambió su jurisprudencia en relación a la caducidad de la acción disciplinaria y resolvió aplicar los términos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo Contencioso Administrativo (CPACA), en particular lo establecido en su artículo 52 que se enuncia a continuación:

> ***"ARTÍCULO 52. Caducidad de la facultad sancionatoria.*** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*
> *Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.*
> *La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.*

La aplicación de esta norma ha provocado que, en un gran número de procesos ético-médico disciplinarios se tenga que decretar la caducidad y como consecuencia de lo anterior, se genera tanto en quienes presentan las denuncias como en los mismos tribunales, la sensación de impunidad, al no lograr impartir justicia en forma pronta y oportuna; por este motivo, se requiere actualizar o reformar la Ley 23 de 1981 con el fin de establecer

de forma precisa en esta norma especial los términos de prescripción, pero también se deben hacer esfuerzos por parte de todos los tribunales orientados a corregir algunos aspectos procesales con el fin de agilizar el proceso disciplinario médico, los cuales se discutirán a continuación.

INDAGACIÓN PRELIMINAR

La indagación preliminar o investigación previa no se contempla dentro del proceso ético-médico disciplinario establecido en la Ley 23 de 1981, pero sí en el Código de Procedimiento Penal que lo establece de manera clara y precisa; sin embargo, se ha hecho costumbre incluir esta etapa dentro de todos los procesos disciplinarios médicos y con frecuencia los tribunales prolongan de manera injustificada esta fase ya que, en ocasiones, se hace una investigación cuidadosa, se solicitan pruebas y testimonios y se producen innecesarios informes de conclusiones durante esta etapa procesal. Posterior a la misma, se decide archivar la queja o si la circunstancia lo amerita, se ordena la apertura de una investigación formal que concluye con la preclusión o el pliego de cargos del inculpado. Hemos observado que con alguna frecuencia esta etapa previa a la llamada "investigación formal" puede tomar entre dos y tres años; si a lo anterior le sumamos el tiempo que transcurre entre la comisión de la presunta falta (hechos) y la denuncia, es claro que en muchas ocasiones caducará la acción disciplinaria al tenor de las normas vigentes en el CPACA.

La pregunta que se plantea será la siguiente: ¿En todo proceso ético-médico disciplinario, se debe incluir una etapa de indagación preliminar? La respuesta es no. Me atrevo a decir que la necesidad de incluir una indagación previa es excepcional dentro de los procesos ético-médico disciplinarios, y cuando se realiza debe hacerse de manera rápida con el fin de evitar demoras injustificadas en el respectivo proceso.

Es importante aclarar que el objetivo de una indagación preliminar es determinar la validez de la queja que dará origen al proceso, a diferencia de la investigación disciplinaria cuyo objetivo es determinar si la falta ocurrió y a su vez constituye una falta a la ética médica. Una vez más, quiero hacer referencia a algunos conceptos expuestos por la doctora Gladys León, abogada y ex secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca que fueron publicados en otro número de la *Gaceta Jurisprudencial,* con el fin de que, a partir del su análisis, se puedan tomar

diferentes acciones que permitan agilizar el proceso ético disciplinario médico y evitar, en muchos casos, la caducidad de la acción disciplinaria del Estado.

> ***"…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 la acción disciplinaria no puede iniciarse, o no puede continuarse, o 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."*

La propuesta que presento a consideración es que la indagación preliminar solo se justifica cuando se requiere individualizar e identificar el autor o autores de una posible falta disciplinaria; es decir, cuando la queja se presenta contra los médicos de un servicio o una institución que atendieron a un determinado paciente y el denunciante no conoce de manera precisa al médico que lo atendió. En ocasiones dicha falta, de haber existido, pudo ser debida a fallas atribuibles a otras personas que intervinieron en la atención del enfermo y no necesariamente a un profesional médico. En otros casos, como ocurre con frecuencia en diferentes instituciones en la actualidad, son varios los médicos involucrados en la atención de un enfermo y se requiere precisar quién o quiénes fueron los responsables de la presunta falta.

La historia clínica, que constituye el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, debe ceñirse a las normas establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social y deberá diligenciarse con claridad. Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos, a su reemplazante. En la Resolución 1995 de 1999, el Ministerio de Salud presenta de manera clara las normas para el manejo de la historia clínica y el artículo 1 de dicha resolución establece:

> ***"Artículo 1.***
> ***Definiciones.***
> *a) La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley."*

Para poder individualizar el autor o autores de una presunta falta, cuando la queja se presenta de forma general "contra médicos de la institución o servicio", es indispensable una cuidadosa revisión de la historia clínica del paciente y los tribunales forman parte de las entidades que pueden solicitar dicho documento durante una investigación disciplinaria. En ocasiones se presentan demoras en la remisión de la historia clínica por parte de las instituciones o empresas prestadoras de servicios de salud, a pesar de la existencia de tecnologías de la información que permiten en la actualidad hacer uso de recursos virtuales y en cuestión de minutos poder acceder de forma remota a múltiples documentos. Se recomienda, con el fin de agilizar la entrega de la historia clínica, recurrir al "derecho de petición" para evitar demoras injustificadas.

Finalmente, cuando en la queja o denuncia se expresa de manera clara el nombre del presunto culpable, es obvio que no se podrá invocar como motivo de indagación preliminar la necesidad de individualizar a un posible culpable. En el caso de las denuncias que se presentan por presuntas faltas a la ética médica, la situación más frecuente es que en la queja desde su presentación, se manifiesta con nombre propio el posible o posibles culpables.

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

Habiendo dejado claro, en qué caso se justificaría una etapa de indagación preliminar y la forma de agilizarla, me referiré a otras situaciones que con anterioridad se han planteado para realizar la indagación preliminar en los procesos ético-médico disciplinarios y al mismo tiempo expresar las razones por las que considero no se justifica esta etapa preliminar.

a) Falta de prueba sumaria

El artículo 74 de la Ley 23 de 1981 establece que junto con la denuncia *"En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica".*

Si no se cumple con este requisito, la queja no puede ser aceptada y debe informarse al denunciante de forma inmediata. La prueba sumaria usualmente corresponde a la historia clínica sobre la atención prestada al paciente, un examen ordenado por el galeno o una prescripción médica. De no existir al menos una prueba del acto médico, se puede caer en la apertura de procesos sin fundamento alguno. Al denunciante, se le podría explicar que por el incumplimiento de dicho requisito no puede iniciarse el proceso.

En el caso de denuncias relacionadas con presuntos delitos sexuales, es posible hacer una excepción a esta exigencia, por el riesgo de revictimizar a la persona que ha sido objeto de una falta grave.

En algunas ocasiones, una denuncia puede presentarse por algún medio de comunicación. La gravedad de la falta amerita que un tribunal seccional, de oficio, investigue dicha queja y se constituya en garante ante la sociedad en general de un ejercicio correcto de la profesión médica.

Por otra parte es necesario, aunque sea de manera breve, hacer referencia a las denuncias anónimas que se presentan cuando los miembros de una institución no se atreven a presentar una denuncia pública por temor a represalias, o cuando las mismas tienen características de seriedad y aportan información que ofrece una sensación de veracidad sobre lo que se denuncia. Al respecto, es conveniente y necesario citar la normatividad establecida en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 204):

> ***"ARTÍCULO 69****. REQUISITOS DE LA DENUNCIA, DE LA QUERELLA O DE LA PETICIÓN. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> La denuncia, querella o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos*

en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento.

La denuncia solo podrá ampliarse por una sola vez a instancia del denunciante, o del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación.

Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente."

En conclusión, con el fin de brindar las garantías procesales que la sociedad reclama, los Tribunales de Ética Médica, ante una duda razonable, deben iniciar una investigación que conduzca a aclarar la ocurrencia o no, de una posible falta ética que comprometa el reconocimiento de la integridad profesional del acusado.

b) Determinar la licitud de las pruebas presentadas

Si se allegan elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida por medios ilícitos, en cualquier etapa del proceso, dan origen a la nulidad del mismo. Es importante, durante el análisis de las pruebas determinar que las mismas hayan sido obtenidas de manera lícita.

No se justifica demorar el inicio de una investigación o recurrir a una etapa preliminar con el fin de verificar la licitud de la prueba adjunta a la denuncia; lo que sí se debe hacer, hasta donde sea posible, es durante la fase de investigación, constatar la veracidad de las pruebas y la licitud en la obtención de las mismas. El análisis de los elementos probatorios presentados para soportar una denuncia puede realizarse durante la etapa de investigación y no necesariamente en una fase previa, salvo que la prueba presentada permita conocer desde un principio que la misma fue obtenida de forma ilícita.

c) Determinar si el hecho denunciado es una falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.

Constituye una práctica común en los diferentes tribunales seccionales de

ética médica que adelantan los procesos de instrucción decretar diligencias como la de ratificación y ampliación de la denuncia por parte del quejoso, versión libre por parte del médico inculpado o solicitar testimonios de algunos posibles testigos en relación a la queja presentada; todo ello, puede tener la noble intención de precisar si existió una falta ética y las circunstancias en que la misma ha ocurrido.

La apertura de una investigación constituye la mejor forma de determinar o aclarar las dudas que se derivan de la denuncia. Adelantar diligencias que forman parte de la investigación con el fin de aclarar dudas y terminar diciendo que existe mérito para abrir un proceso formal de investigación es una pérdida injustificada de tiempo; no se debe desarrollar una etapa de indagación preliminar con el fin de precisar la existencia de una falta ética y tampoco se pretende evaluar en esta fase preliminar la conducta de quien la cometió ya que lo anterior es precisamente lo que se hace dentro de una etapa formal de investigación disciplinaria.

Por otra parte, si a partir de la queja, existe certeza (lo subrayo para enfatizar el hecho) de que la falta que motiva la denuncia no es contra la ética médica, es evidente que la denuncia no será aceptada y se procederá al archivo correspondiente. Sin embargo, siempre que exista duda al respecto, lo más conveniente y con el ánimo de ofrecer las mayores garantías a las partes, es proceder y adelantar la respectiva investigación. Por un lado, el quejoso siente que su denuncia ha sido atendida y por otra, el médico, si no ha cometido falta alguna, al ser absuelto después de una investigación, quedará con la sensación de que se está haciendo justicia.

d) Para determinar la calidad de médico del acusado.
Con frecuencia se reciben quejas que corresponden a profesionales de otras disciplinas, como enfermeros, auxiliares, paramédicos o personal administrativo de la institución. En tal caso, el proceso ético-médico disciplinario no es procedente, ya que la acusación no se presenta contra un médico y deberá dirigirse, si es el caso, a las respectivas instancias.

Existen circunstancias, poco probables, en las que podría ocurrir que una determinada Institución Prestadora de Servicios de Salud, no haya verificado la condición de médico del "supuesto profesional" que ha contratado y durante la etapa de investigación se evidencia una suplantación o falsedad documental que debe ser remitida a la correspondiente autoridad. También

puede ocurrir que un médico graduado en el exterior se encuentre prestando servicios en una institución y no haya convalidado su título en el país, falta tipificada en el artículo 48 de la Ley 23 de 1981; en este caso, se deberá informar a la autoridad correspondiente ya que se configura un ejercicio ilegal de la profesión médica.

Con mayor frecuencia existen casos de médicos graduados en el país que, habiendo realizado programas de especialización en el exterior, no tienen convalidado su título de especialista. Al respecto la Ley 1164 del 3 de octubre de 2007 o Ley de Talento Humano en Salud establece:

> ***"Artículo 18.*** *Requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud.* Las profesiones y ocupaciones del área de la salud se entienden reguladas a partir de la presente ley, por tanto, el ejercicio de las mismas requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> **…**……
>
> *c) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo con las normas vigentes.* Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios, la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.

Con relación al ejercicio ilegal de la profesión como médico general o como especialista dispone:

> ***Artículo 22.*** *Del ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud.* Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.

El Tribunal Nacional, en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre la idoneidad profesional requerida para el ejercicio de las especialidades médico-quirúrgicas en el país, que solo se logra cuando el médico ha cumplido con las exigencias propias de un programa de residencia en la especialidad como el que se ofrece en las Instituciones de Educación Superior en Colombia o en algunos países con programas de formación equivalentes a los existentes en el país y que son convalidados por las respectivas autoridades, antes de que el especialista pueda ejercer en el territorio nacional.

Se puede concluir que todos aquellos aspectos relacionados con la verificación de la condición de médico del acusado y la existencia de títulos de idoneidad de especialista ajustados a la normatividad vigente, pueden tener gran importancia dentro del proceso y deben realizarse durante la etapa probatoria de la investigación disciplinaria evitando prolongar de forma innecesaria la etapa previa a la misma; es decir, es indispensable verificar la condición de médico o de especialista del acusado con el fin de conceptuar sobre su idoneidad, pero la misma puede hacerse dentro del proceso mismo de investigación y no necesariamente en una etapa previa a la misma que puede retrasar de manera injustificada el desarrollo del proceso disciplinario.

INFORMACIÓN A AUTORIDADES COMPETENTES

La Ley 23 de 1981, en su artículo 76 establece lo siguiente:

> ***"ARTICULO 76.*** *Si en concepto del presidente del Tribunal o del profesional instructor, el contenido de la denuncia permite establecer la presunción de violación de normas de carácter penal, civil o administrativo, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente."*

Los tribunales deben identificar de manera temprana y oportuna si la denuncia presentada se relaciona con una presunta falta grave como sería un delito sexual cometido por el médico, una falsedad de documentos o un posible homicidio culposo, por lo que se debe, en cumplimiento del artículo antes citado, compulsar copias del proceso a las autoridades correspondientes para que se adelanten las investigaciones necesarias por parte de la justicia ordinara de forma oportuna.

CONCLUSIONES

Salvo en casos que requieran la individualización del posible autor o autores de la presunta falta denunciada, no se justifica realizar indagación preliminar en el proceso ético-médico disciplinario.

Durante la investigación se deben solicitar pruebas de forma temprana como son la historia clínica, certificaciones que permitan verificar la

idoneidad profesional del inculpado, testimonios u otras que se requieran en el proceso.

Adicionalmente, se deben utilizar los medios tecnológicos más adecuados que permitan obtener la información pronta y oportuna para agilizar el desarrollo del proceso. Siempre que sea necesario recurrir al derecho de petición debe hacerse, ya que permite establecer tiempos de respuesta más rápida a los requerimientos.

Los funcionarios de los tribunales tienen la obligación de verificar la citación y notificación a los diferentes actores involucrados en los procesos.

Solo se justifica hacer una indagación preliminar cuando se requiere individualizar al autor o autores de la presunta falta.

En el caso de no adjuntar prueba sumaria para soportar la denuncia, se deben considerar las circunstancias particulares que impiden la presentación de la misma en el momento de aceptar la queja.

Cuando existen dudas sobre la existencia de una falta ética o sobre la licitud de las pruebas obtenidas, estas aclaraciones pueden ser hechas durante la etapa de investigación sin que se afecten las garantías procesales de las partes intervinientes.

Con relación a la indagación preliminar es necesario insistir que no es una etapa obligatoria dentro del proceso ético disciplinario y que los términos de tiempo, cuando se realiza, deben agilizarse con el fin de evitar demoras injustificadas que puedan llevar a la caducidad de la acción disciplinaria y a la preclusión del proceso. Adicionalmente, no menos importante es entender que la indagación preliminar, si se realiza, no conlleva a la presentación de un *INFORME DE CONCLUSIONES* por parte del magistrado designado para el caso; el informe de conclusiones corresponde a la presentación que el magistrado instructor del proceso hace después de haber sido abierta y perfeccionada la investigación, propone un proyecto de auto que permite a la Sala Plena del respectivo tribunal determinar si se decreta la preclusión del investigado o si se le formulan cargos por una posible infracción a la ley de ética médica, en caso de tener claridad sobre la no existencia de faltas a la ética médica o al levantamiento de pliego de cargos por encontrar mérito para acusar y continuar con el proceso disciplinario. Ni

la preclusión, al no encontrar méritos para elevar cargos, ni la formulación de los mismos, tienen recursos de reposición o apelación por parte de los sujetos procesales, como lo ha manifestado en múltiples providencias el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Si se tiene en cuenta el tiempo que transcurre entre la ocurrencia de los hechos, la presentación de la denuncia, sumados al de la etapa de indagación preliminar, muy probablemente no alcanzará el tiempo para la acción disciplinaria como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo Contencioso Administrativo (CPACA). El conocimiento y aplicación de la norma, nos obligará a los jueces a ser más diligentes y ágiles en los procesos disciplinarios para cumplir a cabalidad con la función de impartir justicia.

LECTURAS RECOMENDADAS

1. Gamarra Hernández G. Ley 23 de 1981: 40 años de vigencia. *Gaceta Jurisprudencial Tribunal Nacional de Ética Médica.* Mayo 2020; No. 38: 11-17.
2. Congreso de la República. Ley 23 de 1981 (febrero 18). Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica.
3. Decreto 3380 de 1981 (noviembre 30). Diario Oficial No. 35.914, del 30 de noviembre de 1981 Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.
4. Constitución Política de Colombia. 1991.
5. Congreso de la República. Ley 100 de 1993 (Diciembre 23). Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
6. Congreso de la República. Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751(16 de febrero de 2015), "*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".*
7. Congreso de la República. Ley 1164 de 2007 (octubre 3). Por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento humano en salud.
8. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011 (enero 18). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Maria Cecilia Cadena Lleras
Abogada Asesora
Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca

La notificación de los actos administrativos es un tema procesal, en cuanto es tratado en los diferentes códigos procesales. Se verifica en una serie de pasos o trámites cuya finalidad es enterar a los sujetos procesales de las decisiones de la administración. No obstante, también reviste carácter sustancial en cuanto su realización sin la observancia de los requerimientos legales conlleva su invalidez por vulneración al debido proceso y al derecho de defensa, afectando, así mismo, los términos de caducidad.

DEBIDO PROCESO

El debido proceso se encuentra consagrado como derecho fundamental en el Artículo 29 de la Constitución Política, indicando que *"...se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas."*

"La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia."[4]

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La Constitución Política en el Título VII – De La Rama Ejecutiva, Capítulo 5 – De La Función Administrativa, Artículo 209, indica los principios con fundamento en los cuales se desarrolla la función administrativa, dentro

4 Corte Constitucional, Sentencia C-341, 4 de junio de 2014, Expediente D-9945, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

de los cuales se encuentra el de publicidad, considerado como el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.

"Una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad, en virtud del cual, se impone a las autoridades judiciales y administrativas, el deber de hacer conocer a los administrados y a la comunidad en general, los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones y que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación, sanción o multa."[5]

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional el principio de publicidad se evidencia en dos dimensiones:

1. Como *"...el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación."*[6]

2. Como *"...el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley."*[7]

En **Sentencia C- 096 de 2001**, la Corte Constitucional indicó:

"[...] los actos de la administración solo le son ***oponibles*** *al afectado, a partir de su* ***real conocimiento****, es decir, desde la diligencia de* ***notificación personal*** *o, en caso de no ser ésta posible, desde la realización del hecho que permite suponer que tal conocimiento se produjo, ya sea porque se empleó un medio de comunicación de aquellos que hacen llegar la noticia a su destinatario final [...], o en razón de que el administrado demostró su conocimiento [...]."*[8] (Resaltado fuera del texto original)

"[...] la Corte no [...] puede considerar que se cumplió con el principio de publicidad, que el artículo 209 superior exige, por la simple introducción al correo de la copia del acto administrativo que el administrado debe

5 Ibídem

6 Ibídem

7 Ibídem

8 Corte Constitucional Sentencia C-096, 31 de enero de 2001, Expediente D-3102, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

conocer, sino que, para darle cabal cumplimiento a la disposición constitucional, ***debe entenderse que se ha dado publicidad a un acto administrativo de contenido particular, cuando el afectado recibe, efectivamente, la comunicación que lo contiene.”***[9] (Resaltado fuera del texto original)

En otra jurisprudencia la Corte Constitucional resalta que, sin importar la forma en que se notifique el acto administrativo, que define el legislador en cada procedimiento, lo importante es que el interesado conozca del mismo, para que se de cumplimiento al principio de publicidad. Veamos:

“...no existe un único medio idóneo para dar cumplimiento al ***principio de publicidad,*** *y que la Constitución Política no prescribe una sola forma para poner en conocimiento de los sujetos con interés jurídico en actuar, los hechos, actos o decisiones que les puedan afectar,* ***correspondiéndole al Legislador definir los diversos tipos de comunicación procesal, y su aplicación, según la materia del derecho de que se trate, los actos o providencias que se deban comunicar, las personas a quienes se comunique y la oportunidad en que ellas se dictan.*** *Así, lo importante es que el tercero afectado por la decisión conozca de la existencia de la medida administrativa –realizando el principio de la función pública de la publicidad-, sea por una comunicación a cargo de la administración, o bien por un conocimiento directo del aludido por la decisión administrativa por la notoriedad del acto, la ejecución del mismo, o incluso la acción directa del tercero.”*[10] (Resaltado fuera del texto original)

NOTIFICACION - CONCEPTO

“La ***notificación*** *es un* ***acto jurídico*** *por el cual se comunica legalmente a una persona una* ***resolución judicial*** *para que actúe procesalmente en el juicio mediante los actos que la* ***ley*** *pone a su disposición.”*[11]

Aplica igualmente a las actuaciones de carácter administrativo.
En la notificación no sólo se comunica de manera formal un acto

9 Ibídem

10 *Ibídem*

11 http://www.juicios.cl/dic300/NOTIFICACION.htm

administrativo al administrado, sino que, con dicho acto se permite el ejercicio del **derecho constitucional a la defensa**. Por lo mismo se explica que el acto de notificación debe desarrollarse con las máximas garantías y con todas las formalidades previstas en la ley, pues, al respetarse las mismas se tiene la certeza, o al menos la presunción, que el administrado tomó un cabal conocimiento del contenido del acto administrativo y por ende, se encuentra en la capacidad real de ejercer su defensa plenamente.

LA NOTIFICACION EN LA LEY 23 DE 1981

La Ley 23 de 1981 no menciona lo relativo a la notificación de los actos administrativos o resoluciones que se profieren dentro de los procesos ético disciplinarios que, como sabemos, son procesos administrativos de carácter sancionatorio.

Por su parte el Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 de 1981, mencionaba en su artículo 41 que la notificación del escrito de cargos al inculpado debía realizarse conforme lo previsto por el Decreto 2733 de 1959, por el cual se reglamentaba el derecho de petición y se dictaban normas sobre procedimientos administrativos, decreto que fue derogado por el Decreto 01 de 1984, a su vez derogado por la Ley 1437 de 2011. Por su parte, el artículo 46 del Decreto 3380 de 1981 trataba de la notificación del pronunciamiento de fondo al profesional acusado, la que debía surtirse de forma personal, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la decisión e indicaba que pasado dicho término la notificación se debía surtir por edicto, forma ésta de notificación que desapareció en el Código General del Proceso.

Cabe agregar que el Decreto 780 de 2016 por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, modificó los artículos 41 y 46 del Decreto 3380 de 1981, actualizando su contenido con la normatividad vigente, quedando del siguiente tenor:

Artículo 2.7.2.2.1.2.10 Notificación de cargos. *El escrito en el cual se le hacen saber los cargos al inculpado, deberá notificársele en la forma establecida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
(Art. 41 de/Decreto 3380 de 1981)

Artículo 2.7.2.2.1.2.15 Notificación de la decisión. *La notificación del pronunciamiento de fondo se hará personalmente al profesional acusado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cada una de estas decisiones. (Art. 46 del Decreto 3380 de 1981)*

Entonces, la notificación de la resolución mediante la cual se formula cargos al médico investigado debe notificarse conforme lo indica el CPACA y la resolución que emite el pronunciamiento de fondo se debe notificar de forma personal, sin que se indique como proceder cuando dicha notificación no es posible realizarla. No obstante, considerando que el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 fue derogado tácitamente por el artículo 47 del CPACA, conforme el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2016, con radicados 110012-03-06-000-2015-00169-00 y 110012-03-06-000-2016-00136-00, y que, también conforme dicho concepto, frente a los vacíos normativos debemos aplicar en primer lugar las normas sobre el proceso administrativo sancionatorio y en segundo lugar las normas sobre el procedimiento administrativo general, resulta claro que en materia de notificaciones debemos atender lo previsto en los artículos 56 y 65 y ss. del CPACA.

LA NOTIFICACION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (CPACA)

La primera parte del CPACA, título 3, capítulo 5, artículos 65 y ss., trata de las publicaciones, citaciones, comunicaciones y notificaciones. El artículo 66 trata del deber de notificar los actos administrativos de carácter particular y concreto, así:

Artículo 66. Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. *Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.*

Las formas de notificación previstas por el CPACA son las siguientes:

1. **Notificación Personal**

La notificación personal *"...se efectúa de forma directa y personalmente al propio interesado, o a su representante procesal, en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona destinataria."*[12]

La notificación personal es la forma principal de notificación de los actos administrativos y sólo si no puede realizarse se debe acudir a otro tipo de notificación. Está reglamentada en el artículo 67 del CPACA, así:

"Artículo 67. Notificación personal. *Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.*

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. *Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.*

   (…)

2. *En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos."* (Resaltado fuera del texto original)

Conforme el artículo transcrito, las personas a quienes se debe realizar la notificación del acto administrativo que pone término al proceso ético disciplinario, que tramitan los Tribunal de Ética Médica, son:

12 https://dpej.rae.es/lema/notificaci%C3%B3n-personal

A. Al interesado, esto es al médico o médicos investigados y al quejoso (artículo 38 CPACA).

B. Al apoderado del médico investigado (o del quejoso), reconocido legalmente dentro del proceso.

C. Al autorizado por el médico investigado (o por el quejoso). El autorizado puede ser cualquier persona (no se requiere que sea abogado) al que haya designado el médico investigado para notificarse, en su nombre, del contenido del acto administrativo. El autorizado deberá presentar escrito simple en tal sentido, es decir, no se requiere que tenga presentación personal en notaría, y está facultado para notificarse personalmente del acto administrativo a nombre del médico y recibir, en su nombre, copia del acto administrativo notificado. No está facultado para interponer recursos ni realizar ninguna otra manifestación respecto al acto administrativo notificado y si las hiciere se tendrán por no escritas o no realizadas, conforme lo previsto por el artículo 71 del CPACA.

Para que la diligencia de notificación personal sea válida se requiere que se cumpla lo siguiente, enunciado en el artículo que venimos comentando:

a) Entregar al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo.
b) Anotar la fecha y hora en que se realiza la notificación.
c) Anotar los recursos que legalmente proceden contra el acto administrativo notificado, así como las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. Esta anotación puede realizarse dentro del acta de notificación personal o dentro del correo electrónico enviado a la persona por notificar. Es aconsejable incluir dentro de la parte resolutiva del acto administrativo un numeral que indique estos requerimientos, es decir, los recursos que proceden contra el acto administrativo proferido, la autoridad ante quien se deben interponer y los plazos para hacerlo o, alternativamente, que contra el acto administrativo no procede recurso alguno.

La notificación por medios electrónicos se considera una forma de notificación personal y, en circunstancias normales, procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera. Se encuentra reglamentada en el artículo 56 del CPACA, así:

"Artículo 56. Notificación electrónica. *Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.*

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

(...)

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración." (Subrayado y resaltado fuera del texto original)

En el contexto de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a consecuencia de la pandemia ocasionada por el Coronavirus SARS-Cov-2 (COVID 19), emergencia que ha sido prorrogada en múltiples ocasiones, siendo, a la fecha, la última prorroga, la decretada mediante la Resolución 1315 del 27 de agosto de 2021, hasta el 30 de noviembre de 2021, contamos con el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, el cual señaló en su artículo 4 que, mientras permanezca vigente dicha emergencia sanitaria, la comunicación o notificación de los actos administrativos se hará por medio electrónicos. Es así que "…*en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización."* Por su parte, *"...en las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la expedición del presente Decreto, los administrados deberán indicar a la autoridad competente la dirección electrónica en la cual recibirán notificaciones o comunicaciones."* Y recalca lo siguiente (en consonancia con lo previsto por los artículos 56 y 67 del CPACA):

"El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. ***La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración."*** (Subrayado y resaltado fuera del texto original)

Veamos que no basta con el envío del mensaje mediante el correo electrónico con el documento que contiene el acto administrativo a notificar adjunto, ni tampoco con la confirmación automática de recibido del mensaje, pues la notificación se cumple, realmente, cuando el administrado accede al documento adjunto que contiene ese correo electrónico, por lo que, en nuestro caso, el Tribunal debe certificar, a través del servicio correspondiente, la fecha y hora en que el sujeto notificado accedió a ese documento adjunto y anexar la constancia en tal sentido al expediente o, alternativamente, obtener la confirmación directa del interesado que recibió el mensaje y pudo acceder al documento adjunto.

El artículo 68 del CPACA establece la forma como se debe citar a la persona interesada para que concurra a la notificación personal de un acto administrativo. La forma más común es enviarle un oficio a la dirección física o de correo electrónico que figuren en el expediente, indicándole que debe presentarse de forma personal a la Secretaría Administrativa del Tribunal a efectos de surtir la notificación personal del acto administrativo correspondiente. El envío de ese oficio se debe realizar, según el artículo citado, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto administrativo, dejando la respectiva constancia dentro del expediente. Si se desconociere las direcciones (física y de correo electrónico), el oficio deberá publicarse en la página web de la entidad o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco días. Es importante advertir que este oficio (en el que se invita al interesado a presentarse personalmente en las instalaciones de la entidad para surtir la notificación personal del acto administrativo que se enuncia) no puede confundirse con la notificación personal en sí misma, la cual se cumple cuando el interesado accede al acto administrativo, sea porque se le entregó una copia al momento de suscribir el acta en la sede de la entidad o porque se obtuvo confirmación que la persona accedió al documento adjunto remitido mediante correo electrónico.

2. **Notificación por aviso**

Cuando no sea posible realizar la notificación personal al cabo de los cinco días del envío de la citación, sea porque el interesado no se presentó en la Secretaría Administrativa del Tribunal o porque no se pudo obtener certificación que, efectivamente, accedió al acto administrativo contenido en el documento adjunto del correo electrónico, se debe proceder a realizar

la notificación por aviso, prevista en el artículo 69 del CPACA.

El aviso se debe enviar, mediante correo certificado, a la dirección o al correo electrónico que figuren en el expediente, acompañado de copia íntegra del acto administrativo.

El aviso debe cumplir los siguientes requerimientos previstos en el artículo en comento:

a) Indicar la fecha de expedición del aviso.
b) Indicar la fecha del acto administrativo que se notifica.
c) La autoridad que expidió el acto administrativo (en nuestro caso el Tribunal de Ética Médica correspondiente indicando el presidente, los magistrados y el abogado secretario que suscriben el acto administrativo).
d) Los recursos que legalmente proceden (o si no procede recurso alguno).
e) Las autoridades ante quienes deben interponerse esos recursos (si proceden).
f) Los plazos legales en que pueden ser interpuestos dichos recursos (cuando proceden).
g) Debe contener la advertencia que "…la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino." (Artículo 69 CPACA – Subrayado y resaltado fuera del texto original)

El aviso, junto con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página web y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad, por el término de cinco días, y con la advertencia que "…*la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso."* (Artículo 69 CPACA). La publicación del aviso procede en los siguientes casos:

A. Cuando se desconozca la información sobre el destinatario (dirección física y dirección de correo electrónica).
B. Cuando se haya generado devolución del aviso por parte de la compañía de correo certificado o cuando el servicio web de correo certificado indique que no se ha podido certificar que el destinatario ha accedido al documento adjunto enviado en el mensaje de correo electrónico.
C. En el caso específico de los Tribunales de Ética Médica, cuando la resolución se refiera en general a los médicos adscritos a una IPS que atendieron al paciente durante una estadía hospitalaria. Por ejemplo, en la resolución en que, conforme al artículo 80 de la Ley 23 de 1981, se resuelve

> no formular cargos contra los médicos adscritos a la Clínica XXX, que atendieron al paciente XXX en las fechas XXX, es procedente la publicación del aviso, en cuanto no es posible realizar la notificación personal de forma indeterminada.

Finalmente, se debe dejar constancia dentro del expediente de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación (esto es, al finalizar el día siguiente de la entrega del aviso en el lugar de destino o al finalizar el día siguiente de retiro del aviso en caso de su publicación).

3. Notificación por conducta concluyente

La notificación por conducta concluyente es una *"Forma subsidiaria de notificación que se tiene por válidamente realizada cuando, no habiéndose practicado notificación personal, o habiéndose hecho de forma irregular, la persona sobre quien recaen los efectos de la decisión o su defensor se refiere a la resolución notificada en escrito suyo o en otra forma se manifiesta sabedora o enterada de ella por cualquier medio escrito o hace gestión con relación a la misma. Dicha manifestación o gestión surte los efectos de una notificación personal. Por ejemplo, … a quien interpone y sustenta apelación contra una sentencia se le tiene por notificado de la misma."*[13] Se encuentra prevista en el artículo 72 del CPACA, así:

"Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente. *Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales."*

Es importante resaltar lo manifestado en el artículo 72 transcrito, en cuanto que si no se notifica el acto administrativo dando cumplimiento a las previsiones señaladas, no sólo no se tendrá por hecha la notificación, sino que la decisión no producirá efectos legales, por lo que no se interrumpirá el término de caducidad, corriendo entonces el riesgo que opere dicho término dentro del proceso ético disciplinario de que se trate, por lo que debemos ser muy cuidadosos en realizar las notificaciones de los actos administrativos proferidos dentro de los procesos ético disciplinarios conforme lo indican las normas del CPACA.

13 https://dpej.rae.es/lema/notificaci%C3%B3n-por-conducta-concluyente

Finalmente, es importante advertir que, al tenor de lo previsto en el artículo 38 del CPACA, las decisiones de fondo que se profieran dentro del proceso ético disciplinario, en especial las que le dan fin al mismo, deben ser notificadas al quejoso de forma personal y subsidiariamente por aviso, siguiendo las mismas reglas ya expuestas. Si se desconoce su domicilio, es decir si no se tiene dirección física ni de correo electrónico del quejoso, se debe publicar la parte resolutiva del acto administrativo en la página web de la entidad y en un medio masivo de comunicación territorial (artículo 73 del CPACA).

6.- Si el investigado considera que se le han vulnerado sus derechos, puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

EL OLVIDO, UN NUEVO DERECHO EN EL ÁMBITO SANCIONATORIO.

Edgar Saavedra Rojas.

> "***Un nuevo derecho: el derecho al olvido, y un viejo conflicto: la colisión de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas con las libertades de información y de expresión***. Eva R. Jordà Capitán." *

Definitivamente, como lo han venido manifestando autores especializados, prácticamente desde todas las vertientes de la rosa de los vientos, nos encontramos en la Era Digital, porque es una realidad que hoy, toda la vida de los Estados y de las Naciones, tanto colectiva, como individualmente, dependen en su funcionamiento, de los nuevos y portentosos sistemas digitales, en todos y cada uno de los aspectos de la vida individual y comunitaria.

Por el cumplimiento de las leyes Malthusianas, en cuanto al crecimiento geométrico de la población, el manejo de los datos, de toda naturaleza, se hace imposible por los métodos tradicionales, debiéndose recurrir a los sistemas de comunicación digital y a las soluciones que nos ofrecen los computadores y la informática en general.

Los bancos de datos y la proliferación de las redes sociales, constituyen verdaderas fuentes de riesgo por la existencia de información vital, que una vez difundida por estos medios, puede llegar a ocasionar verdaderas tragedias colectivas, cataclismos económicos, o a producir graves daños al buen nombre y la intimidad de las personas, o de inmensos grupos sociales.

Son fenómenos de reciente aparición, que han tenido un crecimiento explosivo.

* “La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos”. Directoras. Eva R. Jordà Capitán. Verónica de Priego Fernández. E. Reus. Madrid 2014.

tanto, que como lo denunciara el chileno, Novoa Monreal, cuando estos fenómenos tecnológicos apenas se comenzaban a vislumbrar, en su obra: “El derecho como obstáculo al desarrollo social“ [14], porque en la mayoría de los casos las soluciones legales y jurídicas frente a los nuevos descubrimientos tecnológicos siempre van a la saga de los mismos, y ocurre lamentablemente, que pese al desarrollo generalizado de algunos de éstos fenómenos sociales, derivados de nuevos descubrimientos tecnológicos, el derecho no ofrece de manera oportuna respuestas para regularlos, limitarlos y sancionarlos, cuando de su ejercicio se derivan graves riesgos, daños o afectaciones a los derechos fundamentales de la persona y peligrosas trabas en el funcionamiento del Estado en relación con la convivencia comunitaria.

Como consecuencia de toda esta fenomenología, existen en el mundo, infinidad de bancos de datos que contienen toda la información que es posible recaudar respecto de todos y cada uno de los habitantes del planeta tierra, información que debidamente cruzada y armonizada, nos proporciona, un perfil personalizado de cada individuo, una imagen fiel, exhaustiva y completa de cada ser humano, de todo su quehacer existencial, a lo largo y ancho de todo el planeta. Es una vívida y real imagen de la persona, en sus aspectos laborales, de salud, sociales, religiosos, financieros, familiares, sanitarios, políticos, culturales, sexuales, de antecedentes penales, disciplinarios, crediticios, y todos los datos concernientes a cada ser humano, en absolutamente todas las informaciones referidas a su existencia, que en el caso de ser revelados pueden ocasionar graves perjuicios e inclusive, peligrosas tragedias.

Es obvio, que dependiendo del manejo que se le dé a esta información, los potenciales daños que pueden ocasionar a los Estados, a las sociedades nacionales, a las empresas y a las personas, podrían ser catastróficos e irremediables, sobre todo en relación con temas de seguridad nacional, políticos, de salud, de macroeconomía, perjuicios industriales, financieros, económicos, al buen nombre, y a la intimidad de las personas naturales y jurídicas.

14 El Derecho como obstáculo al desarrollo social. Eduardo Novoa Monreal. E. Siglo XXI. México.

Uno de los grandes problemas derivados de estas novedosas tecnologías es el relacionado con la permanencia de la información, pues se discute el tema de la caducidad, es decir, cuánto tiempo puede o debe permanecer una información en esos registros o bancos de datos, al igual que en las redes sociales, y, sobre todo, si se trata de registros negativos sobre una persona determinada.

Creemos con el debido respeto por el legislador y de lo sostenido por la Honorable Corte Constitucional, que al problema de la permanencia o de la caducidad del dato negativo, no se le puede dar una solución única, porque tratándose de diversidad de archivos, unos de naturaleza privada y otros de naturaleza pública; unos abiertos al publico y otros con reserva legal; otros son de libre circulación como ocurre con los datos que son registrados en las redes sociales y otros reservados, pero a los que se puede tener acceso por determinadas personas o instituciones. Esa absoluta divergencia sobre la naturaleza de los archivos, por su contenido y su alcance depende el tiempo de permanencia del dato en dichos archivos y el tiempo de caducidad previsto para cada uno de ellos, o incluso la imposible caducidad de determinados archivos, como ocurre en todo lo relacionado con la seguridad nacional.

Partiendo del concepto anterior, consideramos que teniendo en cuenta los más relevantes, podemos clasificar los archivos que pueden contener datos negativos de las personas en cuatro grandes grupos a saber:

1. Los datos negativos que son registrados en las redes sociales;
2. Los datos negativos que aparecen reseñados en los archivos privados de organizaciones comerciales y financieras, respecto de clientes morosos o incumplidos con sus obligaciones civiles y comerciales;
3. Los datos negativos que son registrados en los archivos públicos, como consecuencia de decisiones judiciales condenatorias por hechos delictivos, contravencionales o por faltas disciplinaria; y
4. Los registros públicos, relacionados con la seguridad nacional y con la macroeconomía del país, que son reservados por la ley, que de manera general no tienen tiempo de caducidad, o en ocasiones la norma establece el transcurso de un largo período de tiempo para ser desclasificados, es decir, se señala normativamente el tiempo de caducidad de los datos negativos.

Frente a la diversidad de archivos, y la profunda diferencia entre los contenidos de los mismos, es imposible en nuestro criterio que se llegara a señalar un tiempo de caducidad del dato negativo igual para todos.

Es evidente que el respeto del principio de proporcionalidad impide que a esta diversidad de datos negativos se les pueda dar un tiempo de caducidad uniforme para todos. Lo anterior, porque los datos negativos de las redes sociales, que operan como modernos medios de comunicación, igual informan sobre hechos ciertos y en ocasiones sobre hechos falsos o parcialmente ciertos, situación que lleva al ciudadano afectado con una noticia falsa a reaccionar de la misma manera que se responde ante las noticias de la prensa, frente a la cual se puede exigir la correspondiente rectificación, cuando la información ofrecida al gran público no corresponde a la verdad; situación diversa son los archivos de las grandes organizaciones comerciales y financieras que necesitan tener un listado permanente de los clientes morosos o incumplidos, son archivos privados y su administración y caducidad está debidamente regulada por diversas leyes [15]. Otros son los archivos sobre antecedentes judiciales que son eminentemente públicos, solo regulados antitécnicamente por un artículo de una ley, y conjuntamente con otra clase de decisiones, contravencionales, disciplinarias e incluso decisiones administrativas no condenatorias; y finalmente los archivos sobre la seguridad nacional y algunos de los secretos de Estado que son totalmente reservados y cuya caducidad o desclasificación solo solo podría estar regulado por una ley.

Esta diversidad de contenidos y de diversas naturalezas impone en nuestro criterio, que sean regulados por leyes especiales, dictadas para cada una de esas diversas clases de archivos públicos o privados.

Hay un problema grave y todavía no solucionado, porque en relación con las redes, se trata de gigantescas corporaciones que tienen sus sedes centrales en países casi que insignificantes, pero sus efectos y consecuencias se irrigan por todo el planeta, haciendo muy difícil, cuando no imposible controlar sus actividades a nivel del contenido de sus informaciones. Es tan compleja la conformación de estas compañías, que recientemente el

15 Ley 594 de 2000. Ley General de Archivos Públicos y Privados.
Ley 1273 de 2009. Ley de Preservación de datos.
Ley Estatutaria 1266 de 2008. De Habeas Data sobre información financiera, comercial y crediticia.
Ley Estatutaria 1581 de 2012, sobre protección de datos personales.
Ley 1712 de 2014, Ley de transparencia y derecho de acceso a la información Pública Nacional.

Grupo G 7, que reúne a los países tecnológicamente más desarrollados, acaban de aprobar la propuesta del presidente Biden, para cobrarles un 2% de impuesto por las transacciones que se desarrollen en cada país donde tiene alcance sus redes, porque hasta el momento solo tributan, ínfimos impuestos en los pequeños países donde tienen el registro jurídico de las mismas.

En relación con su origen y el alcance de lo que comprende respecto de los datos registrados y conservados son destacados por la profesora María Álvarez Caro al sostener:

> "El derecho al olvido encuentra sus raíces en el derecho a la intimidad (*the right to privacy* en su denominación en inglés) y en el derecho a la protección de datos personales, pudiendo considerarse que el derecho al olvido deriva de ellos. En nuestro ordenamiento jurídico, primero se ha producido el reconocimiento del derecho a la intimidad y, posteriormente, se ha reconocido el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente, tal y como ha dejado claro el Tribunal Constitucional.
> (…)
> De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán surge la teoría de las tres esferas, según la cual habrá una esfera íntima (*Intim sphäre*), que iría referido a lo más secreto del individuo; la esfera privada (*Privat sphäre*), similar a la *privacy* anglosajona y similar a nuestro derecho a la intimidad, conteniendo la vida privada y las relaciones familiares y personales; y, por último, la esfera individual (*Individual sphäre*), que hace alusión a aspectos ligados a la intimidad pero incluidos dentro de ella como el honor y la propia imagen. Partiendo de esta teoría, se puede hablar de tres esféricas concéntricas, como son la de lo íntimo, la de lo privado y la de lo público.
> (…)
> Desantes y Soria son dos importantes autores que abanderan la teoría de las tres esferas. Estos autores destacan que el Tribunal Constitucional Español cita la esfera de la intimidad y destaca que, rodeándola, está la vida privada y todo lo que queda fuera de ella, constituye la vida pública. Los citados autores para deslindar la intimidad de la vida privada apuntan que: "el primer rasgo de lo íntimo es su apego al núcleo de la personalidad". Según Desantes,

> "la intimidad es lo que queda de la piel del hombre hacia dentro, sentimientos, apetencias, inclinaciones, ideas, etc". En línea con esto, son varios autores, y asimismo la propia jurisprudencia española, que respaldan la diferencia entre vida privada e intimidad. Si bien tanto el propio Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo español apuntan la diferencia entre vida privada e intimidad, el Constitucional es más difuso y ambiguo en esta diferenciación frente al Tribunal Supremo. A este respecto el Tribunal Supremo deja bien clara esta diferenciación destacando, en la sentencia ST de 20 de febrero de 1989 que, " la esfera privada (…..) incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares(….)". Por tanto, se puede concluir que el Alto Tribunal español da un distinto tratamiento a la intimidad y a la vida privada. En la misma línea, algunos autores justifican estas diferencias de forma amplia.
>
> (…)
>
> A la hora de analizar el origen del derecho al olvido, se detecta una clara conexión con el derecho a la intimidad (*The right to privacy*) en su terminología en inglés o más bien podría llegar a considerarse como una derivación del derecho a la intimidad [16].

De la misma manera se ha planteado si los errores, equivocaciones, o transgresiones legales cometidas por una persona deben mantenerse a lo largo de toda su vida, sin que exista la posibilidad de una rehabilitación social por no haber persistido en la consumación de tales hechos reprochables, y por el contrario, por haberse vinculado socialmente a la comunidad.

Esta problemática ha llevado a algunos a hablar de la necesidad de que exista un término de caducidad de ciertos datos, es decir, que la información existente en tales bancos, solo debe permanecer por un tiempo determinado, e incluso se está hablando de un nuevo derecho: ***"el del olvido"***, según el cual, los datos negativos relacionados con una persona determinada deben ser completamente borrados después de haber pasado un determinado transcurso de tiempo.

16 Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital. María Álvarez Caro. E. Reus Madrid 2015. Premio de Investigación de la Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid. E. Reus Madrid 2015.

Es una interesante propuesta, pero creemos que necesariamente hay que distinguir entre la clase y naturaleza de los registros, porque no se pueden dimensionar en la misma balanza, los registros negativos de carácter comercial y financiero, con los registros negativos en el derecho disciplinario y aún, más grave, los registros de sentencias penales condenatorias, al igual que otro tipo de datos que pueden llegar a presentar un peligro social o estatal, como es el caso de la información sobre enfermedades peligrosas y contagiosas padecidas por una determinada persona. Incluso dentro del ámbito de los delitos creemos que no se puede generalizar para incluirlos todos en una misma bolsa, porque sus dimensiones axiológicas son diametralmente diferentes, de la misma manera que el dato registrado en relación a las infracciones legales, tiene diversos objetivos y finalidades, de allí, que consideremos que el legislador debe reglamentar la temática y debe hacerlo de una manera individualizada, porque unos datos son de naturaleza comercial o financiera, otros son los registros contravencionales y disciplinarios y finalmente los datos delictivos en su vasta complejidad como trataremos de demostrarlo más adelante.

Nos parece que este nuevo derecho debe ser regulado normativamente, porque las complejidades de los registros, refiriéndonos únicamente a los antecedentes judiciales son de muy diversa complejidad y creemos que no se podría predicar el derecho al olvido respecto de la totalidad de los registros negativos. Personalmente ponemos en duda la posibilidad de consagrar este derecho respecto de los reincidentes, de los delincuentes patológicos, de los responsables de delitos tan graves y universalmente reprochados como los delitos de genocidio, de lesa humanidad, los crímenes de guerra, los delitos que tengan como víctimas a los niños, los delitos de narcotráfico y de manera general, los que son consecuencia de organizaciones profesionalizadas del delito, de los grupos subversivos y terroristas, para no citar sino unos cuántos, a los que en nuestro concepto aplicarles el derecho al olvido, constituiría un peligro no solo para las personas individualmente consideradas, sino para el propio Estado y obviamente para toda la Nación.

La aseveración anterior, porque tenemos que reconocer que de ese nuevo derecho, ***"el del olvido"***, relacionado con el pasado que nos avergüenza, surge una colisión o confrontación de derechos, de un lado, el de la persona reseñada, que tiene derecho a que el pasado negro que lo aflige sea olvidado, -además que constituye un elemento esencial en el proceso

de rehabilitación de quien en el pasado se equivocó-, y por tanto a que desaparezcan todos los registros que sobre el mismo existan; y de otro lado, el derecho a la información a que tiene derecho la comunidad y todos y cada uno de sus integrantes, porque no podemos menos que preguntarnos, ¿acaso el paciente no tiene el derecho a saber que el médico al que busca para que le brinde un determinado tratamiento, ha sido sancionado disciplinariamente por graves faltas a su idoneidad profesional?; es decir, estamos hablando del ***"derecho de los otros"***, es decir, la protección de los intereses de la comunidad en general, que como es obvio tiene derecho a tener conocimiento de todo lo que pueda afectarla negativamente y a defenderse de próximos y futuros peligros o ataques a sus derechos fundamentales. Porque es una realidad que cuando se comienzan a hacer los planteamientos en pro del derecho al olvido, de manera inmediata se entra en confrontación con el derecho a la información.

El artículo 4º de la Ley 1712 de 2014, define así el derecho a la información:

> "ARTÍCULO 4o. ***CONCEPTO DEL DERECHO***. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. ***El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente***. ***Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática***.
>
> El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, ***veraz***, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos.(Lo destacado no lo es en el texto).

La Corte Constitucional en la Sentencia C 274 de 2013, M.P. María Victoria Calle C. analiza el concepto anterior de la siguiente manera:

> "El artículo establece que el titular del derecho es universal, al señalar que "*toda persona*" puede conocer la información pública, con lo cual se asegura que ésta deba ser entregada sin que sea necesario acreditar un interés directo o una afectación personal.

El objeto sobre el cual recae la posibilidad de acceso a información en posesión o control de un sujeto obligado no sólo es la información misma, sino también su existencia, lo cual resulta particularmente relevante frente a restricciones a la publicidad de la información.[196]

En tercer lugar, el artículo reitera que el derecho sólo puede ser restringible excepcionalmente por expreso mandato constitucional o legal. Tales restricciones deben ser además limitadas, proporcionales y acordes con los principios de una sociedad democrática, lo cual resulta concordante con las exigencias constitucionales señaladas en los artículos 74 y 209 Superiores y con la jurisprudencia de esta Corporación en materia de acceso a la información pública.

Sobre este punto resulta relevante recordar las reglas jurisprudencias que deben cumplirse al establecer restricciones a la publicidad de la información, a fin de dar claridad a las condiciones que deben atenderse cuando se pretenda oponerse a la publicidad de un documento o información, dado que tales requisitos fueron recogidos de manera sumaria en esta disposición. En la sentencia T-451 de 2011 la Corte resumió los requisitos en los siguientes términos:

Las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada. A este respecto la Corte ha señalado que existe una clara obligación del servidor público de motivar la decisión que niega el acceso a información pública y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley. En particular debe indicar expresamente la norma en la cual se funda la reserva, por esta vía el asunto puede ser sometido a controles disciplinarios, administrativos e incluso judiciales [197]*. Los límites del derecho de acceso a la información pública deben estar fijados en la ley, por lo tanto, no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza, por ejemplo, actos administrativos* [198]*. No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que*

discrecionalmente consideren adecuado. La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas. Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad (principio de proporcionalidad en sentido estricto), es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad [199]. *Así, por ejemplo, se han considerado legítimas las reservas establecidas (1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) para asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales.*

Estas reglas, incorporadas en la norma bajo examen, deberán ser respetadas estrictamente por los sujetos obligados por la presente ley[17].

Antes de ser promulgada la ley estatutaria anterior, la Corte Constitucional había definido y señalado el alcance del derecho a la información al considerar:

"Para la Constitución la garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública. Las decisiones o actuaciones de los servidores públicos que no se quieren mostrar son usualmente aquellas que no se pueden justificar. Y el uso secreto e injustificado del poder del Estado repugna al Estado de derecho y al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática. En efecto,

17 Sentencia C 274 de 2013, M.P. María Victoria Calle C.

la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexos. En este sentido, la Corte ha reiterado que el acceso a información y documentación oficial, constituye una condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos del gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición. Finalmente, la Corte ha encontrado que el derecho de acceso a la información pública es una herramienta fundamental para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y el derecho a la memoria histórica de la sociedad.
(…)

La Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una

> determinada información. En particular la Corte ha señalado que la finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede establecerse la reserva de cierta información. Sin embargo, en cada caso es necesario "acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva". En otras palabras, no basta con apelar a la fórmula genérica "defensa y seguridad del Estado" para que cualquier restricción resulte admisible. Adicionalmente es necesario que se satisfagan los restantes requisitos que han sido mencionados [18].

Por ello, antecedentemente, afirmábamos que era indispensable hacer una clasificación de los datos que podrían ser acreedores al derecho al olvido, porque una situación bien diferente es la del ciudadano, que por esas circunstancias críticas por la que todos hemos pasado en la vida, haya incumplido una obligación civil o financiera, y otra muy diferente es el de la persona que ha sido condenada como autor responsable de una grave infracción disciplinaria o penal, cuya reiteración es posible en el futuro; frente a la opción de la reincidencia y ante la imposibilidad de evitarla, habría que entrar a distinguir entre antecedentes de delincuentes ocasionales, los casos de delincuencia menor, y la de los delincuentes profesionales y habituales dentro de los que se encuentran casos de peligrosa criminalidad, y habría que distinguir igualmente entre la delincuencia de los normales y la de los patológicos, de los de mínima gravedad y de los que son la expresión de las formas más graves y atemorizantes de la criminalidad, entre las que se encuentran aquellos con cuyas conductas se ponen en peligro la subsistencia del Estado, de la Nación, de los medios de producción y empleo, de los recursos naturales y de la persona como individuo.

Creemos que ***"el olvido"*** podría ser susceptible de ser concedido para algunas de esas clases de criminalidad, y por el contrario, imposible de pensar en relación con otras expresiones del crimen, porque el olvido de ese pasado ocasionaría las más diversas consecuencias en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales del ser humano, y podrían poner en peligro la existencia del Estado, y de la Nación.

18 Sentencia C 491 2006.M.P. Jaime Córdoba T.

Además, la posibilidad de su reglamentación exige que se haga un estudio pormenorizado de la legislación existente, porque la mayoría de ella se promulgó cuando aún no se hablaba de este derecho, y por tanto hay que tratar de compaginar las inhabilidades intemporales creadas por el Constituyente, con una serie de normas penales, procesales, penitenciarias, civiles y de otras especialidades que tienen previsiones normativas en relación con las pasadas infracciones a la ley. Creemos que es imposible regular desde la perspectiva penal y disciplinaria el derecho al olvido, sin haber ajustado esta nueva concepción con la legislación existente.

Lo anterior, porque como ya se anotó los problemas de adopción de esta nueva visión, la del olvido, chocan con algunas previsiones constitucionales, tema que trataremos más adelante, porque existen con esa categorización una serie de inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar ciertos cargos del Estado, como son los requisitos para el desempeño de cargos en el sector público, y en las altas dignidades del Estado, para los que hayan sido condenados a pena privativa de la libertad, por delitos comunes intencionales o dolosos, en cualquier tiempo.

Este problema de rango constitucional es uno de los mayores obstáculos para que el derecho al olvido tenga arraigo universal entre nosotros.

De la aparición de éste nuevo fenómeno social, cultural y tecnológico, ha surgido la postulación de un nuevo derecho hasta ahora no imaginado y mucho menos formulado con anterioridad, que consistiría en el derecho que tienen las personas a las que en su pasado consumaron conductas negativas, de hacer borrar esas constancias vergonzosas involucradas en su pasado personal. Es decir, que ***"el derecho al olvido"***, pretende o ataca la perennidad o permanencia indefinida de datos negativos relacionados con una persona, en Internet, en los bancos de datos, en las conocidas redes sociales y en los archivos públicos y privados.

Ubicados en el ámbito nacional, se tendría que hacer una muy cuidadosa ponderación de los derechos en conflicto, y de manera necesaria sería menester proponerla desde la base constitucional, particularmente partiendo de la previsión contenida en el artículo 1º, al determinarse que Colombia es un Estado Social de Derecho que se encuentra: "….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***."

El español Pere Simón Castellano en relación con éste nuevo derecho nos enseña:

"***En los últimos años la expresión "derecho al olvido" se ha planteado esencialmente como reacción a la perennidad de la información en la red, es decir, como una garantía del individuo frente al tratamiento masivo y descontrolado de datos personales que puede darse en Internet. El derecho al olvido ha aparecido así en el debate público europeo como consecuencia de la progresiva exposición del individuo al universo digital que permite el recuerdo perfecto del pasado***. Uno de los primeros expertos que atacó la problemática de la perennidad de la información en la web fue Alex Türk, ex-presidente de la *Comissión Nationale de l´Informatique et des libertés,* quien entendió el derecho al olvido digital – *droit à l´oubli numérique* –, como un derecho a desaparecer del sistema, que incorpora la facultad de impedir que terceros accedan a la información que carece de notoriedad pública, y que nosotros mismos o terceros hemos compartido a través de Internet. Sin embargo, por aquel entonces ***la doctrina francesa ya había reconocido la existencia de un derecho al olvido –droit á l`oubli– general, que concede al individuo el control sobre su pasado, y que tiene su fundamento en instituciones jurídicas como la amnistía, la prescripción de los antecedentes penales y la anonimización o disociación de los datos personales que contienen las sentencias*** [19]. El objeto y contenido de ambos derechos ha sido conectado por diferentes autores; de hecho, uno de los principales quebraderos de cabeza doctrinales consiste en determinar si el derecho al olvido digital –*droit á l`oubli numérique*– bebe de la misma fundamentación jurídica que el genérico derecho al olvido -*droit á l`oubli*-. La cuestión no es para nada baladí, puesto que no es lo mismo definir el derecho al olvido con un único pilar jurídico- constitucional, –el derecho a la protección de datos-, y más concretamente, como una simple manifestación de la facultad de cancelación de los datos, que hacerlo como un derecho a equivocarse y volver a empezar[20]. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la transcripción anterior se hacen trascendentales afirmaciones que en

19 Todo esto ha llevado a la doctrina francesa a establecer con claridad que la amnistía es un ejemplo, al igual que lo es la prescripción de los antecedentes penales y la ocultación de los datos personales en los textos de las sentencias, de la existencia de un derecho general al olvido. Véase Letteron, Roseline; " *Le droit á l`oubli* ", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L`etranger*, num 2, 1996, págs. 389 y 390

20 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 452 y s. Madrid 2013.

nuestro criterio deben ser objeto de un especial análisis, para que finalmente podamos llegar a las conclusiones que en nuestro concepto estén acordes con nuestra normatividad y con nuestra cultura.

De entrada, debemos comenzar sosteniendo que en principio estamos de acuerdo con ese nuevo derecho, pero estimamos que su otorgamiento no puede hacerse de manera generalizada para todos los casos, sino que sería indispensable realizar una adecuada ponderación de las conductas, o casos que pueden ser susceptibles para que se les reconozca el derecho al olvido y a cuáles no.

Y al reconocerse un derecho al olvido parcial, no por todas las conductas delictivas, no se estaría vulnerando en nuestro criterio el principio constitucional a la igualdad, precisamente porque ese reconocimiento parcial del derecho al olvido, parte precisamente de la desigualdad de tales conductas, en su gravedad, en su rechazo social, y en el peligro social que pueden representar en caso de aplicarse el derecho al olvido para toda clase de registros negativos.

Hay especialmente un aspecto que destacar en la cita precedentemente presentada, cuando en referencia al pensamiento de Alex Türk, el francés que formuló entre los primeros la problemática del derecho al olvido, cuando al definirlo sostiene: "…***como un derecho a desaparecer del sistema, que incorpora la facultad de impedir que terceros accedan a la información que carece de notoriedad pública….".*** Es claro que desde su formulación se estableció una limitante, y por tanto, no lo podríamos entender como un derecho universal y de carácter absoluto, porque aquí se hace referencia a impedir que terceros accedan a información que carece de notoriedad pública, es decir, que aquella en la que existe interés general y público, no aplicaría, o por lo menos, no de manera general a toda clase de registros.

Entendiéndolo de tal manera, debemos concluir que fue concebido como un derecho al olvido de ciertas informaciones, siempre y cuando las mismas no tengan notoriedad pública; y si así se entiende, tendríamos que concluir que desde el nacimiento de este novedoso derecho, se plantea como uno, restringido a olvidar ciertos datos del pasado, siempre y cuando los mismos carezcan de notoriedad pública, caso en el cual no entrarían dentro de esta nueva concepción los datos relacionados con condenas

penales o contravencionales, que evidentemente tienen claro interés y notoriedad pública.

Se anota que la doctrina francesa ha reconocido el derecho al olvido, como la facultad que le concede al individuo tener el control sobre su pasado, pero es obvio que no se trata de una afirmación de carácter absoluta, porque cuando ese pasado afecta derechos sociales y comunitarios y además puede llegar a constituir un peligro futuro, creemos que es imposible borrar totalmente ese pasado. Por eso igualmente la doctrina ha hecho exclusión de la información que tiene notoriedad pública, porque nunca cuando se hable del derecho al olvido, puede olvidarse de su contrapartida: el derecho a la información.

Si estamos en presencia de un derecho tan importante como el de la información, modulado por el principio consagrado en el artículo 1º de la Carta, sobre la preeminencia del interés general sobre el individual, tendríamos que concluir de manera necesaria, que cuando el dato del pasado conservado en un archivo público, por la gravedad del mismo, pueda considerarse que puede llegar a constituir un peligro para la comunidad o para cualquiera de sus miembros, habría de determinarse en la imposible aplicación del derecho al olvido.

En el ámbito del ejercicio profesional de la medicina, hay faltas de faltas, porque una es la omisión de un médico por no haber elaborado la historia clínica como se demanda normativamente, y otra muy distinta la del médico que por falta de idoneidad profesional por carecer de la correspondiente especialización, ocasiona la muerte de un paciente o le causa peligrosos daños a la vida, a la salud o a la estética corporal. Respecto de la primera falta no existiría la más mínima duda de aplicarle el derecho al olvido, no así en el caso del ejercicio ilegal de la profesión, porque en tan precarias condiciones de formación académica y profesional, ese médico se convierte en un constante y permanente peligro social.

No se debe olvidar, que el "***derecho al olvido***", afecta o vulnera el derecho a la información y cuando se trate de imponer o justificar al uno, no se puede olvidar el otro que es su correspondiente, y nos parece que en ocasiones, sus defensores, entre ellos nuestra Corte Constitucional, han argumentado a su favor omitiendo hacer las consideraciones en pro del derecho a la información, porque no nos oponemos a su aceptación, siempre y cuando

ello no termine por desconocer el necesario derecho social a la información. Porque como ya se comentó, nadie se opone a olvidar la infracción disciplinaria cometida por el médico, que incurre en faltas leves a la ética médica por descuido, fatiga o exceso de trabajo, o aplicar el derecho al olvido a las faltas de un profesional de la medicina, siempre y cuando el derecho al olvido que se aplique a este infractor no vaya a afectar la vida y la salud, de los futuros pacientes que acudan al consultorio de este profesional de la medicina, y que como consecuencia del reconocimiento o de la aplicación del derecho al olvido, este reconocido derecho se constituya en causa directa de la muerte o de graves consecuencias a la vida, a la salud o a la imagen corporal de esas personas.

Y ubicados en las faltas profesionales, es imposible pensar en aplicar el derecho al olvido en relación con los ingenieros responsables del diseño y los cálculos del puente en la carretera a los Llanos Orientales que se derrumbó, o del edificio de Medellín que igualmente cayó como consecuencia de cálculos estructurales errados.

Entendemos las inquietudes y las aspiraciones de los pensadores que propusieron el reconocimiento del olvido como un nuevo derecho, y es una realidad que las informaciones que aparecen en la red, además de ser incuantificables, son prácticamente incontroladas y ello sucede, porque las mismas trascienden todas las fronteras nacionales, de allí que en países precisamente no democráticos, para evitar la "contaminación ideológica" que transmiten y producen las redes, optan por impedir que las mismas puedan ser consultadas por sus nacionales. Por su universalización en ocasiones se convierten en informaciones incontroladas e incontrolables.

El autor citado nos informa que fue Alex Türk, uno de los primeros que visualizó este derecho como la facultad de "impedir que terceros accedan a la información que carece de notoriedad pública", por ello habla del derecho al olvido en la red, es decir que desde esta perspectiva, el derecho al olvido, no comprendería lo relacionado con los archivos públicos, o por lo menos las anotaciones más graves, que podrían ser trascendentes para los miembros de la Nación.

Afirma luego que la doctrina francesa en aquel tiempo había reconocido la existencia de un derecho al olvido general, que concede la facultad a la persona a tener el control sobre su pasado y que tiene fundamento en

instituciones como la amnistía, la prescripción de los antecedentes penales y la supresión de los datos personales contenidos en las sentencias.

Es evidente que la doctrina francesa tiene una mayor amplitud en su visión, puesto que comprende no solo el olvido digital, y no solo los datos personales privados, sino que formulan un derecho al olvido general, que comprendería incluso las sentencias condenatorias en materia penal, aspecto en el cual lo proponen para borrar el pasado criminal del afectado, con la ocultación o supresión de los datos personales contenidos en las sentencias.

Primero que todo debemos advertir, que entre el derecho al olvido y la prescripción no existen similitudes, como lo proponen los franceses, porque es una realidad que el legislador le ha señalado una serie de finalidades a la pena[21], y para que algunas de ellas se puedan cumplir, es indispensable que la sanción se imponga en el sitio en el que ocurrieron los hechos, y en la medida de lo posible, que la sentencia se dicte en el menor tiempo posible a partir de la ocurrencia de los hechos.

Se trata ante todo de una limitación al poder punitivo del Estado, tanto en el aspecto persecutorio, prescripción de la acción, como en el aspecto sancionatorio, prescripción de la pena. Tanto la prescripción de la acción como de la pena, tienen como finalidad fundamental evitar la persecución indefinida por parte del Estado, y en el hecho que con el paso del tiempo, todo se olvida y pierde sentido castigar a quien cometió hechos delictivos desde tiempos muy remotos, de los que ya nadie o muy pocos tienen noticia, cuando la aplicación del castigo no se justifica porque ya nadie recuerda los hechos, ni tampoco la pena cumple su función de intimidación y prevención delictiva.

Igualmente con los propósitos de facilitar la investigación de los hechos y que el castigo cumpla con las funciones impuestas normativamente a la pena, se establece la competencia territorial, según la cual el juez del sitio de la ocurrencia, tiene la competencia para investigar los hechos delictivos que ocurren en el territorio señalado a su competencia [22].

21 C. P. Ley 599 de 2000. ARTICULO 4o. ***FUNCIONES DE LA PENA***. ***La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado***. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. (Lo destacado no lo es en el texto).

22 C. de P. P. Arts. 32 y ss, Ley 906 de 2004.

Con fundamento en los dos principios anteriores, el de la pena y sus finalidades y el de la competencia, se busca que el castigo cumpla con el objetivo de la prevención general, en cuanto a que el Estado envía un mensaje a los miembros de la Nación, informándoles que esos delincuentes fueron condenados por contravenir las disposiciones normativas y que el mismo castigo recibirán todos los que realicen conductas antijurídicas similares.

Con la competencia territorial se busca, que el delincuente sea investigado y castigado en el sitio o región donde cometió sus crímenes, para que los miembros de la comunidad se den cuenta que el Estado cumple con sus funciones constitucionales, de la misma manera que se enteren del estricto cumplimiento de la ley, para alejar a los demás miembros de la comunidad, de la inclinación de cometer ciertos hechos delictivos.

Es claro que cuando pasa mucho tiempo sin que el Estado pueda llegar a dictar sentencia definitiva sobre un determinado caso, es una falla evidente de la administración en la prestación del servicio público más importante que el Estado presta a sus súbditos que no es otro que el de la Administración de Justicia.

Pero de manera paralela esas fallas del Estado en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, hace que la pena no pueda cumplir con sus finalidades de prevención general y particular, porque cuando finalmente el Estado condena a una persona muchos años después de haberse realizado la conducta ilícita es claro que ya los ciudadanos no recuerden los hechos, y el castigo tardíamente impuesto pierde su eficacia en el cumplimiento de sus objetivos.

Es por las razones precedentes que en prácticamente todas las legislaciones se crea la prescripción, como una especie de castigo para las deficiencias del Estado, y como un claro reconocimiento de que los castigos tardíos pierden su poder intimidatorio y su eficiencia. No constituye entonces la prescripción ni un olvido de las conductas ilícitas realizadas, ni un perdón concedido por el Estado, sino que se trata de un expreso reconocimiento de que la justicia tardía no es justicia, y que la pena en tales circunstancias de morosidad no cumple los objetivos que le ha señalado la ley.

Se trata entonces de dos instituciones diferentes, la prescripción es la

pérdida de la facultad perseguidora o sancionadora del Estado, y el derecho al olvido es la de borrar o suprimir los antecedentes negativos o suprimir los datos de personas que sirvan para identificar al responsable, que necesariamente aparecen en las sentencias judiciales.

La amnistía[23], si bien es cierto que etimológicamente significa olvidar el delito cometido en el pasado, es un olvido de naturaleza e interés eminentemente político, y ello surge con claridad de las disposiciones constitucionales que la consagran, porque en el artículo 150.17, se establece que esta facultad del Congreso solo podrá ser concedida por motivos políticos y solo por graves motivos de conveniencia pública [24], mientras que en el artículo 30 transitorio se autorizó al Gobierno Nacional para: "….conceder indultos o amnistías por delitos políticos,…… a miembros de grupos guerrilleros que reincorporen a la vida civil, en los términos de la política de reconciliación" [25].

Los objetivos de la amnistía y el indulto, son los de buscar de manera general la reconciliación política entre los miembros de la comunidad, superar la radicalización y la polarización entre los miembros de la sociedad, que en muchos capítulos de la historia, por motivos eminentemente políticos y sociales, fracturan la armonía que debe existir entre los miembros de la Nación.

23 **Amnistía**. Gracia del soberano, por la cual quiere que se olvide lo que por algún pueblo o persona se ha hecho con él o contra sus órdenes; o bien: el olvido general de los delitos cometidos contra el Estado.
No ha de confundirse la amnistía con el perdón. El conde de Peyronnet, ministro que fue de Carlos X, rey de Francia, marcó ingeniosamente sus diferencias en una obra muy curiosa que contiene las máximas siguientes: Amnistía es abolición, olvido. Perdón es indulgencia, piedad. Cuando Trasíbulo arrojó a los treinta tiranos, estableció una ley, a la que los Atenienses dieron el título de Amnistía, que quiere decir olvido. En ella se mandaba que a nadie se inquietase por sus anteriores acciones, y de aquí nos ha venido el acto y aún el nombre". Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia por Don Joaquín Escriche. Pág. 153. Garnier Hermanos, Libreros-Editores, París. Sin año de Edición.

24 ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

……..

17. ***Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos.*** En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar. (Lo destacado no lo es en el texto).

25 ARTICULO TRANSITORIO 30. ***Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación.*** Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima. (Lo destacado no lo es en el texto).

El olvido como derecho a dominar los aspectos negativos de la vida pasada está estructurado por otras motivaciones, como es el reconocimiento de un hecho simple en la existencia del ser humano, el hombre se equivoca en el decurso de su ciclo vital y tales errores no pueden condicionar su vida por el resto de la misma.

Es un derecho consagrado para todos los habitantes del territorio nacional y si es el olvido digital, estaría dirigido a hacer borrar anotaciones negativas que aparezcan en las redes y en los bancos de datos; si se piensa en el derecho al olvido de carácter general, ya incluiría igualmente archivos públicos y constancias o decisiones, relacionadas con errores y equivocaciones sobre la vida pasada que consten en documentos públicos y de manera más concreta en sentencias judiciales o disciplinarias condenatorias.

Consideramos entonces que no se puede afirmar que el reconocimiento del derecho al olvido, tiene su fundamento en instituciones como la amnistía y la prescripción penal, y por el contrario, nos parece que tiene por lo menos una naturaleza parcialmente similar a la figura de la rehabilitación de derechos políticos y funciones públicas, porque los condenados a una determinada pena, luego del transcurso de un período de tiempo y el lleno de ciertos requisitos tienen derecho a solicitar y que se les conceda la rehabilitación de derechos políticos y funciones públicas [26], readquiriendo

26 ARTICULO 92. ***LA REHABILITACION***. La rehabilitación de derechos afectados por una pena privativa de los mismos, cuando se imponga como accesoria, operará conforme a las siguientes reglas:
1. Una vez transcurrido el término impuesto en la sentencia, la rehabilitación operará de derecho. Para ello bastará que el interesado formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante la autoridad correspondiente.
2. Antes del vencimiento del término previsto en la sentencia podrá solicitarse la rehabilitación cuando la persona haya observado intachable conducta personal, familiar, social y no haya evadido la ejecución de la pena; allegando copia de la cartilla biográfica, dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad que den cuenta de la conducta observada después de la condena, certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada y comprobación del pago de los perjuicios civiles.
En este evento, si la pena privativa de derechos no concurriere con una privativa de la libertad, la rehabilitación podrá pedirse dos (2) años después de la ejecutoria de la sentencia que la impuso, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.
Si la pena privativa de derechos concurriere con una privativa de la libertad, solo podrá pedirse la rehabilitación después de dos (2) años contados a partir del día en que el condenado haya cumplido la pena privativa de la libertad, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.
3. Cuando en la sentencia se otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y no se exceptúa de ella la pena accesoria, ésta se extinguirá con el cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo.
Cuando, por el contrario, concedido el beneficio en mención, se exceptúa de éste la pena accesoria, su rehabilitación sólo podrá solicitarse dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia en que fue impuesta, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.
No procede la rehabilitación en el evento contemplado en el inciso 5 del artículo 1221093 de la Constitución Política.

de esta manera sus calidades y sus derechos como ciudadanos, el derecho a elegir y ser elegidos con la salvedad que algunos de los más altos cargos de la estructura política del Estado, y el ingreso al servicio público, exigen para su desempeño que no hayan sido condenados por delitos comunes dolosos, o por cierta clase de actividades delictivas. -art 122 C.P-.

Pero pese a tener un cierto parecido, la rehabilitación se circunscribe a los derechos y funciones públicas, y en ningún momento se hace referencia al olvido total de lo negativamente realizado. Incluso la rehabilitación en relación con los derechos políticos es limitada, porque pese a la rehabilitación, esa persona no podría aspirar a determinados altas dignidades del Estado, como sería la presidencia de la República, congresista, magistrado de la República, ni poderse vincular como servidor público, cuando se han consumado ciertos delitos específicamente enumerados en el artículo 122 de la Carta.

Nos parece que podría ser la rehabilitación, la figura que podría extenderse en sus efectos para que se pueda aplicar entre nosotros el derecho al olvido, pero nuevamente insistimos que debe tratarse de un estudio muy cuidadoso de los hechos para los cuales se pueda aplicar, porque solo en el ámbito penal existen delitos de la más variada gravedad, de la misma manera que no pueden tratarse o medirse con la misma vara, las infracciones delictivas y las contravencionales o disciplinarias.

Podría entonces pensarse en una reforma a la actual rehabilitación de derechos políticos, adicionándole algunas de las características del derecho al olvido, pero una vez previamente se haya hecho un estudio cuidadoso de las consecuencias que sobre este derecho tienen las inhabilidades

---

ARTÍCULO 480. ***CONCESIÓN***. La rehabilitación de derechos y funciones públicas la concederá el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, previa solicitud del condenado de acuerdo con las normas del presente capítulo y dentro de los plazos determinados por el Código Penal.

La providencia que concede la rehabilitación será publicada en la Gaceta Oficial del respectivo departamento.

ARTÍCULO 481. ***ANEXOS A LA SOLICITUD DE REHABILITACIÓN***. Con la solicitud de rehabilitación se presentarán:

1. Copias de las sentencias de primera, de segunda instancia y de casación si fuere el caso.
2. Copia de la cartilla biográfica.
3. Dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad, sobre la conducta observada después de la condena.
4. Certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada, si fuere el caso.
5. Comprobación del pago de los perjuicios civiles cuando fuere posible.
6. Certificado del Departamento Administrativo de Seguridad y de la Procuraduría General de la Nación.

intemporales existentes en la Carta, una vez se haya analizado la función que cumplen los antecedentes constitucionalmente creados en el ejercicio de la función judicial y penitenciaria y una vez se haya hecho un estudio muy ponderado de a qué delitos, contravenciones y faltas disciplinarias que por su gravedad no les sería aplicable el derecho al olvido.

Ya vimos como en el ámbito puramente disciplinario el derecho al olvido tendría sus diferencias de aplicación de conformidad con la gravedad de las infracciones, porque nunca se podrá aplicar el derecho al olvido, sin tener en cuenta las consecuencias que su reconocimiento tendría sobre su oponente: el derecho a la información. Y sobre las graves consecuencias que se podrían sobrevenir sobre los pacientes que no pudieran recibir la información sobre la pericia e idoneidad, o sobre las inclinaciones sexuales desviadas de los profesionales de la salud que los van a tratar.

El mismo autor nos da una idea de lo que se debería entender por derecho al olvido informático al sostener:

> "En cualquier caso, y a pesar de la extensión diferenciada del derecho al olvido, ambas tradiciones jurídicas tienen puntos de encuentro, y uno de ellos sería el reconocimiento de ***un derecho al olvido digital entendido como la facultad de suprimir, cancelar e impedir la divulgación de los datos personales cuando estos no son necesarios para cumplir la finalidad por la que fueron recabados y divulgados, o cuando existen otras finalidades legítimas –informativa, histórica, estadística, datos de interés público por afectación a la salud pública, etc.- que prevalecen.*** En este marco se ubica la propuesta europea de Reglamento general de protección de datos que ya incluye una definición de derecho al olvido que, a mi juicio, es pacífica y permite adherir a ella los países que provienen de diferentes culturas jurídicas. Más concretamente, el considerando 53 de la propuesta de Reglamento europeo dice así:
>
> "A los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, ***en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo***, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento o de que el tratamiento de datos personales no

> se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el presente Reglamento" [27]. (Lo destacado no lo es en texto).

Es importante destacar que el olvido digital no se entiende como un derecho de carácter absoluto y el mismo solo puede ser reconocido, cuando los datos existentes en un banco, ya no sean necesarios para cumplir las finalidades para las cuales fueron recopilados o también, cuando existan otras finalidades legítimas que justifiquen la necesidad de que sigan haciendo parte de un determinado banco de datos, por necesidades informativas, históricas, estadísticas, datos de interés público por afectación a la salud pública por ejemplo, caso en los cuales deben prevalecer estas finalidades, por ser de interés general.

El autor español antes citado, plantea precisamente la relatividad del derecho al olvido cuando sostiene:

> "Hasta hace bien poco, cuando alguien se equivocaba, podía rectificar, cambiar, enmendar los errores del pasado. La capacidad limitada de la memoria humana propiciaba un automático proceso de olvido de los "malos recuerdos", del pasado. Sin embargo, la progresiva universalización del Internet, que combina una ingente capacidad de almacenaje como motores de búsqueda que permiten localizarla con extrema facilidad, puede significar el fin del olvido. ***En cierto modo, la información personal queda grabada en la red como si se tratara de un tatuaje que nos persigue de por vida. Esa característica de la Red de redes, la perennidad de la información que en ella se comparte, plantea dudas e interrogantes jurídicos acerca de las facultades que los individuos tienen para hacerle frente y que, por lo general, se han tratado de responder con la aplicación de los principios del derecho a la protección de datos personales. ¿Pueden los ciudadanos cancelar los datos personales que libremente han compartido en el universo?. ¿El titular de los datos tiene el control sobre ellos cuando es un tercero quién los ha difundido sin su consentimiento en las redes sociales?. ¿Se puede evitar o impedir que las informaciones perjudiciales del pasado sean el primer resultado de búsqueda cuando alguien introduce nuestro nombre y apellido en el buscador web?. ¿Cuáles son los***

27 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 455. Madrid 2013.

límites del derecho al olvido digital?. Es decir, ¿qué información es susceptible de ser cancelada a pesar de que su titular quiera limitar su conocimiento?.[28]

La relatividad del derecho al olvido surge no solo de los registros negativos cuya cancelación se considere posible teniendo en cuenta no solo el interés particular de quien así aparece registrado, sino teniendo en cuenta lo dispuesto por la normatividad de cada país, de conformidad con los intereses públicos y sociales puestos en juego, con la posibilidad de que la cancelación del registro negativo efectivamente se haga.

Para que un registro negativo pueda ser cancelado, desde la perspectiva teórica, es indispensable que carezca de notoriedad pública, que con su cancelación no se pongan en peligro los intereses sociales y públicos de la Nación, porque en relación con este novedoso derecho no se pueden dar soluciones de carácter general, porque el interés social impone que se precise cuáles son los registros que no afectan los intereses de la mayoría, como podría ser la situación de suprimir el registro sanitario de la persona que sufre de una grave, peligrosa y contagiosa enfermedad, o la situación de un delincuente habitual o patológico, o la un médico que sin tener especialización en una determinada rama de su ciencia, la ejerce públicamente y oferta todo tipo de cirugías y tratamientos dentro de la misma. Nos parece que en este tipo de delicados casos se estaría dando prelación al interés individual de aplicarse en un caso de estos el derecho al olvido, desconociéndose el derecho a la información que tienen todos los miembros de la comunidad.

Las inhabilidades intemporales en la Carta Política.

Las circunstancias anteriores relativizan la eventual aplicación generalizada del derecho al olvido, razón por la cual iniciaremos un análisis de nuestra normatividad, que a nivel constitucional traza parámetros que harían imposible la aplicación del derecho al olvido para determinados casos, específicamente contemplados en la Carta Política.

Efectivamente la Constitución consagra inhabilidades de carácter intemporal para efectos del desempeño de ciertos altos cargos de la

28 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 451. Madrid 2013.

burocracia oficial, y por la comisión de ciertos delitos, para tener acceso a los empleos públicos en general. Esta intemporalidad de las inhabilidades surge del hecho de una persona haber sido condenado a pena privativa de la libertad, por la comisión de delitos comunes de naturaleza intencional; para consagrarlas en la mayoría de los casos, se hace con la utilización gramatical de las siguientes expresiones: "..***en cualquier tiempo***.." -art. 122, o "…***en cualquier época***.." -art. 179.1-. La consagración constitucional de estas inhabilidades intemporales se hace en los siguientes artículos: 122[29], 179.1 [30], 197 [31], 232 [32], 249 [33], 264 [34] y 267 [35].

29 ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
(…)
<Inciso modificado por el artículo 4̲10679 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, ***no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior***. (Lo destacado no lo es en el texto).

30 ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:
1. ***Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.***
(…) (Lo destacado no lo es en el texto).

31 ARTICULO 197. Artículo modificado por el artículo 2̲15822 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos.
No podrá ser elegido presidente de la República o vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179̲15823, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:" (Lo destacado no lo es en el texto).

32 ARTICULO 232. Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:
1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser abogado.
3. ***No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos***. (Lo destacado no lo es en el texto).

33 ARTICULO 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.
El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. ***Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.*** La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. (Lo destacado no lo es en el texto).

34 ARTICULO 264. Artículo modificado por el artículo 1̲418838 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, ***tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia*** y podrán ser reelegidos por una sola vez.
(….) (Lo destacado no lo es en el texto).

35 ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

En el artículo 122, se consagra una inhabilidad intemporal especial en cuanto a que no pueden ser inscritos para ser: "…candidatos a elección ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, ***en cualquier tiempo***, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior."

Es importante destacar que en esta norma se extienden las inhabilidades intemporales a los candidatos a cargos de elección popular, a los elegidos, y a los que pudieran ser designados para cualquier cargo público, de la misma manera que la inhabilidad se extiende a la imposibilidad de contratar con el estado personalmente, o por interpuesta persona. Y esta inhabilidad surge para los que sean condenados por la consumación de delitos que afecten el tesoro público, o por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o delitos relacionados con el narcotráfico consumados en Colombia o en el exterior.

Por tratarse de una inhabilidad intemporal para el desempeño de cualquier cargo público, es absolutamente claro que cualquier aspirante a inscribirse como candidato para un cargo de elección popular, desde simples ediles en las alcaldías locales, hasta la Presidencia de la República, o al Congreso Nacional, tendrán que presentar un certificado de antecedentes donde aparezcan la totalidad de todas las sentencias que contra los mismos se hayan dictado en cualquier tiempo. El mismo proceder debe cumplir el que quiera posesionarse en cualquier cargo público por haber sido designado para el mismo. En tales circunstancias de constitucionalidad es imposible pensar en este tipo de casos dar aplicación al derecho al olvido.

(…)
Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.
No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. ***Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese que, por la gravedad de los delitos considerados para consagrar la inhabilidad, la misma ya no es para el desempeño de altos cargos en la jerarquía del Estado, sino que se hace extensiva para ser candidato a cualquier cargo de elección popular o para el desempeño de cualquier cargo público. Y téngase en cuenta que el constituyente para cerrar el acceso a cargos públicos de cualquier naturaleza, incluidos los de más ínfima categoría, se seleccionan graves conductas delictivas, que tienen reproche de todos los miembros de la Nación. Es por lo anterior, que insistimos que en nuestro personal criterio el derecho al olvido no podría ser decretado para todos los delitos, ni para todas las contravenciones o faltas disciplinarias, porque dentro de la escala de los valores aceptados por la nacionalidad, hay algunos que por su gravedad no pueden merecer ningún tipo de beneficios.

Nos parece que se trata de una consideración axiológica adecuada, porque el rechazo ético que tienen tan graves formas de la criminalidad, escuda y protege a la administración para que a ella no puedan tener acceso los más peligrosos exponentes de la criminalidad, ni los responsables de las más reprochables modalidades de la delincuencia.

Es por este tipo de consideraciones que no podemos aceptar que cuando se establezca la caducidad del dato negativo, se agrupen en una misma bolsa, conductas de muy claras diferencias axiológicas, como si todas contemplaran comportamientos de una misma gravedad.

Es importante destacar que en realidad de verdad, son dos clases de inhabilidades intemporales creadas por el constituyente, de un lado la que se acaba de destacar consagrada en el artículo 122, y las restantes, en los artículos antes citados, en los que la inhabilidad surge por el hecho de haber sido condenados a pena privativa de la libertad por delitos comunes, de naturaleza intencional, es decir que quedan descartados los delitos políticos, los culposos y aquellos que no tienen asignada pena privativa de la libertad.

A pesar de que más adelante trataremos a mayor profundidad esta temática, debemos manifestar nuestro desacuerdo con la Sentencia 1066 de 2002, en la que se resolvió la constitucionalidad condicionada del último inciso del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario que dispone:

> "***Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro***."

Este inciso fue declarado condicionalmente exequible: "…en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento".
Y nuestro desacuerdo se funda, en el hecho de haberse olvidado que las inhabilidades intemporales de creación constitucional que antes se enumeraron, deben ser registradas en todo certificado, necesario para contratar con el Estado, para inscribirse como candidato a cargos de elección popular, o para posesionarse en un determinado cargo público.

Se les olvidó al ponente y a la Honorable Corporación la existencia de las llamadas inhabilidades intemporales, y en tales circunstancias es absolutamente claro que se trata de un fallo de constitucionalidad, perfectamente contrario a los preceptos de la Carta, porque al declararse la constitucionalidad condicionada en el sentido de que solo se deben registrar los antecedentes de los últimos cinco años, se terminó vulnerando el contenido de los artículos de la Constitución Política, que establecen que para la candidatura o para el ejercicio de cargos públicos, deben certificarse todas las condenas, emitidas "***en cualquier tiempo***" o "***en cualquier época***". Por efectos de la supremacía constitucional, es claro que ni una ley ordinaria, ni una decisión de constitucionalidad pueden desconocer las previsiones de la Carta [36]. Lo más grave es que esta errónea decisión fue ratificada en la Sentencia SU 458 de 2012 cuando se sostuvo:

"29. La segunda. En Sentencia C-1066 de 2002 la Corte declara la constitucionalidad condicionada de la norma del Código Disciplinario Único (art. 174) que exigía la certificación de todas las inscripciones por faltas disciplinarias del interesado para efectos de acceder a la función pública, bajo el entendido de que las inscripciones están sometidas a un término de caducidad de 5 años cuando no se trate de inhabilidades vitalicias. El argumento principal de la decisión se soportó en la existencia del **"*derecho al olvido*"** y en el principio de caducidad del dato negativo,

36 ARTICULO 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.***
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Lo destacado no lo es en el texto).

bajo la aplicación analógica de la regla jurisprudencial que había operado en el caso de los datos negativos de carácter crediticio. Para la Corte "*las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos (...) el derecho al olvido, planteado en relación con la información negativa referente a las actividades crediticias y financieras, es aplicable también a la información negativa concerniente a otras actividades, que se haya recogido en bancos de datos (...) por existir las mismas razones y porque dicha disposición no contempla excepciones*." En conclusión, la administración de la información sobre el registro unificado de antecedentes, "*integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 Superior*" se someterá a "*un término de caducidad razonable, de modo que los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares que ejercen o han ejercido funciones públicas o tienen o han tenido la condición de contratistas estatales no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro*".

El precedente de la Sentencia C-1066 de 2002 tiene fuerza regulatoria sobre el asunto sometido a revisión. La identidad entre los casos se soporta en los elementos de publicidad indiscriminada de información relacionada con sanciones. La Corte, a partir de la consideración de la información como información negativa (sic) limitó las condiciones de publicidad de la misma a partir de la base de datos, no obstante que los soportes de dicha información son documentos públicos (providencias sancionatorias). Esto es, independientemente de que se trate de información proveniente de soportes que sean documentos públicos, la información personal negativa está sometida, cuando es objeto de administración en base de datos, al principio de caducidad, y por ende el acceso a ella, vía base de datos, está limitado en el tiempo.

Por otro lado, la Corte no estudia en este caso si mantener información personal sobre sanciones disciplinarias (excluyendo inhabilidades intemporales) y facilitar su acceso indiscriminado cumple o no una función constitucionalmente legítima. No obstante, es posible inferir del propio principio de caducidad que, una vez se cumple dicho término, la información no debe ser publicada porque pierde relevancia y deja de ser útil. Conservarla, por el contrario, supondría someter al titular de la información "*por tiempo indefinido" "a los efectos negativos de dicho*

registro". [37]

Nos parece igualmente peligrosa la consideración que se hace en la parte destacada de la cita cuando se asevera, que la información proveniente de documentos públicos, independientemente de tal situación, porque cuando son objeto de administración en base de datos están sometidos al principio de la caducidad[38] .

Y es una grave afirmación de la Corte Constitucional, porque la caducidad del dato negativo se consagró en la Ley Estatutaria 1266 de 2008, por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países. Y nos parece grave la afirmación, porque pese a que en el artículo 2º se dice que sus previsiones se aplican. " … a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada…..", ello no es así, y no puede serlo, no solo para los registros que producen las inhabilidades intemporales, sino para los registros públicos de sentencias judiciales condenatorias, porque no se pueden parangonar una serie de registros de carácter financiero, crediticio, comerciales, y de servicios, con todos los registros existentes sobre la delincuencia del país.

El legislador se equivoca al determina que las disposiciones de esa ley se aplican a todas las bases de datos personales de naturaleza pública o privada, y este error de interpretación surge del contenido del artículo 15 constitucional que al consagrar el habeas data lo consagra para toda clase archivos públicos y privados. Pero al entrar el legislador a dictar una ley estatutaria "Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países", no ha tenido porqué incluir los archivos públicos que nada tienen que ver con ese tipo de archivos, y es desde toda perspectiva pensar que los archivos sobre antecedentes judiciales pudieran administrarse de la misma manera y con fundamento en los mismos principios que las bases de datos de riesgos comerciales y financieros.

Después de transcurrido cierto tiempo los datos registrados en los bancos de datos dejan de tener importancia como afectantes del pasado de una persona, porque es importante destacar que en algunos de estos últimos

37 Sentencia SU 458 12. M.P. Adriana M. Guillén A.

38 ***"Esto es, independientemente de que se trate de información proveniente de soportes que sean documentos públicos, la información personal negativa está sometida, cuando es objeto de administración en base de datos, al principio de caducidad, y por ende el acceso a ella, vía base de datos, está limitado en el tiempo***.

casos la información deja de ser personalizada, puesto que se convierten en cifras estadísticas, y ubicados en esta posición, es evidente que el dato negativo no afecta a las personas a las que se refiere, porque en ese tipo de casos no importa la individualización del condenado, sino el simple dato estadístico.

Diversa es la situación en otro tipo de casos, como es el relacionado con la salud pública, porque es evidente que frente a enfermedades infectocontagiosas es absolutamente necesario conservar la individualización del dato. Frente a este tipo de situaciones tan peligrosas para la conservación de la salud pública, desaparece el secreto profesional [39], de la misma manera que no se puede pensar en la aplicación del derecho al olvido.

La profesora María Álvarez Cano, en relación con lo que debe entenderse por este nuevo derecho nos dice:

> "El hecho de que el derecho al olvido esté ligado al arrepentimiento o al derecho al borrado, nos puede llevar a la conclusión de que el derecho al olvido parte de la premisa de veracidad de los datos.

39 **ARTÍCULO 37.** Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales. Sentencia C-264 del 13 de junio de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. **PRIMERO.-** Declarar **EXEQUIBLE** la frase demandada del artículo 37 de la Ley 23 de 1981, que reza "(...) salvo en los casos contemplados por disposiciones legales", pero sólo en relación con las hipótesis contenidas en el artículo 38 de la misma Ley y con las salvedades que se establecen en los numerales siguientes.
ARTÍCULO 38. Teniendo en cuenta los consejos que dicten la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer: **SEGUNDO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el primer inciso del artículo 38 de la Ley 23 de 1981. Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga. **TERCERO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el literal a) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981. A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento. **CUARTO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el literal b) del artículo 38 la Ley 23 de 1981, salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello. A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces. **QUINTO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el literal c) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad.
d. A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley. **SEXTO.-** Declarar **EXEQUIBLE** la primera frase del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente.
SEPTIMO.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse respecto de la frase "en los casos previstos por la ley" del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981. e.A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia. **OCTAVO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el literal e) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo. Sentencia C-264 del 13 de junio de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

> Así como una calumnia o injuria implica el insulto, descalificativo o imputación falsa de un delito, el ejercicio del derecho al olvido iría referido al derecho a eliminar datos de la Red que el interesado considere que le perjudican aunque estos datos se ajusten a una realidad pasada. Por tanto, podría definirse como ***el derecho a equivocarse o a que una equivocación pasada no marque y determine la vida de un individuo que, por definición, no es otra cosa que un proceso evolutivo, una secuencia de aciertos y errores en proceso de conformación, de cambio, y de evolución constante***. "La existencia humana es la manifestación más acusada del devenir, porque el hombre no está hecho, sino que se hace a sí mismo, y no puede suspender su autocreación ni un instante" [40].

No calificaríamos el hecho del ser humano a equivocarse en el decurso de su vida como un derecho, sino que la secuencia de los aciertos y desaciertos en la vida de una persona es una realidad inevitable, que sucede, independientemente de la voluntad y del querer del individuo. Lo que constituye un derecho es la facultad que tiene el ciudadano de acudir ante los administradores de un banco de datos que tiene registrados datos negativos de su vida pasada, a que se los borren, siempre y cuando no tenga repercusiones de naturaleza pública.

Creemos, y esto es muy importante en la concepción y reconocimiento del derecho al olvido, que no es un derecho absoluto, y que por tanto en ninguna parte se ha consagrado como el derecho a que la persona pretenda se le borren todas las informaciones negativas que sobre ella existan registradas, porque como ya se ha advertido por algunos de los autores citados, cuando están de por medio la seguridad nacional o los intereses generales de la comunidad, el derecho al olvido no es aplicable en determinados casos. De la misma manera que el derecho a la información en algunos casos impide el reconocimiento o la implantación del derecho al olvido.

Lo primero que se debe resolver es que el derecho al olvido y la caducidad de la información, en principio se ha discutido con relación a datos que existen fundamentalmente en archivos privados, informaciones insertas en las redes sociales, que en un momento determinado pueden volverse perjudiciales para la persona a la que se hace referencia, o que claramente

40 Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital. Premio de Investigación de la Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid. María Álvarez Caro. Págs. 68 y 69 E. Reus Madrid 2015.

son negativos, y el derecho, o la facultad que tiene esa persona para hacer borrar esa información negativa o perjudicial. Pero hay autores que se han referido al derecho al olvido, como la facultad del interesado para cancelar o hacer borrar cualquier información negativa sobre su pasado

En tal sentido Pere Simón Castellano nos informa:

> "…., el derecho al olvido no se concretaría tan sólo en la facultad de supresión de los datos personales y en la oposición a tratamientos de datos ilegítimos, ***sino también en la facultad de evitar que terceros recuerden hechos pasados veraces y que en su día revistieron una notoriedad pública que con el paso del tiempo pereció*** [41]. (Lo destacado no lo es en el texto).

En nuestra situación normativa, es claro que, para los efectos de las inhabilidades intemporales, la notoriedad pública de las condenas judiciales que las originan nunca dejarán de tener resonancia informativa en el medio social.

Y en relación con otro tipo de condenas por hechos delictivos, contravencionales o disciplinarios, por la importancia del dato negativo para garantizar el derecho a la información en ciertos aspectos trascendentes de los miembros del grupo social, creemos que por los menos en algunos casos deben mantenerse por siempre; porque consideramos que si como consecuencia de la supresión del dato negativo, o por la expedición del certificado sin que aparezcan determinados antecedentes, puede llegar a originar responsabilidad extracontractual para el Estado, si esa falta de información produce daños de cualquier naturaleza a un habitantes del territorio nacional.

El mismo autor, pensando en la posibilidad de ampliar el marco de cobertura del derecho al olvido, por fuera de los simples datos personales que circulan en las redes, ha sostenido que en las legislaciones nacionales existen múltiples instituciones que de una u otra manera recogen la filosofía que orienta la postulación de este nuevo derecho al sostener:

> "***De hecho, dentro de los sistemas civilistas[42], el derecho contempla múltiples manifestaciones que fundamentarían el derecho al olvido: la amnistía, la prescripción adquisitiva y la extintiva, la prescripción y cancelación de los antecedentes penales, y de una manera especial, atendiendo a su naturaleza diferenciada,***

41 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 453. Madrid 2013.

42 Se hace referencia al derecho continental europeo, en contraposición al *common law.*

> ***el principio de responsabilidad por culpa***. Amparándose, fundamentalmente, en este principio de responsabilidad que ocupa un lugar destacado entre los pilares y principios jurídicos propios de la tradición civilista, algunos autores han afirmado la existencia y vigencia del derecho al olvido [43]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Debe precisarse que de todas maneras, el derecho al olvido no sería de carácter absoluto, porque si este novedoso derecho entra en colisión con otros preponderantes como los derechos públicos o sociales como sería el caso del derecho a la información, y las necesidades del Estado en sus planes de política criminal, labores de inteligencia y contrainteligencia, la protección de la comunidad frente a problemas de salud pública, o la defensa de los miembros de la Nación, frente a determinadas formas de criminalidad particularmente graves, por no citar sino algunos casos en los cuales el derecho al olvido en nuestro criterio no sería exigible, ni aplicable; porque es claro que el derecho al olvido debe ceder ante tales necesidades fundamentales de la Nación. El autor citado en relación con este tema nos brinda criterios que han de ser tenidos en cuenta en la solución de este tipo de colisiones:

> "***Así que cuando colisionan las libertades informativas con el derecho al olvido digital, debemos atender fundamentalmente a tres criterios: el interés público actualizado, el estudio del contexto en que se difunde la información y, finalmente, aplicar el principio de proporcionalidad; ya que la veracidad de los datos personales divulgados es necesaria para que se produzca el daño y su estudio carece de relevancia alguna*** [44]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Son situaciones donde el interés público y social, predomina sobre el derecho a la intimidad de las personas, como sería el caso del paciente que sufre de enfermedad contagiosa, caso en el cual los profesionales de la medicina tratantes del mismo, deben hacer caso omiso de secreto profesional y a nivel de registros digitales, olvidar el derecho al olvido, si se nos acepta el pleonasmo, porque su deber es alertar a la esposa y a las

43 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 454. Madrid 2013.

44 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs) El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 460. Madrid 2013.

personas de su entorno más íntimo, para que se tomen las medidas que sean indispensables para evitar el contagio de terceras personas, o incluso a las autoridades sanitarias para evitar la posibilidad de una pandemia. Y lo mismo sucede, en relación con el derecho a la información de los miembros de la comunidad a recibir información veraz sobre la idoneidad profesional o la falta de ella, de un profesional médico
Es claro que el derecho al buen nombre [45], a la honra [46] y a la intimidad son derechos fundamentales de raigambre constitucional, pero es igualmente evidente que vivimos en un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, que ha sido fundado 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*** ", de conformidad con las previsiones del artículo 1º de la Carta, demostrándose además que no existen derechos de carácter absoluto, y que en determinados casos de confrontación, o colisión de varios derechos, deben realizarse juicios de ponderación y proporcionalidad para determinar cuál o cuáles deben prevalecer.

Si el derecho a la vida no es de carácter absoluto, porque se puede matar en legítima defensa, en el ejercicio de un cargo público, para los que hacen parte de la Fuerza Pública, e incluso a los más valientes que ocasionan un mayor número de bajas entre las tropas enemigas, se los honra en el panteón de los héroes de la Patria. Con mayor razón el derecho al olvido no puede analizarse ni ser considerado como un derecho aplicable a cualquier tipo de datos o informaciones negativas.

Es oportuno hacer unos breves comentarios en relación con las citas constitucionales formuladas en precedencia, porque tanto el derecho al buen nombre y a la honra, se consagran es en relación con la actividad de terceros, que podrían afectarlos con sus dichos o sus hechos, pero es obvio que cada persona es el propio y único responsable de la intangibilidad de su buen nombre o de su honra. El buen o mal nombre de una persona se construye de manera individual por cada ser humano a lo largo de toda su existencia. El comportamiento negativo de cada persona es responsabilidad de cada individuo, no de la colectividad. Es por lo anterior que cuando se publica o se hace constar un antecedente negativo de una persona no se

45 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.

46 ARTICULO 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

le está afectando el buen nombre con ello, porque el buen nombre fue destruido por su propio dueño en el momento en que transgredió la ley penal.

El autor tantas veces citado destaca que en estados de amplia tradición civilista como Francia, España e Italia se ha reconocido el derecho al olvido, siempre y cuando no implique un gran menoscabo desproporcionado de las libertades informativas y otras finalidades legítimas, en tal sentido sostiene:

> "En estados como Francia, España e Italia, que siguen la tradición civilista, el reconocimiento del derecho al olvido digital, y su aplicación ***siempre que no implique un menoscabo excesivo y desproporcionado de las libertades informativas y otras finalidades legítimas, debería no suponer problema alguno. Buena muestra de ello es que las agencias de protección de datos de los estados citados han reconocido en sus resoluciones la existencia del derecho al olvido digital, y lo han aplicado entendiendo que ningún ciudadano que no sea objeto de un hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a que sus datos se difundan en Internet sin poder reaccionar ni corregir su inclusión*** [47]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si bien es cierto que el derecho al olvido, colisiona con el derecho a la información, no debe entenderse éste último principio, relacionado únicamente con la libertad de prensa, o con las noticias que se difunden por los diversos medios de comunicación; sino el derecho informativo que tiene toda persona de conocer la existencia de un dato negativo que concierne a una persona, con la que se tiene cualquier tipo de relación y que en un momento determinado debe dejarse de lado el derecho al olvido.

Se debe recordar los escándalos en que se han visto involucradas personas de relevancia social o política por haberse publicado fotografías en las que en el grupo que aparece junto al personaje, hay una persona cuestionada por hacer parte de grupos delictivos. En tales circunstancias es obvio el derecho que tienen los ciudadanos a tener una información veraz sobre los antecedentes de una persona con la que se relaciona o con la realiza cualquier tipo de negociación.

47 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 454. Madrid 2013.

Pero debemos recordar que el derecho a la información tiene una doble faz, de un lado proporcionar información a la colectividad, y de otro, el derecho a recibir dicha información. Es el derecho que tiene la comunidad de saber que se está propagando una peligrosa enfermedad, o el derecho a saber que el médico que ofrece sus servicios como especialista no lo es. Los datos que se registran en un determinado banco de datos, se recaudan con objetivos específicos, por ello es que la propuesta Europea de la protección de datos acepta que cuando los datos ya no son indispensables para la finalidad para la que fueron recogidos, siempre que no choquen con otros objetivos legítimos, debe prevalecer el derecho a la cancelación, archivo o abolición del registro. En tal sentido se afirma:

> "Como acabamos de observar, el derecho al olvido digital se plantea en la propuesta de Reglamento europeo como un derecho no absoluto, que se concreta en un derecho a suprimir y cancelar los datos personales una vez estos dejan de ser necesarios para la finalidad por la que fueron recabados siempre que no se produzca una colisión con otras finalidades legítimas o legales, y estas últimas prevalezcan sobre el primero. Como el derecho al olvido digital obtiene su fundamento jurídico, como parte del derecho fundamental a la protección de datos personales, debe entenderse que los límites del segundo, también suponen límites para el primero. Y uno de los límites más notables del derecho a la protección de datos de carácter personal es la libertad de información, que en nuestro ordenamiento jurídico prevalece por encima de los derechos de la personalidad de manera general siempre que exista un interés público en la noticia y esta sea veraz. Otros bienes jurídicos también constituyen límites al derecho al olvido digital, por ejemplo, cuando la conservación de los datos está justificada por un interés histórico, estadístico o científico; o cuando son las leyes las que autorizan la conservación de los datos personales a pesar de la falta de consentimiento o la negativa explicita del titular de los datos.
> (…..)
> La propuesta europea de Reglamento general de protección de datos establece una lista abierta o *numerus apertus* de límites del derecho al olvido digital en el artículo 17.3 cuando nos dice que:
>
> "***El responsable del tratamiento procederá a la supresión sin demora, salvo en la medida en que la conservación de los datos personales sea necesaria:***

> a) ***para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión***….;
> b) ***por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública***….;
> c) ***con fines de investigación histórica, estadística, y científica***….;
> d) ***para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión, o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; las legislaciones de los Estados miembros deberán perseguir un objetivo de interés público, respetar la esencia del derecho a la protección de datos personales y ser proporcionales a la finalidad legítima perseguida*** " [48]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Nos parece que las causales previstas en el Reglamento Europeo en relación con la protección de los datos y el reconocimiento del derecho al olvido, son las universalmente reconocidas, esto es garantizar el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, para efectos de proteger derechos como la salud pública, con finalidades de investigación, o para el cumplimiento de una obligación de conservar los datos personales, impuesta, en el caso nuestro, por una norma.

La última causal del Reglamento Europeo sobre la conservación de datos, coincide con las previsiones constitucionales al consagrar las inhabilidades intemporales, que se deben conservar por siempre, o por lo menos, mientras superviva la persona a la que atañe ese dato negativo, y que los certificados que se expidan, deben contener la totalidad de los datos existentes, sin que importe el tiempo que haya transcurrido desde la inserción del dato negativo, puesto que el mandato imperativo de la Carta Política es la existencia de la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos, sin que importe el tiempo o la época en que el dato negativo surgió y fue recaudado en la Procuraduría Gral. de la Nación, que es la encargada de conservar el banco de datos negativos de los colombianos, y expedir el respectivo certificado en el que deben constar todos los registros existentes.

Igual sucede con la conservación de los antecedentes judiciales, que como se demostrará más adelante con la cita de las normas respectivas, cumplen una serie de funciones esenciales en la investigación policíaca, en labores de inteligencia y contrainteligencia, en la tasación de la pena por parte de

48 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Págs 456 y ss. Madrid 2013.

los jueces, en la concesión de los subrogados penales y de ciertos beneficios penitenciarios y otra serie de finalidades legítimas e indispensables en el complejo proceso de la administración de justicia. Igualmente es importante destacar que al consagrarse el derecho al *habeas data* en el artículo15 de la Carta, se instituye como el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado los debe respetar y hacerlos respetar. De la misma manera se consagra el derecho a: "…***conocer***, ***actualizar*** y ***rectificar*** las informaciones que hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas….", pero se podrá observar que en ningún momento se incluyen los verbos "***borrar***", "***cancelar***", "***quitar***", "***suprimir***", "***eliminar***" u otros de similar significado. Es decir, que no hubo manifestación del Constituyente de querer reconocer el derecho al olvido hasta llegar a la facultad de hacer suprimir el contenido de determinados registros, especialmente en relación con los archivos públicos.

Y la ausencia de este tipo de verbos que expresen la voluntad de un ciudadano de eliminar o suprimir este tipo de registros negativos, se debe fundamentalmente a que al consagrarse el habeas data, se refiere a "…las informaciones que se hayan recogido sobre ellas ***en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.***". Al incluirse en la norma todo tipo de archivos, era imposible que se hubiese dejado a la voluntad y a los intereses de las personas el poder suprimir datos consignados en archivos públicos, porque estos son regulados de conformidad con los intereses de la administración y de la colectividad y por tanto su permanencia en dichos archivos no podía dejarse al interés y a la voluntad de las personas particulares.

Es por lo anterior que estamos en desacuerdo con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional, que ha aceptado como un derecho constitucional, que el habeas data confiere a los ciudadanos la facultad para exigir a la administración la supresión del contenido negativo en determinados archivos públicos. Como se analizará más adelante esta propuesta jurisprudencial constituye una verdadera reforma a la Carta Política, por la adición de una facultad que no está contenida en el texto de la Constitución Política.

Es preciso igualmente distinguir entre el derecho al olvido digital y el derecho al olvido respecto de otro tipo de anotaciones, existentes en archivos públicos y que son de trascendental importancia, para el cumplimiento de determinadas finalidades sociales, o determinadas políticas, o funciones del Estado. Esta diferencia es importante remarcarla, porque uno es el registro del incumplimiento de una obligación crediticia, y otra muy diferente el registro de sentencias condenatorias en materia penal, contravencional o disciplinaria.

Es importante igualmente destacar que cuando se adquiere una determinada obligación con una entidad crediticia se firma la conformidad de la

inserción en archivos privados del incumplimiento de la misma, en el eventual caso de que ello llegase a ocurrir. No ocurre igual con los archivos de naturaleza pública, donde la inserción del dato negativo se hace por mandato constitucional y legal. Su inserción y su supresión no pueden depender jamás de la voluntad del particular interesado.
En referencia al interés público que está involucrado en cada caso, el autor antes citado opina:

> "***El interés público se revela así como el criterio fundamental para determinar si la divulgación y publicación de datos personales sin el consentimiento de su titular está justificada por la finalidad informativa. No obstante, ¿cuándo el conocimiento de los datos personales reviste ese carácter público y está justificado por el interés general*** ?.
>
> ***Para determinar si existe o no interés público en conocer los datos personales en cuestión, habrá que atender a criterios objetivos – determinar si se trata de datos personales relacionados con la comisión de delitos, con actuaciones judiciales, con la violación de derechos fundamentales, con un mal ejercicio del poder público, etc.- y subjetivos – si los datos personales pertenecen a un cargo público o a cualquier otro tipo de datos personales de terceros. Todos esos criterios nos ayudan a determinar en el caso concreto si existe o no un interés general, cívico, en conocer los datos personales de terceros***. Pongamos un ejemplo bastante claro: la publicación de una noticia que explica la afiliación irregular de militantes a un partido político a favor de uno de los aspirantes a liderarlo tiene una clara finalidad informativa, y es de interés cívico conocer los detalles del caso. Conocer los datos personales –lógicamente, sólo los que sean estrictamente necesarios ya que de lo contrario no superarían el juicio de proporcionalidad, sobre el que volveremos más adelante–, de los militantes afiliados irregularmente tiene sentido en la medida que con su publicación se da credibilidad a la noticia y se acredita la irregularidad en la afiliación, que, al fin y al cabo, es lo que realmente interesa o debería interesar a la tribuna pública [49]. (Lo destacado no lo es en el texto).

49 Libertad de expresión e información en Internet. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. Pere Simón Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 460, 461. Madrid 2013.

Es preciso clarificar, que tratándose de archivos públicos y más, con decisiones judiciales, disciplinarias o correccionales negativos, su permanencia no depende del consentimiento o de la voluntad del afectado, sino del mandato del constituyente o del legislador, que son quienes deben determinar el tiempo de permanencia de esa clase de datos, y si a los mismos les es aplicable un determinado tiempo de caducidad de la información, o si sería del caso aplicar el derecho al olvido.

En relación con este nuevo derecho, no se pueden hacer afirmaciones o negaciones de carácter general, ni absolutas, en cuanto a si es aplicable o no, a una determinada clase de registros públicos, porque no se debe olvidar, que el reconocimiento universal se encuentra respecto de anotaciones negativas en bancos de datos, o en las redes sociales, que son de manera general informaciones privadas; y otra muy diferente es el derecho al olvido predicado de archivos públicos y particularmente en relación con decisiones judiciales o administrativas sancionatorias.

Entre nosotros, hasta el momento, solo existe el establecimiento legal de la caducidad del dato negativo financiero, establecido en el artículo 13, de la Ley 1266 de 2008, Estatutaria del *habeas data*, ***"Por la cual se dictan las disposiciones generales del habeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones***.".

En esta norma se establece que la información que contenga datos positivos, permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos, mientras que los datos negativos, "….tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, ….", tendrán un término de permanencia máxima de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha del pago de la obligación atrasada [50].

50 Ley 1266 de 2008. ARTÍCULO 13. ***PERMANENCIA DE LA INFORMACIÓN***. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información.
Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se regirán por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirada de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder o consultar dicha información. El término de permanencia de esta información será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1011-08178 de 16 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, *"en el entendido que la caducidad del dato financiero en caso de mora inferior a dos años, no podrá exceder el doble de la mora, y que el término de permanencia de cuatro años también se contará a partir del momento en que se extinga la obligación por cualquier modo"*.

Esta norma fue declarada condicionalmente exequible por medio de la Sentencia C-1011 de 2008, con ponencia del H. M. Jaime Córdova T.: "….. en el entendido que la caducidad del dato financiero en caso de mora inferior a dos años, no podrá exceder el doble de la mora, y que el término de permanencia de cuatro años también se contará a partir del momento en que se extinga la obligación por cualquier modo.".

Respecto a los bancos de datos públicos solo existe la previsión del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, código Disciplinario Único, en el que dispone que cualquier decisión condenatoria en los ámbitos penal y contravencional, solo deben registrarse las producidas en los últimos cinco años, a la fecha de expedición del certificado. Como más adelante se analizará con detenimiento esta norma, por ahora nos abstenemos de cualquier comentario.

Pese a lo anterior se han presentado decisiones jurisprudenciales en las que se ha aplicado el derecho al olvido, en nuestro criterio de manera equivocada, tratándose como se trataba de registros negativos existentes en archivos públicos. Uno de los objetivos de esta reflexión es analizar algunas de esas decisiones, para considerar el fundamento de las mismas, y lo acertado o desacertado de estas decisiones.

Si estudiamos nuestros antecedentes constitucionales, deberíamos concluir que nuestra Carta Política se distanció de los castigos absolutos o eliminativos, al igual que los indefinidos en el tiempo y ello resulta evidente si recordamos algunas de esas disposiciones entre las que debemos recordar la prohibición de la pena de muerte [51]; la imposibilidad para el legislador de crear penas o medidas de seguridad imprescriptibles [52]; o la proscripción de la cadena perpetua [53]. Solo en los últimos días se cambió esta humanitaria posición, y se aprobó reforma constitucional que prevé la cadena perpetua para los abusadores de niños.

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

52 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).

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

Las normas precedentes nos demuestran que fue vocación del Constituyente la no adopción de castigos absolutos, ni que tuvieran duración o consecuencias indefinidas en el tiempo, y con fundamento en tales precedentes se podría concluir que la permanencia de registros sobre datos negativos, como condenas penales o disciplinarias de manera indefinida en los mismos, no estaría dentro de los parámetros constitucionales que estamos recordando.

Sin embargo, la anterior reflexión no nos puede servir de fundamento para afirmar la inexistencia de los antecedentes judiciales, o la posibilidad de su eliminación de los registros judiciales, porque la Carta dedicó una norma exclusiva para los mismos, de la misma manera que el legislador los menciona con frecuencia en nuestras codificaciones penales, procesales, penitenciarias y de otra naturaleza. Recuérdese que en el artículo 248 de la Constitución se establece que solo podrán ser considerados como antecedentes judiciales, aquellos que sean consecuencia de decisiones judiciales [54].

Y la consagración de los antecedentes judiciales a nivel constitucional no es una creación graciosa, sino que la misma obedece a la necesidad de la defensa social, puesto que como se verá más adelante los antecedentes penales de las personas prestan una serie de servicios variados y complejos a las autoridades de inteligencia, judiciales, policiales, de política criminal, penitenciarias y de estadística.

Es importante destacar que las sanciones contravencionales o disciplinarias de carácter administrativo de conformidad con la norma que se cita no constituyen antecedentes, pero pese a lo anterior en el artículo 53 del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 del mismo año determina lo siguiente:

> "Art. 53. Toda decisión del tribunal Nacional y de los Tribunales Seccionales constará en el informativo.
>
> La decisión que conlleve a imponer como sanción la censura, o la suspensión, será transcrita al profesional sancionado, al Tribunal Nacional y Seccionales, y es de carácter público será además fijada

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

> en lugares visibles de las sedes de los Tribunales, Ministerio de Salud y de la Federación Médica Colombiana.

De igual manera, y en contravía con las previsiones constitucionales el artículo 238 de la ley 1952 de 2019, reformada por la Ley 2094 de 2012, que de conformidad con esta última norma debe comenzar a regir el 1º de abril de 2022, incluye entre los antecedentes sometidos a caducidad los surgidos de sanciones impuestas por el ejercicio inadecuado de profesiones liberales [55]. Y se afirma lo anterior, porque excepto las sanciones disciplinarias impuestas a los abogados que son sentencias judiciales, las condenas impuestas por el indebido ejercicio de las profesiones liberales no constituyen antecedentes de conformidad con el criterio constitucional porque no son decisiones judiciales, sino administrativas.

Lo anterior nos indica que a pesar de que, desde el punto de vista constitucional, la sanción impuesta por los Tribunales de Ética no constituye antecedente, por no ser una decisión judicial, el dato negativo de condenas por indebido ejercicio de la profesión es registrado en varios archivos públicos y en muchas instituciones para efectos de contratación se exige la constancia de antecedentes profesionales.

En los artículos 54 y 55 igualmente se consideran estas sanciones como antecedentes para la imposición de la pena y para la configuración de la reincidencia. En tal sentido se dispone:

> "Art. 54. La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta.
>
> "Art. 55. La reincidencia del profesional en la comisión de la falta dará lugar por lo menos a la aplicación de la sanción inmediatamente anterior.

55 "ARTÍCULO 238. ***REGISTRO DE SANCIONES***. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición ***y de las provenientes del ejercicio de profesiones liberales***, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.
(…)(Lo destacado no lo es en el texto).

Lo anterior es una prueba eficiente de la ausencia de una reglamentación en relación a aspecto de tanta trascendencia y a la falta de coherencia que existe entre las distintas normas que de manera parcial regulan lo relacionado con sanciones impuestas.

En las circunstancias anteriores tendríamos que concluir que el Constituyente sí quiso consagrar la existencia de los antecedentes judiciales, sin que le hubiera señalado término de duración para los mismos; pero en principio, teniendo en cuenta la filosofía política expresada en las normas constitucionales antes citadas, podríamos decir, que no fue su voluntad que tales registros tuvieran una duración indefinida. De todas maneras, en el momento de la ponderación de los valores puestos en juego, es indispensable tener en cuenta otras normas constitucionales, como aquella que ya recordamos en precedencia en relación con la prelación de los intereses generales sobre los puramente individuales y la existencia de inhabilidades e incompatibilidades intemporales para el desempeño de determinados cargos, o para el acceso a cualquier cargo público, por haber sido condenada la persona por delitos comunes intencionales o dolosos. Lo anterior nos indica que fue el propio constituyente el que consagró los antecedentes como una carga negativa para los ciudadanos condenados, el instituto de la cosa juzgada, y quiso igualmente que las inhabilidades surgidas de dichas decisiones judiciales tuvieran permanencia ilimitada.

La razón de ser de estas inhabilidades intemporales y de la creación de archivos públicos destinados a conservar decisiones judiciales sancionatorias, se encuentra en la prevalencia de los intereses sociales y públicos sobre los estrictamente particulares, -art. 1º Carta Política-, porque es claro que tanto la administración como todos y cada uno de los miembros de la Nación tienen interés en tener conocimiento del pasado delictivo de personas con las que entra en contacto por razones laborales, sociales, familiares o de negocios, de la misma manera que todos tenemos interés en que al desempeño de los cargos públicos lleguen los mejores representantes de nuestra nacionalidad no solo en los aspectos de su preparación profesional, sino fundamentalmente en su formación ética.

Miremos un caso concreto que surge de la ley de extinción de dominio, por medio de la cual se persiguen los bienes y recursos obtenidos como consecuencia de actividades delictivas. Allí se establece la excepción de no persecución contra los bienes adquiridos por terceros de buena fe,

exentos de culpa. Lo anterior quiere decir que cuando una persona en este país vaya a adquirir o vender un determinado bien, debe realizar algunas investigaciones personales para determinar quién es la persona con la que va a negociar, el origen del bien y la tradición del mismo si lo va a comprar, y si lo va a vender que el precio sea el que comercialmente corresponde, lo anterior, porque si se logra demostrar que el mismo hacía parte del patrimonio de un delincuente, la acción de extinción de dominio puede dirigirse contra ese tercero por haber incurrido en culpa al no hacer las averiguaciones suficientes para demostrar la licitud del bien que adquiere, o si el precio que le pagaron es excesivo en relación con el valor comercial del mismo, tendrá igualmente problemas con la justicia [56].

En este caso concreto, se evidencia la necesidad del ciudadano de tener información sobre el pasado judicial de la persona con la que está negociando la adquisición de un bien, y en nuestra vida profesional nos hemos enterado de la urgencia de personas averiguando en la Lista Clinton, en los archivos del CTI y de la Policía Nacional sobre los antecedentes de la persona a quien piensa comprar un bien determinado.

Igualmente, necesitados de información sobre antecedentes penales se encuentran los propietarios cuando van a alquilar un bien determinado, bien sea urbano o rural, ante la posibilidad de que el mismo se destine a actividades de narcotráfico, y por la posibilidad de que, si de da esa eventualidad, pueda perder el dominio sobre el bien, por habérsele dado una destinación ilícita.[57]

Pero ya en el ámbito de las decisiones y de las soluciones a los casos concretos la problemática surge fundamentalmente, de la ausencia de una regulación adecuada que establezca, en qué situaciones, en qué tipo de materias, en qué casos, y por cuanto tiempo deben permanecer vigentes estos registros negativos.

---

56 Ley 1708 de 2014. **ARTÍCULO 3o.** ***DERECHO A LA PROPIEDAD. La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa*** y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente. (Lo destacado no lo es en el texto).

57 Ley 365 de 1997. ARTÍCULO 19. El artículo 4070 de la Ley 30 de 1986 quedará así:
ARTÍCULO 40. En la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento por alguno de los delitos previstos en los artículos 3371, 3472 y 4373 de esta Ley, el funcionario judicial decretará el embargo y secuestro preventivo de los bienes de propiedad del sindicado que no se hallen incautados con ocasión del hecho punible, en cuantía que considere suficiente para garantizar el pago de la multa prevista en tales artículos, y designará secuestre. Una vez decretado el embargo y secuestro, tanto su práctica como el régimen de formulación, decisión y trámite de las oposiciones a la misma, se adelantará conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.
En la sentencia condenatoria se ordenará el remate de los bienes embargados y secuestrados dentro del proceso, para lo cual se tendrán en cuenta los trámites prescritos en el Código de Procedimiento Civil.

Creemos en principio que se podría pensar en la existencia de los registros sobre antecedentes judiciales por un período de tiempo más o menos razonable, pero lo que no es posible en nuestro criterio es la eliminación total dichos registros. Sobre todo, en aquellos casos, en que la desaparición de los antecedentes judiciales surgidos de sentencias firmes, puedan desembocar en casos de reiteración delictiva, casos en los que ciudadanos inocentes pudieran ser víctimas de estas generosas garantías, prebendas democráticas y humanísticas; porque lo cierto es que nunca se puede perder de vista, que siempre existirá la posibilidad de que aquella persona a la que se le borraron los antecedentes pudiera volver a reincidir, casos en los cuales, surgiría en nuestro concepto una clara responsabilidad del Estado, por lo que nuestro legislador hubiera podido hacer posible al conceder el derecho al olvido, para todos los condenados, de una manera indiscriminada.

La existencia de estos archivos sobre antecedentes judiciales tiene entre sus muchos objetivos y finalidades la de evitar el doble juzgamiento simultáneo o sucesivo (*non bis in ídem*). Lo anterior es claro en nuestro criterio, porque no se olvide que este último principios en una de sus vertientes, es evitar el procesamiento paralelo por unos mismos hechos, o el sucesivo cuando ya se ha producido una sentencia, que se inicie una nueva investigación por los mismos hechos; el *non bis in ídem* es consagrado en el artículo 29 de la Carta al establecerse: "…..y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.", principio de trascendental importancia en el desenvolvimiento normal y pacífico de la Nación. Es claro que la cosa juzgada en su esencia y estructura, no solo conlleva la prohibición del doble juzgamiento, sino que garantiza la certeza y la seguridad jurídica sobre la solución de un conflicto que se dio como fenómeno social, es la garantía de la estabilidad de que el mismo fue resuelto y por tanto es inmodificable e irrepetible.

Aparece consagrado en la Carta Política en la Carta como ya se destacó e igualmente en el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, Artículo 14, Nral. 7º [58], al establecer que nadie podrá ser

58 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

juzgado, ni sancionado por un delito por el que ya hubiera sido condenado o absuelto, de conformidad con los procedimientos de su país.

De manera similar se consagra en la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, en el artículo 8º, numeral 4º,[59] al establecerse que nadie que hubiere sido absuelto por sentencia firme, podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos.

Son entonces tres normas del Bloque de Constitucionalidad que consagran el concepto de la cosa juzgada, situación normativa que se convierte en un verdadero problema para pensar cómo y por medio de qué norma legal, establecer el derecho al olvido para hechos que terminaron con sentencia judicial o disciplinaria ejecutoriada?, por, sobre todo, suprimido el antecedente, ¿cómo evitar la posibilidad de un nuevo juzgamiento?.

Son tan trascendentes las funciones que cumple la cosa juzgada que la Corte Constitucional afirma con razón, qué sin la misma, no podría producirse el desarrollo social. Nuestro Juez Constitucional se ha referido a las importantes funciones que cumple la cosa juzgada dentro de un Estado de Derecho al sostener:

> "***Dentro de los fundamentos universales del derecho está el de dar una estabilidad al ordenamiento y a los hombres mediante la figura de la cosa juzgada, la cual tiene como objeto primordial evitar la indefinición jurídica, situación que resulta ajena no solo al régimen y a la seguridad del ejercicio judicial, sino al debido desarrollo social. Es esa seguridad la razón de ser de toda sentencia, pues solo de esta forma es posible la justicia. Si se omite o se negocia el alcance de un pronunciamiento judicial, se está***

---

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
(…)
7.- ***Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país***. (Lo destacado no lo es en el texto).

59 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.
(…)
4. ***El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos***.
(…)". (Lo destacado no lo es en el texto).

> ***negando la administración de justicia, siendo, en consecuencia, imposible la convivencia social. Es por ello que los clásicos, al reconocer la necesaria estabilidad como fundamento de cualquier orden, afirmaron: "res iudicata pro veritate habetur".*** Al permitir el decreto que la Fiscalía General de la Nación desconozca los alcances de una fallo ya ejecutoriado, para conceder los beneficios de que tratan los literales i, j y m del artículo 1o. del Decreto 264, es decir, ***la suspensión de la condena impuesta, la exclusión parcial o total del cumplimiento de la pena para el sentenciado y la supresión de antecedentes penales, se está olvidando que el principio de cosa juzgada no hace referencia a una "simple opinión" jurídica, sino, todo lo contrario, a la necesidad de mantener una certeza jurídica, pilar esencial -repetimos- de todo orden social justo. Desconocer la cosa juzgada significa impedir la vigencia de la justicia***[60].(Lo destacado no lo es en el texto).

El único objetivo de la cosa juzgada no se circunscribe a impedir el procesamiento y la represión múltiple, sino que esta institución procesal cumple otras funciones trascendentales, porque proporciona y da seguridad jurídica a las personas que fueron procesadas y a la comunidad en general; es trascedente para las labores de inteligencia que realizan las organizaciones policivas y de seguridad del Estado, porque uno de los puntos de partida de cualquier investigación es mirar la posibilidad de si la infracción que se investiga, haya podido ser realizada por un ex-convicto, o si las personas que pueden estar participando en la preparación de un acto terrorista del que se tienen indicios sobre su posible ejecución, son personas que tienen antecedentes judiciales o de policía. La existencia de la cosa juzgada es imprescindible para las futuras tasaciones de pena, si la persona condenada reitera su comportamiento delictivo al consumar otras infracciones. Además que cumple una labor fundamental para los estudios de política criminal, estadística criminal, para la investigación criminológica, para la estructuración de la política criminal del Estado y naturalmente, para la configuración de la historia social de país.

Uno de los robos más extraordinarios en la historia francesa, fue el consumado al Banco Nacional francés, sede Marsella, al que ingresaron los ladrones por las cloacas que desembocan al mar. La policía de ese país,

60 Sentencia C-171 de 1993. M. P. Vladimiro Naranjo M.

estudiando los antecedentes y especialidades de los ladrones condenados, hizo una selección de 15 o 20 posibles partícipes en dicho robo, entre los que finalmente se demostró que había 4 o 5 de los que intervinieron en el mismo, y lo anterior es demostrativo de la importancia de los antecedentes en las investigaciones de inteligencia realizados por los organismos policivos.

Desde la perspectiva anterior nos parece *prima facie*, que aplicar el "***derecho al olvido***" a las constancias que existen en los archivos judiciales y contravencionales sobre sentencias condenatorias ejecutoriadas es imposible, porque se ocasionarían inmensos daños en la configuración de las nuevas estrategias para combatir el delito, impide la realización de la estadística criminal y las investigaciones sociológicas y criminológicas sobre la realidad delictiva del país; además, borrar los archivos o destruirlos es imposible desde la perspectiva constitucional, porque no nos olvidemos que la existencia de los antecedentes judiciales es una creación del constituyente en el artículo 248 de la Carta y la cosa juzgada en el artículo 29 de la misma normatividad, además de las mencionados inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de determinados cargos por haber sido condenados por delitos comunes dolosos.

El problema realmente es grave porque existe un vacío legislativo, por clara omisión de los deberes que incumben al Congreso de la República, porque realmente la única norma sobre caducidad de los datos, es la relacionada con las constancias negativas en las empresas de riesgos financieros por incumplimiento de obligaciones civiles, financieras y comerciales. Y es claro que esta norma, no podría aplicarse por analogía a las constancias existentes en los archivos públicos en relación con las condenas penales y contravencionales debidamente ejecutoriadas.

Es importante destacar que en el artículo 29 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales." se establecía que, al expedirse certificados judiciales por petición de los ciudadanos, el DAS o quien ejerza esa función, se debe abstener de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando hubiere cumplido la pena, o cuando la misma hubiere prescrito [61].

61 **Artículo 29.** ***Certificación de antecedentes judiciales*****. INEXEQUIBLE, por vicios de trámite. Sentencia**

La norma anterior fue declarada inexequible por vicios de trámite por la Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011, con ponencia de Jorge Pretelt C., cuando hizo la revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria Nro. 184 de 2010 Senado; y 046 de 2010 Cámara "por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales".

Lamentablemente por haberse detectado vicios de trámite, razón de su inexequibilidad, la Corte Constitucional, no entró a hacer un estudio a fondo de este artículo, y decimos que de manera lamentable, porque consideramos, que sí el mismo se hubiera realizado, la decisión hubiera sido la misma, de contrariedad constitucional, por vulnerar el artículo 248 de la Carta en cuanto a que consagra el fenómeno de los antecedentes judiciales, que hubieran desaparecido con la vigencia de dicha norma, porque el propósito de los antecedentes no es verificar si cumplió la pena o si la misma prescribió; por tanto, para certificar si la persona tiene antecedentes es indiferente si cumplió la pena o si esta prescribió por no haberse podido ejecutar, porque lo que demuestra el certificado de antecedentes es si esa persona ha sido o no condenada por una conducta delictiva.

De la misma manera, la norma declarada inexequible por vicios de trámite, igualmente hubiera vulnerado la Carta, en cuanto crea inhabilidades absolutas para el desempeño de los más altos cargos del Estado, para quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad por delitos comunes intencionales, o por la comisión de ciertos delitos -art 122-, para acceder a cargos públicos por designación o por elección popular.

C 748 del 6 de octubre de 2011. M. P. Jorge Pretelt C. *El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o quien ejerza esta función, mantendrá y actualizará los registros delictivos y de identificación nacional de acuerdo con los informes y avisos que para el efecto deberán remitirle las autoridades judiciales, conforme a la Constitución Política y la ley.*

Al expedir certificados judiciales por petición ciudadana, el Departamento Administrativo de Seguridad o quien ejerza esta función, se abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando este haya cumplido su pena o la misma haya prescrito.

Parágrafo 1°. *Los archivos del Departamento Administrativo de Seguridad, o de quien ejerza esta función en esta materia, tendrán carácter reservado y en consecuencia solo se expedirán certificados o informes de los registros contenidos en ellos.*

Parágrafo 2°. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o quien ejerza esta función, garantizará la disponibilidad de manera gratuita y permanente la información electrónica sobre el Certificado de Antecedentes Judiciales para ser consultados por el titular, interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.

Parágrafo 3°. El certificado judicial expedido a solicitud de los peticionarios de sus propios registros no será válido en aquellos cargos donde se requiera la carencia total de antecedentes.

En este caso, cuando las entidades de la Administración Pública requieran la presentación de los antecedentes judiciales, deberán dar cumplimiento estricto a lo señalado en el artículo 17 del Decreto 2150 de 1995 o la norma que la modifique, complemente, adicione o aclare.

Y creemos igualmente que habría contradicho el artículo 29 de la Carta, en cuanto consagra el fenómeno de la cosa juzgada, que en algunas de sus características serían desconocidas por la norma que se comenta o alguna otra similar.
De todas maneras, es importante destacar las claras contradicciones contenidas en la norma y la falta de claridad que se produce como consecuencia de tales incoherencias.

En el primer inciso se disponía que el DAS, o quien haga sus veces mantendrá actualizados los registros delictivos, de conformidad con las informaciones que reciba de las autoridades judiciales.

En el segundo inciso se regulaba que al expedirse los certificados sobre antecedentes judiciales no se podrán incluir, cuando la sentencia condenatoria se hubiera ejecutado, o la misma hubiera prescrito. Es una concepción errada de la norma, porque la institución de los antecedentes no tiene por objetivo verificar si la pena se cumplió o si la misma es inejecutable por haberse cumplido el fenómeno de la prescripción. La figura de los antecedentes judiciales tiene por objetivo demostrar el pasado lícito o ilícito de una persona y en este tipo de certificados deben aparecer las constancias de todas las sentencias condenatorias dictadas contra esas personas, sin que importe si la pena fue cumplida o si prescribió, lo que interesa probar es si la persona ha delinquido en su vida anterior.

Lo anterior quiere decir, que los antecedentes prácticamente desaparecían como tales, porque una vez se hubiera cumplido la pena, o hubiera prescrito, tales realidades de la cosa juzgada, no podrían aparecer en los certificados sobre antecedentes solicitados por los interesados.

Existe igualmente una confusión porque lo que demuestra el registro de antecedentes es que una persona fue condenada por hechos delictivos por medio de una decisión judicial, independientemente de que la misma se hubiera pagado por el condenado, o que hubiere prescrito.

En el primer parágrafo se disponía que tales archivos serían reservados, y por tanto, solo se expedirían certificados o informes de los registros contenidos en ellos, olvidándose que en tales certificados no podían aparecer las constancias sobre condenas cuando la pena se hubiera cumplido o cuando la misma hubiera prescrito.

En el segundo parágrafo se establecía que el DAS o quien ejerciera tales funciones debía garantizar la disponibilidad gratuita y permanente de la información electrónica sobre el Certificado de Antecedentes Judiciales, para ser consultados por el titular, interesado, o por terceros, a través de la página web de la entidad

En el parágrafo anterior se había dispuesto que la información contenida en esos archivos era reservada, pero en éste se dice que deben estar disponibles para cualquier persona en la página web de la entidad.

Finalmente, en el parágrafo tercero se establecía que los certificados judiciales expedidos o solicitados por los interesados, no tendrán validez en aquellos cargos donde se requiera la carencia total de antecedentes.
Y en el segundo inciso de este parágrafo se disponía que cuando las entidades de la Administración requieran la presentación de los antecedentes judiciales "***deberán dar cumplimiento estricto"*** a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2150 de 1995, norma verdaderamente Macondiana, en la que se dispone que cuando las entidades de la administración pública requieran la presentación de los antecedentes judiciales, o de policía, disciplinarios o profesionales acerca de un ciudadano, deberán solicitarse, "***previa autorización escrita del mismo***,…" directamente a la entidad correspondiente, debiendo el interesado cancelar los derechos pertinentes [62].

Y damos este calificativo a esta norma, porque finalmente los archivos públicos en esta materia, quedaban bajo la voluntad omnímoda y disponibilidad total de quien tuviera los antecedentes negativos, porque bastaba que no prestara su consentimiento, para que el certificado de antecedentes no pudiera ser expedido, o la más fácil, que no cancelara los derechos pertinentes para su expedición.

El consentimiento del interesado es un aspecto fundamental en la administración de archivos privados, pero en tratándose de archivos públicos es imposible pensar que el funcionamiento de la administración pública en general y en particular de la justicia, pudiese quedar al albur de la voluntad de la persona a la que la información negativa concierne de

62 Decreto 2150 de 1995. ARTÍCULO 17. ***ANTECEDENTES JUDICIALES O DE POLICÍA, DISCIPLINARIOS Y PROFESIONALES.*** Cuando las entidades de la Administración Pública requieran la presentación de los antecedentes judiciales o de policía, disciplinarios o profesionales acerca de un ciudadano en particular deberán, previa autorización escrita del mismo, solicitarlos directamente a la entidad correspondiente. Para este efecto, el interesado deberá cancelar los derechos pertinentes si es del caso.

mantener en reserva un pasado escabroso, para el que no querrá ningún tipo de publicidad.

Finalmente debemos concluir que la normatividad legal sobre la caducidad o la consagración del derecho al olvido, es precaria en materia de antecedentes judiciales y será necesario que acudiendo a los criterios de ponderación y proporcionalidad se le busque una solución a este asunto de tan trascendental importancia. Más adelante analizaremos el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, que establece un derecho al olvido para faltas disciplinarias, para delitos, e incluso para decisiones extrapenales, mixtura que no resuelve los problemas antes anotados y que constituye en nuestro concepto una norma claramente contraria a la Carta Política.

Decíamos que la solución al problema es compleja y es necesario tener en cuenta, además de la normatividad existente en relación con los antecedentes judiciales, los principios de ponderación y proporcionalidad.

Primero debemos recordar uno de los principios instituidos en el artículo 1º de la Carta, según la cual la República está fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran ***y en la prevalencia del interés general*** [63].

En la problemática de los archivos que contienen las constancias negativas respecto de algunas personas, entrechocan dos intereses, de un lado el interés de la persona que aparece en un determinado archivo con constancias negativas sobre su pasado, en este caso concreto, el registro de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por la comisión de actividades delictivas, contravencionales o disciplinarias, constancias negativas que lo afectan en el ejercicio de derechos constitucionalmente establecidos como sería el derecho al trabajo, para no mencionar sino uno de tantos; y de otro lado, el interés del Estado y de la Nación, en conservar dichas constancias para ser utilizadas en el proceso de la administración de la justicia penal, en el señalamiento de las políticas criminales que se vayan a adoptar hacia el futuro, para que sirva de base informativa a los cuerpos de seguridad y de inteligencia, para prevenir la delincuencia y perseguir a los delincuentes

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.

cuando las infracciones se concreten, y finalmente para evitar que personas condenadas delictivamente por infracciones comunes, pudieran a llegar a desempeñar trascendentales cargos en el común quehacer de la República. En principio, como ya lo habíamos adelantado, los antecedentes judiciales son creados por el propio constituyente en el artículo 248 de la Carta, sin que le sea dable al legislador eliminarlos, porque sería decisión manifiestamente contraria a la Constitución. De allí entonces que la aplicación del derecho al olvido respecto de conductas realizadas en el pasado y que dieron lugar a este tipo de condenas es imposible, porque sería una decisión inconstitucional. El derecho al olvido tendría que ser regulado partiendo de esta norma de la Carta, y de las numerosas normas legales que de una u otra forma aluden a los antecedentes penales. Sería el caso entonces de que se legislara, estableciendo un tiempo determinado para la caducidad del dato, contando ese período de tiempo a partir del día siguiente después de haberse terminado de cumplir la pena impuesta, o partir del día siguiente de haberse producido la prescripción de la pena; es decir, el tiempo durante el cual se puede hacer constar en certificaciones solicitadas por las autoridades o por los propios interesados, transcurrido el cual, los datos se conservan de manera reservada, para ser utilizados por las autoridades del Estado en el cumplimiento de las finalidades que la Constitución y la ley le han señalado a los mismos.

Frente al reconocido derecho a la reserva del dato negativo, que no existe para que las autoridades en el ejercicio de sus funciones las utilicen de conformidad con las finalidades legalmente señaladas para los antecedentes; y se sobreviene entonces el problema de esa reserva, frente al acceso que pueden tener los particulares para asuntos y objetivos igualmente particulares, en el ejercicio del derecho a la información.

Recordamos que la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia C 458 12, reconoció que de manera excepcional los particulares podrían acceder a tales informaciones, como sería el caso de la información necesaria para contratar personal para un jardín infantil. Pero hemos dicho y lo seguimos sosteniendo que el derecho a la información no puede restringirse para tener derecho a ella solo en casos excepcionales y hemos mencionado dos casos, en los que prácticamente por exigencia legal, el que pretenda comprar o alquilar determinados bienes, debe tener derecho a obtener la información sobre los antecedentes judiciales de la persona con la que está negociando y si no busca tal información y la obtiene, tiene

el peligro de perder la propiedad en los casos de extinción de dominio por culpa por no haber hecho las averiguaciones necesarias para demostrar el origen lícito de los bienes, o en los de narcotráfico por habérsele dado a la propiedad destinos ilícitos. Pero igualmente este reconocimiento al derecho a la información, resulta de la misma manera en casos muy excepcionales y el derecho a la información no puede restringirse a tales extremos, razón por la cual creemos que cada vez que un particular justifique adecuadamente la necesidad de la información, tenga derecho a obtenerla, en cualquier caso de contratación de personal, en la búsqueda de la información sobre el profesional liberal que quiere contratar para que atienda para la prestación de un determinado servicio. Lo importante es que se demuestre la necesidad de la información, y que los objetivos para los que se quiere tener y utilizar sean aspectos legalmente viables y nunca para perjudicar a una persona o para discriminarla de manera negativa.

Pero debe además tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 4º de la Ley 1712 de 2014, define así el derecho a la información:

> "ARTÍCULO 4o. ***CONCEPTO DEL DERECHO***. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. ***El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente***. ***Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática***.
>
> El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, ***veraz***, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos.(Lo destacado no lo es en el texto).

La Corte Constitucional en la Sentencia C 274 de 2013, M.P. María Victoria Calle C. interpreta de manera correcta la norma anterior de la siguiente manera:

"El artículo establece que el titular del derecho es universal, al señalar que "*toda persona*" puede conocer la información pública, con lo cual se asegura que ésta deba ser entregada sin que sea necesario acreditar un interés directo o una afectación personal.

El objeto sobre el cual recae la posibilidad de acceso a información en posesión o control de un sujeto obligado no sólo es la información misma, sino también su existencia, lo cual resulta particularmente relevante frente a restricciones a la publicidad de la información. [196]

En tercer lugar, el artículo reitera que el derecho sólo puede ser restringible excepcionalmente por expreso mandato constitucional o legal. Tales restricciones deben ser además limitadas, proporcionales y acordes con los principios de una sociedad democrática, lo cual resulta concordante con las exigencias constitucionales señaladas en los artículos 74 y 209 Superiores y con la jurisprudencia de esta Corporación en materia de acceso a la información pública.

Sobre este punto resulta relevante recordar las reglas jurisprudencias que deben cumplirse al establecer restricciones a la publicidad de la información, a fin de dar claridad a las condiciones que deben atenderse cuando se pretenda oponerse a la publicidad de un documento o información, dado que tales requisitos fueron recogidos de manera sumaria en esta disposición. En la sentencia T-451 de 2011 la Corte resumió los requisitos en los siguientes términos:

"Las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada. A este respecto la Corte ha señalado que existe una clara obligación del servidor público de motivar la decisión que niega el acceso a información pública y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley. En particular debe indicar expresamente la norma en la cual se funda la reserva, por esta vía el asunto puede ser sometido a controles disciplinarios, administrativos e incluso judiciales [197]*.(...)*

La norma legal que nos ofrece el contenido o significado del derecho a la información nos indica que las restricciones al derecho a la información solo deben ser estrictamente excepcionales y la Corte Constitucional así lo interpretó. Pese a lo anterior en la Sentencia SU 458 12, se interpreta en sentido contrario, pues se sostiene que el derecho a la información que tienen los ciudadanos, si es relacionada con los antecedentes judiciales no es de carácter general como lo prevé la norma legal antes citada, sino que debe restringirse al máximo y que el ciudadano solo tendría este derecho en casos absolutamente excepcionales, como sería la contratación de personal para un jardín infantil.

Lo anterior demuestra la incoherencia de nuestras normas y la falta de criterios uniformes por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Igualmente, para respetar las inhabilidades constitucionalmente consagradas para el desempeño de las más altas dignidades del Estado, y de los cargos públicos en general, se deberá establecer, que el derecho al olvido, no opera para quienes aspiren a desempeñar cualquiera de dichos cargos. De no ser así, sería indispensable una reforma constitucional que elimine tales inhabilidades, propuesta de muy poco recibo, porque no podemos imaginarnos que los condenados por delitos comunes pudieran llegar a dirigir los destinos de la patria, o que se convirtieran en jueces para investigar, acusar y condenar a otros delincuentes.

Consideramos que la problemática solo puede ser solucionada por mandato legal, porque cuando un servidor público certifica que el solicitante no tiene antecedentes judiciales, teniéndolos como efectivamente los tiene, se estaría cometiendo una falsedad ideológica en documento público, razón por la cual este tipo de certificaciones pueden expedirse con autorización legislativa y nunca por mandato de un juez, porque éstos no están facultados para ordenar a un funcionario a que cometa un delito. Y cuando se afirma que no tiene antecedentes en los últimos cinco años, está certificando una verdad parcial, que termina siendo una mentira, porque más allá de los cinco años puede tener sentencias condenatorias por actividades delictivas o disciplinarias. Y en relación con esta problemática nunca nos podemos olvidar que, si la persona sufre un perjuicio como consecuencia de una información que no corresponde a la verdad o porque es parcial, el Estado como tal, podría tener responsabilidad extracontractual.

Además, es importante resaltar que quien requiere la información, quiere saber si la persona a la que le va a comprar, a alquilar o a tener cualquier tipo de negociación tiene antecedentes en el pasado. Porque para los efectos de la extinción de dominio o delitos de narcotráfico, por destinación de los bienes a esa actividad, exigen la información en todo tiempo y si la información no es completa, está poniendo en peligro su patrimonio o incluso su libertad y su seguridad jurídica. Si como consecuencia de una información que no corresponde a la verdad o si la misma es parcial, el ciudadano en los casos antes citados llegara a tener problemas con la justicia, nos parece que cabría una responsabilidad extracontractual para el Estado, porque el perjuicio lo recibe el ciudadano como consecuencia de una información incompleta que recibe del Estado.

Y es que acaso el ama de casa que necesita contratar a alguien que le ayude en las labores domésticas no necesita saber antes de vincularla laboralmente que carece de antecedentes penales?. ¿El empresario que necesita vincular empleados en cargos de confianza no requiere la información sobre los antecedentes de los candidatos para el desempeño de tales cargos?. ¿El paciente acaso no tendría derecho a conocer los antecedentes profesionales y la idoneidad profesional de quien le va a realizar un tratamiento muy riesgoso o una delicada cirugía?. ¿Y el inversionista que va a contratar la construcción de un moderno edificio, acaso no tendrían derecho a conocer los antecedentes judiciales de los ingenieros y arquitectos que va a contratar, al igual que sus antecedentes profesionales?.

Podríamos seguir haciendo un listado interminable de casos donde el ciudadano común y corriente necesitaría tener acceso a la información por múltiples situaciones de la vida diaria de las personas, es por ello que vemos que ese criterio que sobre el derecho a la información tiene la Corte Constitucional para casos absolutamente extraordinarios es un concepción cercenada y reduccionista del derecho constitucional a la información que tenemos todos los ciudadanos.

Cuando encontramos derechos que entran en colisión, es indispensable hacer un juicio ponderado de los dos derechos, su significación social e individual, su alcance, sus posibles restricciones, para concluir en un juicio que respete el principio de proporcionalidad según el cual, en unos casos debe darse predominio a uno de esos derechos que colisionan, y en otros casos, la preeminencia deberá reconocerse al otro derecho que entra en

contradicción con el anterior. En un caso de colisión de derechos, nunca se puede pensar que uno de ellos debe tener siempre la preeminencia sobre el otro, porque ni siquiera la vida tiene preeminencia total y absoluta sobre todos los demás derechos.

Si ese juicio frente a dos derechos que colisionan se hace desde la perspectiva favorable para uno de ellos, evidentemente la conclusión será necesariamente errada. Es una de las grandes falencias que hemos encontrado en algunas providencias de la Corte Constitucional, en la que se hacen esforzados discursos para defender uno de los derechos, en este caso, los derechos al habeas data, el buen nombre y el derecho a la intimidad personal y familiar, olvidándose de analizar el derecho a la información, respecto de los que requieren el ejercicio del mismo.

Esa tendencia se comienza a evidenciar desde la primera providencia de tutela que esa Corporación dictó, la T 414 de 1992, en la que un deudor de una entidad bancaria, a pesar de no haber cancelado la obligación, porque la misma se extinguió por prescripción reconocida por decisión judicial, logró finalmente por fallo de tutela que se obligara a la entidad y a la Asociación Bancaria a suprimir el registro como deudor moroso [64].

Es necesario, para poder subsistir, que todas las entidades que realizan actividades de crédito, tengan un listado de los clientes incumplidos, para poder advertir cuando se autoriza un préstamo el grado de riesgo que para el banco ese crédito significa [65].

64 a) El peticionario figura como deudor moroso del Banco de Bogotá en la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia por razón de un crédito respaldado con un pagaré, el cual se vencía inicialmente el 14 de Julio de 1981 y fue prorrogado hasta el 14 de Noviembre de 1981.
b) Por sentencia debidamente ejecutoriada, el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Bogotá declaró prescrita la obligación del peticionario, el 27 de abril de 1987.
c) Tanto el 8 de noviembre de 1988 como el 18 de junio de 1991 el señor A…, personalmente y por intermedio de apoderado, solicitó a la Asociación Bancaria que lo retirara de la lista de deudores morosos.
d) Mediante oficio 004407 del 26 de junio de 1991 la Asociación Bancaria se negó rotundamente a acceder a su solicitud.
e) El 24 de junio de 1991 el peticionario elevó igual solicitud al Banco de Bogotá, el cual la rechazó verbalmente.
f) En virtud de todo lo anterior, el señor A…. aparece como deudor moroso en el banco de datos de la Asociación Bancaria cuatro años después de ejecutoriada la sentencia que declaró extinguida su obligación.
(Sentencia T 414 92).

65 De la documentación suministrada por el señor Superintendente se desprende que la Central es un mecanismo de defensa gremial que concentra la información de clientes del sistema financiero en lo relacionado con aspectos que permiten establecer el grado de riesgo que implica un determinado crédito. La información que pueden recibir estos entes está sometida al principio de la reserva bancaria y su manejo se sujeta al deber general de no causar daño a otro. Pero la reserva bancaria no opera respecto de los datos relativos a obligaciones incumplidas comoquiera que es esta una excepción al deber de sigilo de los establecimientos bancarios7 . (Sentencia T 414 92).

Lo cierto es que de lo que se evidencia del fallo que se comenta, el tutelante nunca canceló el crédito y la obligación se extinguió por prescripción reconocida en decisión judicial, pero es una realidad que, para los objetivos empresariales buscados por ese grupo de entidades financieras, esa persona era un mal cliente, porque nunca canceló la obligación con la que se comprometió, y en tales circunstancias para estas entidades era importante mantenerlo en ese listado de clientes incumplidos. Finalmente se consideró que el banco y la asociación a la que pertenece habían actuado ilegalmente [66], y se les ordenó suprimir el nombre del incumplido del listado de clientes incumplidos que tienen esas entidades [67].

66 Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de "personas virtuales" que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.

De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido.

Este derecho le fue abiertamente negado al peticionario tanto por la Asociación Bancaria de Colombia como por el Banco de Bogotá, con lo cual lo condenaron, sin fórmula de juicio, a una exclusión del sistema crediticio por término indefinido. Ello pese a que ambas entidades sabían que desde el 27 de abril de 1987 un Juez de la República, con la autoridad que le confiere la ley declaró prescrita la obligación contraída por el peticionario con el Banco de Bogotá.

Por eso es a todas luces censurable la rebeldía del banco a reconocerle efectos a esta sentencia. Como lo es también, en mayor grado, la complicidad manifiesta con dicha conducta por parte de una entidad llamada a velar por los mejores intereses del gremio, como es el caso de la Asociación Bancaria de Colombia.

67 **RESUELVE**

PRIMERO. - REVOCAR la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el día 4 de Febrero de 1992 y en su lugar, ***ORDENAR la inmediata cancelación del nombre del peticionario*** F. A. N. de la lista de deudores morosos de la Central de Información, organizada y administrada bajo la responsabilidad de la Asociación Bancaria de Colombia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Asociación Bancaria de Colombia a la indemnización del daño emergente causado al peticionario, en el monto que éste compruebe ante las autoridades competentes.

TERCERO.- CONDENAR a la Asociación Bancaria de Colombia a pagar las costas del presente proceso, de conformidad con la tasación que para tal efecto realice el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

CUARTO.- Para los efectos de lo expuesto en la parte motiva de este fallo, DAR traslado para lo de su competencia a las honorables Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, así como a la Procuraduría General de la Nación.

QUINTO.- Solicitar al Procurador General de la Nación que en uso de su facultad de iniciativa legislativa y en desarrollo del artículo 15 de la Carta y demás normas concordantes, considere la conveniencia de presentar a la brevedad posible ante el Congreso de la República un proyecto de ley que proteja eficazmente la intimidad y la libertad informática de los colombianos.

SEXTO.- En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que hayan ocurrido abusos o intromisiones arbitrarias o ilegales en la recolección, almacenamiento, tratamiento, uso y divulgación no autorizada expresamente de datos personales, por cualquier medio o tecnología, que amenacen vulnerar la intimidad y libertad informática de la persona, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá **CARACTER OBLIGATORIO** para las autoridades, en los términos del artículo 23 del decreto 2067 de 1991.

SEPTIMO.- ENVIENSE sendas copias del presente fallo a los señores Superintendente Bancario y Director del Departamento Nacional de Estadística (DANE).

OCTAVO.- ORDENAR que por Secretaría se comunique esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Una situación es que en ese caso la obligación se hubiese extinguido por prescripción de la obligación, y otra muy distinta es que ese deudor nunca canceló su obligación y por tanto para el Banco, para la Asociación Bancaria y para nosotros esa persona seguía siendo un cliente moroso, y se ordenó la supresión de la lista de deudores morosos, lo que nos lleva a concluir que se trató de una orden contraria a la realidad, desconociéndose al mismo tiempo el derecho a la información que tenían esas entidades.

Nos parece que este es un caso en el que se privilegia el derecho al buen nombre y se olvida por completo el derecho a la información a que tienen derecho las entidades crediticias. Debemos destacar que cuando esta decisión se profirió no existía ley regulatoria de los datos financieros y en relación con este tipo de casos solo existía el texto constitucional del artículo 15, que entre las facultades que le concede al ciudadano para proteger el habeas data son las de conocer, actualizar y rectificar, y nunca las de suprimir o cancelar los registros negativos.

De conformidad con las previsiones del artículo 15 constitucional, que consagra el *Habeas Data*, el ciudadano tiene "***derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas***" [68].

Se podría incluso afirmar, que al no incluirse el verbo "suprimir" o cualquier otro sinónimo del mismo en el artículo 15 consagratorio del habeas data; al crearse en el artículo 248 los antecedentes sin señalarle un determinado tiempo de caducidad, al igual que estableció las inhabilidades intemporales en los artículos ya mencionados, fue su voluntad de que tales registros no tuvieran límites temporales en su caducidad; y que el constituyente no quiso conceder a los titulares de tales derecho la facultad de poder afectar la integridad de los archivos públicos, que estaban integrados en la norma junto con los archivos privados.

Si el constituyente quiso consagrar los antecedentes judiciales, el fenómeno

68 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.

de la cosa juzgada y las inhabilidades para las más altas dignidades del Estado, y para ser elegido y desempeñar determinados cargos públicos, es claro que respecto de condenas ejecutoriadas sería imposible que se pensara siquiera en la opción de actualizar y rectificar tales datos, excepto en que por errores al asentarse el respectivo registro, el que lo hace hubiera cometido un yerro en la digitación de los nombres, los delitos, las fechas o cualquier otro aspecto relevante de la sentencia. Lo anterior, porque es evidente qué habiéndose producido la fuerza de la cosa juzgada, es imposible pensar en rectificar el contenido de la misma, sino es por aplicación de la ley penal favorable aplicada retroactivamente, o por el ejercicio de la acción extraordinaria de revisión.

Para efectos del registro de los antecedentes judiciales, el hecho de que se hubiere cumplido la pena en su integridad o que la misma hubiese prescrito, en nada modifica la existencia del antecedente, porque precisamente lo que registra éste, o mejor, lo que demuestra es que el dueño de dicho antecedente en el pasado fue condenado por una decisión judicial o administrativa, por actividades delictivas, contravencionales o disciplinarias. En tales circunstancias el hecho de que haya pagado la pena o que la misma hubiere prescrito, es irrelevante frente a las funciones que debe cumplir el antecedente judicial.

La expresión constitucional que se destacó en precedencia tiene que ver fundamentalmente con otra clase de archivos, como los contenidos en las empresas de prevención de riesgos financieros, en los que el ciudadano si tiene derecho de rectificación o actualización, cuando se pagó la obligación que estaba en mora, o cuando se produce cualquier de las causas que hacen desaparecer las obligaciones.

Incluso nos parece que para efectos de los objetivos que cumplen dichas bases de datos si es relevante si el ciudadano simplemente se atrasó en el pago, pero finalmente pagó de manera voluntaria; porque existe una profunda diferencia con el que pagó como consecuencia de una decisión judicial como efecto de una demanda en un juicio ejecutivo o hipotecario por mencionar algunos de los cobros coactivos que se adelantan contra los clientes incumplidos y reacios a cumplir con sus obligaciones; o la del cliente que nunca canceló la obligación porque logró que se le reconociera la prescripción de la obligación. Si uno de los objetivos de tales bancos de datos es verificar la conducta cumplida o no de las obligaciones comerciales

y financieras, sería importante destacar cuando se pagó voluntariamente o se pagó como consecuencia de procedimientos coactivos, o el que nunca pagó.

Lo anterior es trascendente, porque a las entidades crediticias les interesa la información sobre la calidad del cliente y para estos efectos es importante saber si el incumplimiento se produjo en una crisis económica general, o una situación de un mal negocio, o si se trata de una persona incumplida de manera reiterativa, de la misma manera que es trascendente saber si pagó voluntariamente, o lo hizo como consecuencia de una decisión judicial en un juicio ejecutivo, hipotecario o de cualquier otra naturaleza.

Y de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, los datos existentes en los bancos de datos relacionados con el incumplimiento de obligaciones comerciales como claramente se instituye en el inciso segundo de esta norma, deben contener: "Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones,…..".

En nuestro modesto criterio, sería imposible desde todo punto de vista aplicar esta norma analógicamente a otro tipo de datos negativos, como son las sentencias condenatorias de origen judicial, porque es evidente que a pesar que en ambos casos estamos en presencia de bancos de datos, y que todas las informaciones contenidas en los mismos, son igualmente negativas para la persona, la naturaleza y contenido de los mismos son diametralmente diferentes y de mucho más trascendencia social y estatal, cuando se trata de sentencias condenatorias emitidas por los jueces de la República.
No es posible hacer aplicación analógica de los principios porque esta opción está descartada por la propia ley, que en su artículo 2º determina:

> "ARTÍCULO 2o. ***AMBITO DE APLICACIÓN***. La presente ley se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada.
>
> ***Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas especiales que disponen la confidencialidad o reserva de ciertos datos o información registrada en bancos de datos de naturaleza pública, para fines estadísticos, de investigación o sanción de delitos o***

> ***para garantizar el orden público.***
> ***Se exceptúan de esta ley las bases de datos que tienen por finalidad producir la Inteligencia de Estado por parte del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y de la Fuerza Pública para garantizar la seguridad nacional interna y externa*** [69]. (…) (Lo destacado no lo es en el texto)

Se debe destacar que las bases de datos que tienen como finalidad producir inteligencia de los organismos de seguridad y de la Fuerza Pública, en parte son las mismas bases de datos a las que deben acudir los jueces para hacer la tasación de las penas en sus decisiones condenatorias y en la concesión de subrogados penales y ciertos beneficios procesales y carcelarios.

Los principios que rigen la administración de bases de datos personales, especialmente los financieros, crediticios, comerciales, de servicios y los proveniente de terceros países, se rigen por los siguientes principios:

> "ARTÍCULO 4o. ***PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE DATOS***. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se tendrán en cuenta, de manera armónica e integral, los principios que a continuación se establecen:
>
> a) ***Principio de veracidad o calidad de los registros o datos***. La información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;
>
> b) ***Principio de finalidad***. La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto;
>
> c) ***Principio de circulación restringida***. La administración de datos personales se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos, de las disposiciones de la presente ley y de los principios de la administración de datos personales especialmente de los principios de temporalidad de la información y la finalidad del banco de datos.
>
> Los datos personales, salvo la información pública, no podrán

69 LEY ESTATUTARIA 1266 DE 2008, publicada en el D.O. Nro. 47.219 de 31 de diciembre de 2008. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones".

> ser accesibles por Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o los usuarios autorizados conforme a la presente ley;
>
> d) ***Principio de temporalidad de la información***. La información del titular no podrá ser suministrada a usuarios o terceros cuando deje de servir para la finalidad del banco de datos;
>
> e) ***Principio de interpretación integral de derechos constitucionales***. La presente ley se interpretará en el sentido de que se amparen adecuadamente los derechos constitucionales, como son el hábeas data, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Los derechos de los titulares se interpretarán en armonía y en un plano de equilibrio con el derecho a la información previsto en el artículo 2078 de la Constitución y con los demás derechos constitucionales aplicables;
>
> f) ***Principio de seguridad***. La información que conforma los registros individuales constitutivos de los bancos de datos a que se refiere la ley, así como la resultante de las consultas que de ella hagan sus usuarios, se deberá manejar con las medidas técnicas que sean necesarias para garantizar la seguridad de los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta o uso no autorizado;
>
> g) ***Principio de confidencialidad***. Todas las personas naturales o jurídicas que intervengan en la administración de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas en todo tiempo a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende la administración de datos, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma. (Lo destacado no lo es en el texto).

Aceptamos sí que algunos de los principios que rigen la administración de datos personales podrían ser aplicados a las bases de datos personales de documentos públicos, pero en ningún momento se podrían aplicar por analogía el principio de la temporalidad de la información, ni tampoco el principio de confidencialidad, el primero porque por las razones ya dadas, constitucionalmente es imposible a los antecedentes judiciales aplicarles una determinada caducidad, y el segundo, porque el objetivo de los antecedentes es para que sean conocidos por todas las autoridades judiciales, de policía, de inteligencia, carcelarias entre otras. Y por el

principio de la información habrían particulares que justificadamente tendrían derecho a tener tales informaciones, en ejercicio de ese derecho constitucional.

La no aplicación analógica de los principios que rigen la administración de datos personales, se ratifica por lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1581 de 2012 [70], al establecerse:

> "ARTÍCULO 2o. ***ÁMBITO DE APLICACIÓN***. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.
>
> La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.
>
> El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:
>
> a) A las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico.
> Cuando estas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización. En este caso los responsables y Encargados de las bases de datos y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la presente ley;
>
> b) ***A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo;***
>
> c) ***A las bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia;***

70 LEY ESTATUTARIA 1581 DE 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.587 de 18 de octubre de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.

> d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;
>
> e) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 126624 de 2008;[71]
> f) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 7927 de 1993.[72]
>
> PARÁGRAFO. Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley. (Lo destacado no lo es en el texto)

Pero además de las previsiones legislativas antes destacadas es una realidad que la Constitución establece un principio general de acceso a los documentos públicos, pero la norma que lo consagra se encarga de precisar que salvo las excepciones que establezca la Ley, y esta última parte es trascendental, porque es una realidad que si estamos en un verdadero Estado de Derecho, Democrático y Participativo, lo elemental es que los ciudadanos puedan acceder a los documentos públicos, para poder ejercer un control a la actuación de la administración; pero es igualmente claro que existen temas que no pueden ser públicos como son los relacionados con la seguridad nacional; medidas económicas que pueden favorecer a unos y perjudicar a otros y que por tanto no pueden ser conocidas hasta que no sean divulgadas oficialmente; y se encuentran también los temas relacionados con la intimidad de las personas y su vida personal y familiar, los datos e informaciones relacionadas con menores, que son también reservados, y que por tanto hay límites en cuanto al acceso de los mismos, de igual manera que existen restricciones para tener acceso a informaciones militares y de ciertos temas gubernamentales.

71 Mediante esta ley se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

72 LEY 79 DE 1993, publicada en el Diario oficial No. 41.083., de 20 de octubre de 1993, por medio de cual se regula la realización de los Censos de Población y Vivienda en todo el territorio nacional.

El derecho a la información por medio del acceso a los documentos que reposen en las oficinas públicas se encuentra profusamente reglamentado por la Ley 570 de 1985[73], Ley 190 95, Ley 594 de 2000 [74], Ley 1266 de

73 ARTICULO 12. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.
ARTICULO 13. La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta (30) años de su expedición.
Inciso modificado por el Artículo 28138 de la Ley 594 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Cumplidos éstos, el documento por este solo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano, y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo.
ARTICULO 14. Para los efectos previstos en el artículo 12144, son oficinas públicas las de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias y las Unidades Administrativas Especiales; las de las Gobernaciones, Intendencias, Comisarías, Alcaldías y Secretarías de estos Despachos, así como las de las demás dependencias administrativas que creen las Asambleas Departamentales, los Consejos Intendenciales o Comisarías y los Concejos Municipales o que se funden con autorización de estas mismas Corporaciones; y las de los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales o Comerciales del estado y las Sociedades de Economía Mixta en las cuales la participación oficial sea superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital social, ya se trate de entidades nacionales, departamentales o municipales y todas las demás respecto de las cuales la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal.

74 ARTICULO 27. ***ACCESO Y CONSULTA DE LOS DOCUMENTOS***. Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley.
Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes.
ARTICULO 28. ***MODIFICACIÓN DE LA LEY 57 DE 1985***. Modifícase el inciso 2o. del artículo 13263 de la Ley 57 de 1985, el cual quedará así: "La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta años de su expedición. Cumplidos éstos, el documento por este solo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano, y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo".
ARTICULO 29. ***RESTRICCIONES POR RAZONES DE CONSERVACIÓN***. Cuando los documentos históricos presenten deterioro físico manifiesto tal que su estado de conservación impida su acceso directo, las instituciones suministrarán la información contenida en estos mediante un sistema de reproducción que no afecte la conservación del documento, certificando su autenticidad cuando fuere del caso.

2008[75], Ley 1437 de 2011[76], Ley 1450 de 2011[77], Ley 1581 de 2012, Ley

75 Ley 1266 de 2011, ARTÍCULO 2o. ***AMBITO DE APLICACIÓN***. La presente ley se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada. Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas especiales que disponen la confidencialidad o reserva de ciertos datos o información registrada en bancos de datos de naturaleza pública, para fines estadísticos, de investigación o sanción de delitos o para garantizar el orden público. Se exceptúan de esta ley las bases de datos que tienen por finalidad producir la Inteligencia de Estado por parte del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y de la Fuerza Pública para garantizar la seguridad nacional interna y externa. Los registros públicos a cargo de las cámaras de comercio se regirán exclusivamente por las normas y principios consagrados en las normas especiales que las regulan. Igualmente, quedan excluidos de la aplicación de la presente ley aquellos datos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico y aquellos que circulan internamente, esto es, que no se suministran a otras personas jurídicas o naturales."

76 ARTÍCULO 24. ***INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS***. Artículo modificado por el artículo 1407 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:
1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266408 de 2008.
6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.
7. Los amparados por el secreto profesional.
8. Los datos genéticos humanos.
PARÁGRAFO. Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.

77 ARTÍCULO 227. ***OBLIGATORIEDAD DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN***. Artículo modificado por el artículo 1592222 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Para el desarrollo de los planes, programas y proyectos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo y en general para el ejercicio de las funciones públicas, las entidades públicas y los particulares que ejerzan funciones públicas pondrán a disposición de las entidades públicas que así lo soliciten, la información que generen, obtengan, adquieran o controlen y administren, en cumplimiento y ejercicio de su objeto misional. El uso y reutilización de esta información deberá garantizar la observancia de los principios y normas de protección de datos personales, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 15812223 de 2012 y 17122224 de 2014, así como las demás normas que regulan la materia.
El suministro de la información será gratuito, deberá solicitarse y realizarse respaldado en estándares que faciliten el proceso de intercambio y no en tecnologías específicas que impidan el acceso, no estará sujeto al pago de tributo, tarifa o precio alguno y las entidades públicas solo podrán cobrar los costos asociados a su reproducción o los derivados de la aplicación de procesamientos o filtros especiales. Las entidades públicas propenderán por la integración de los sistemas de información para el ejercicio eficiente y adecuado de la función pública.
Las obligaciones a las que hace referencia este artículo constituyen un deber para los servidores públicos en los términos del artículo 342225 del Código Disciplinario Único y los términos para su cumplimiento deberán atender lo dispuesto en la Ley Estatutaria del Derecho de Petición.
Las curadurías urbanas entregarán a los entes territoriales que lo soliciten la información pertinente sobre las solicitudes, expediciones y aprobaciones de todos los actos administrativos de licenciamiento urbanístico, a fin de que estos puedan ejercer con oportunidad y eficacia los respectivos procesos de vigilancia y control del

1712 de 2014 [78], Ley 1755 de 2015, [79].

desarrollo urbanístico e inmobiliario. Para el efecto, cada ente territorial acordará con las curadurías urbanas respectivas los medios para el reporte de la información.
PARÁGRAFO 1o. Para el reconocimiento de derechos pensionales y el cumplimiento de la labor de fiscalización de competencia de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), esta tendrá acceso a la información alfanumérica y biográfica que administra la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a la tributaria de que trata el artículo 5742226 y el Capítulo III del Título II del Libro V del Estatuto Tributario que administra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La UGPP podrá reportar los hallazgos a las Administradoras del Sistema de Protección Social, para que adelanten las acciones bajo su competencia. Para estos efectos la UGPP requerirá a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dentro de lo de su competencia, para obtener la información necesaria.
PARÁGRAFO 2o. La Registraría Nacional de Estado Civil, permitirá el acceso a la información alfanumérica, biográfica y biométrica que soliciten las administradoras del sistema de seguridad social integral en pensiones, salud y riesgos laborales, para que adelanten las acciones estrictamente relacionadas con el cumplimiento de su objetivo misional.
Las entidades públicas o particulares con funciones públicas que quieran verificar la plena identidad de los ciudadanos contra la base de datos biométrica que produce y administra la Registraduría Nacional de Estado Civil, podrán implementar su propia infraestructura para acceder directamente o a través de un aliado tecnológico certificado por la Registraduría para consultar en línea las minucias dactilares.
Los particulares que desarrollen las actividades del artículo 3352227 de la Constitución Política y los demás que autorice la ley, podrán acceder a las réplicas de las bases de datos de identificación de la Registradora y consultar en línea minucias dactilares, utilizando infraestructura propia o a través de un aliado tecnológico certificado por la Registraduría. Para ello deberán previamente cubrir los costos que anualmente indique la Registraduría, por concepto de Administración, soporte, mantenimiento de las aplicaciones de las actualizaciones de las bases de datos.

PARÁGRAFO 3o. Parágrafo derogado por el artículo 1582234 del Decreto Ley 2106 de 2019
PARÁGRAFO 4o. Para el cumplimiento de las labores de controlar, fiscalizar y vigilar las modalidades de juegos de suerte y azar que administra Coljuegos, en lo relacionado con la información relevante para el ejercicio de su función, tendrá acceso a la información tributaria de que trata el artículo 5742238 y el Capítulo III del Título II del Libro V del Estatuto Tributario que administra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
PARÁGRAFO 5o. Las entidades públicas y privadas que administren o cuenten con información sobre historias laborales suministrarán la información que los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Trabajo estimen necesaria para la construcción de las historias laborales unificadas, siempre que esta información sea relevante para el ejercicio de funciones públicas y su solicitud, suministro, tratamiento y custodia observe los principios y normatividad vigente para el tratamiento de datos personales.

78 ARTÍCULO 4o. ***CONCEPTO DEL DERECHO***. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.
El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos.

79 **Derecho de petición ante autoridades. Reglas especiales**
Artículo 2492. ***Informaciones y documentos reservados***. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:
1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la

En nuestro medio, la normatividad frente a esta apasionante temática apenas se está forjando, y son más los vacíos, lo interrogantes y las contradicciones normativas que las soluciones propuestas en nuestras leyes.

Mencionamos lo anterior, porque recordamos la problemática de la publicidad de los procesos y la difusión, publicación e incluso la comercialización de las decisiones judiciales, en su calidad de jurisprudencia. Bien se sabe que en el período instructivo se impone la reserva del sumario, -muy pocas veces cumplida en nuestro país-, mientras que el juicio es público. Las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia son comercializadas por un número grande editoriales dedicados a la publicación de libros jurídicos.

El Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968, establece restricciones a la publicidad de los procesos en el artículo 14, cuando lo exija la vida privada de las personas, cuando la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia, al igual que la publicidad de la sentencia, cuando hay menores de por medio, o en el caso de pleitos matrimoniales o la tutela de menores:

> "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

respectiva operación.
S. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 97 de 2008.
6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.
7. Los amparados por el secreto profesional.
8. Los datos genéticos humanos.
PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.
-Artículo declarado EXEQUBLE, salvo el parágrafo que se declara CONDICIONALMENTE exequible "bajo el entendido de que los eventos allí previstos, también son aplicables para el numeral 8 referente a los datos genéticos humanos", por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-951-14 de 4 de diciembre de 2014, Magistrada Ponente Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, quien de conformidad con lo previsto en los artículos 153 y 241, numeral 8 de la Constitución, efectuó la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 65/12 Senado, 227/13 Cámara. -.

contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”.

Igualmente, el C. de P. P., Ley 906 de 2004, limita la publicidad del proceso penal al establecerse:

“ARTÍCULO 150. ***RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD NACIONAL O MORAL PÚBLICA***. Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

1. Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.

2. Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

“ARTÍCULO 151. ***RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE SEGURIDAD O RESPETO A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD***. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

“ARTÍCULO 152. ***RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE INTERÉS DE LA JUSTICIA***. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

“ARTÍCULO 152A. Artículo adicionado por el artículo 671121 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: En aras de garantizar la vida e integridad personal de los testigos, el juez o tribunal podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

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

> El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.
>
> Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:
>
> a) Abogado con su cliente;
>
> b) Médico con paciente;
>
> c) Psiquiatra, psicólogo o terapista con el paciente;
>
> d) Trabajador social con el entrevistado;
>
> e) Clérigo con el feligrés;
>
> f) Contador público con el cliente;
>
> g) Periodista con su fuente;
>
> h) Investigador con el informante. Aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible, por sentencia C 029 del 09 "en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo". M.P. Rodrigo Escobar G.

Pero hoy la aplicación del derecho al olvido, tiene graves cortapisas por la existencia de leyes con vigencia de varias décadas, tiempos en los cuales no se había comenzado a debatir la problemática del derecho al olvido; una de esas leyes a las que hacemos referencia es la 23 de 1982 que no solo permite reproducir la legislación nacional, sino también las decisiones judiciales, sin que establezca ninguna restricción en relación con tales publicaciones. El artículo 41 de la citada ley dispone:

> "ARTICULO 41. ***Es permitido a todos reproducir*** la Constitución, Leyes, Decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y ***decisiones judiciales***, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido. (Lo destacado no lo es en el texto).

En tales condiciones de que sirve la entronización del derecho al olvido, si las conductas objeto de reproche penal que son objeto de sentencias condenatorias, pueden ser reproducidas sin ninguna restricción y en cualquier tiempo, de la misma manera que como vamos a ver, en las últimas

disposiciones reguladoras de los antecedentes judiciales, se entroniza la consulta en línea, para cualquier persona que pudiera tener interés en conocer los antecedentes del ciudadano que le plazca.

De que sirve el derecho al olvido, si desde el inicio del proceso los medios de comunicación registran con detalle lo relacionado con cada caso delictivo, y en muchas ocasiones lanzan juicios de responsabilidad, y elaboran verdaderas novelas policíacas para hacer más llamativa la noticia. Lamentablemente cuando en muchos de esos casos las personas involucradas se les reconoce la inocencia la noticia no se produce, o por lo menos, no con el mismo despliegue de cuando el caso llamó la atención a los medios.

Si en realidad se quiere consagrar el derecho al olvido, tendrían que hacerse múltiples cambios a la legislación existente, para poder garantizar la integridad de tal derecho, como sería la cancelación de la consulta en línea de los antecedentes judiciales y exigiendo que para la publicación de las decisiones judiciales se ordene borrar o cambiar los nombres de los condenados, puesto que es imposible prohibir la publicación de las decisiones judiciales, por la importancia que tienen como precedente jurisprudencial, y por la importancia académica que las mismas tienen en el estudio, la enseñanza y el desarrollo del derecho. Y si se elimina la consulta en línea de los antecedentes judiciales, en que queda el derecho a la información?.

Nos parece que la cancelación de la consulta en línea no sería la solución más apropiada, por la afectación del derecho a la información, razón por la cual habría que crear un sistema que pueda ser consultado por los que realmente estén necesitados de la información, para que la consulta la línea no se vaya a convertir en un medio de persecución, satanización o discriminación con quienes en el pasado se equivocaron.

Tampoco creemos que el problema de la consulta en línea de los antecedentes judiciales haya quedado solucionado con lo dispuesto en la Sentencia SU 458 de 2012, con ponencia de la H.M. Adriana María Guillén., en cuanto ordenó a la Policía Nacional que tomara las medidas que fueran necesarias para que cuando un tercero, con el número de cédula de otra persona tratase de averiguar por sus antecedentes judiciales le saliese como resultado de la consulta, la carencia de los mismos.

En tal sentido se consideró y dispuso:

> "En la medida en que la vulneración del derecho al habeas data se concreta en la conducta del administrador de la base de datos sobre antecedentes penales, que permite que terceros tengan acceso indiscriminado, inorgánico y no acorde con una finalidad clara y precisa establecida en la Constitución o la Ley, a dicha información personal, la Corte ordenará al Ministerio de Defensa-Policía Nacional, o a la autoridad encargada de la administración de la base de datos de antecedentes penales que al momento de facilitar el acceso a dicha base de datos ***impida*** que terceros sin un interés legítimo, previamente definido en la ley, conozcan que los peticionarios A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L y M fueron condenados alguna vez por la comisión de un delito. En esta medida, ordenará al Ministerio de Defensa-Policía Nacional ***retomar*** la práctica administrativa del entonces DAS, vigente hasta antes de la expedición de la resolución 1157 de 2008. Esto es, que la leyenda sobre el certificado o la constancia de los antecedentes penales, sea por escrito, sea en documento electrónico o de cualquier otra forma posible, sea la misma empleada en la resolución 1041 de 2004 del entonces DAS. Es decir: ***"no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales"***.
>
> En consecuencia, la Sala ordenará a la Policía Nacional, especialmente a la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL, que modifique el sistema de consulta en línea de antecedentes judiciales, de manera que al ingresar la cédula de los señores A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L y M, y de todos aquellos que se encuentren en una situación similar o que no registren antecedentes, aparezca la leyenda: "no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales".
>
> 36. Asimismo, con el fin de garantizar la vigencia de los principios de finalidad, utilidad, necesidad y circulación restringida de la información contenida en la base de datos personales sobre antecedentes penales, la Sala **prevendrá** a la Policía Nacional, especialmente a la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL, para que **modifique** el sistema de consulta en línea de antecedentes judiciales, de manera que toda vez que **terceros sin**

> **un interés legítimo,** al ingresar el número de cédula de cualquier persona, registre o no antecedentes y siempre que no sea requerida por autoridad judicial, aparezca en la pantalla la leyenda: "no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales"."

Con lo anteriormente decidido se afecta el derecho a la información y la respuesta que finalmente recibe el ciudadano sería una falsedad ideológica en documento público, porque saldría la información de carencia de antecedentes, cuando en realidad a esa persona si le aparecen registros negativos.

Pero frente a lo antes resuelto se nos sobreviene el problema relacionado con el derecho que colisiona al habeas data, esto es el derecho a la información. Ya destacamos dos casos, en los que por prácticamente por imperativo legislativo, el ciudadano que piense adquirir bienes inmuebles o arrendar, debe tener una información completa sobre los antecedentes judiciales de la persona con la que está negociando, porque si compra y resulta que el bien era de un delincuente [80], es posible que se le inicie proceso de extinción de dominio contra el mismo, por haber actuado con negligencia en informarse sobre el comportamiento legal o ético del vendedor , o de los antecedentes del arrendatario, cuando el bien es destinado a actividades de narcotráfico por parte del quien lo alquiló [81].

---

80 Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio. **ARTÍCULO 3o.** ***DERECHO A LA PROPIEDAD. La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa*** y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente.

81 ARTICULO 47. Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o deposito. Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier otro título no traslaticio del dominio, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.
Excepcionalmente podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuera el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieran participación alguna ellos, en el destino ilícito dado a esos bienes.
Código Penal. Ley 599 de 2000. **ARTICULO 377.** ***DESTINACION ILICITA DE MUEBLES O INMUEBLES.*** Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elabore, almacene o transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refieren los artículos 375 y 376, y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El problema no es como se plantea en la Sentencia SU 458 de 2012, que se justificaría que un particular se interese por los antecedentes de una persona, en casos excepcionales, como sería el caso de la contratación de personal para un jardín infantil.

El ejercicio del derecho a la información, no puede limitarse, para ser ejercido en casos excepcionales, es el derecho de toda persona a la obtención de información veraz, actualizada sobre un determinado aspecto social, sobre un determinado problema o incluso sobre la integridad ética de las personas con las que deba entrar en contacto por cualquier motivo y particularmente sobre la tenencia o no de antecedentes judiciales. Lo anterior estaría más que justificado si se tiene en cuenta la inseguridad que se vive en nuestro país, con el aumento indiscriminado de todas las formas de delincuencia y entre ellas las más peligrosas contra la vida, la libertad y el patrimonio. Ya vimos con anterioridad que la ley que regula este derecho, dispone que solo de manera excepcional se puede limitar o restringir.

En Europa ya se comienzan a establecer ciertas restricciones en cuanto a la publicidad de los procesos y de sus decisiones. La profesora Rosa Cernada Badía en relación con esta temática nos relata la evolución de la jurisprudencia española en relación con la restricción de la publicidad de los procesos:

> "Tradicionalmente, el principio de publicidad procesal se entendía en sentido amplio, de forma que los ciudadanos podían acceder a las sentencias sin limitación. El Tribunal Supremo modificó esta interpretación a partir del caso del *Grupo Interpress, S. A*., redefiniendo el concepto del interés y exigiendo que sea legítimo. Requisito que sólo reconoce cuando el solicitante acredita la conexión concreta y singular con el objeto del proceso o algunos de los actos procesales que constan en autos. La conexión se somete a dos límites:

- La información debe ser utilizado para fines estrictamente judiciales;
- No debe afectar a los derechos fundamentales de las partes o de

Inciso adicionado por el artículo 14 del Ley 1787 de 2016. El nuevo texto es el siguiente: Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

terceros intervinientes en el proceso. En particular, los derechos a la vida privada.
Esta orientación jurisprudencial amplía la dimensión de la publicidad procesal interna y modifica el sistema de acceso a la información judicial, que somete a otros tres criterios: i) publicidad para todos los ciudadanos mediante la audiencia pública; ii) notificación de las resoluciones judiciales a las partes del proceso y iii) acceso a las actuaciones finalizadas por los interesados.
(…)

"En efecto, ante el carácter fundamental de la publicidad procesal en un Estado democrático de Derecho, la jurisprudencia constitucional española y las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se rigen por el principio de publicidad íntegra incorporando todos los datos personales de los afectados." [82]

La misma autora, describe otras limitaciones que se han impuesto para efectos de poder garantizar el derecho al olvido:

"A pesar de la rotundidad (acceso a los archivos pcos.), en su reconocimiento, estos derechos no son absolutos. Uno de sus límites esenciales afecta a su ámbito subjetivo pues solo se reconoce a las partes y los interesados, en los términos analizados. Y en relación a la protección de datos, el artículo 266 de la LOPJ permite restringir su ejercicio cuando pueda afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas especialmente vulnerables y, en general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes. En este sentido, ambos derechos deben ponerse en relación con el derecho al olvido judicial en tanto que, si un sujeto no autorizado accede a tales documentos y los difunde por la red, se compromete seriamente el derecho al olvido. Amén de la vulneración de otros principios esenciales como la presunción de inocencia o el derecho de defensa." [83]

82 Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El derecho al olvido judicial en la red. Rosa Cernada Badía. Pág. 521 y ss, 527. Madrid 2013.

83 Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales. Loreto Corredoira y Alfonso Lorenzo Cotino Hueso (dirs). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El derecho al olvido judicial en la red. Rosa Cernada Badía. Pág. 533. Madrid 2013.

Es por lo anterior que la Ley Estatutaria 1581 de 2012, -sobre protección de datos personales-, cuyo artículo 29 fue declarado inexequible por vicios de trámite, nos pareció que así no se hubiera declarado inconstitucional por tales motivos, lo hubiera sido por ser manifiestamente contrario a la Carta, puesto que remitía al artículo 17 del Decreto 2150 de 1995, en el que se disponía que la certificación sobre antecedentes solo podía expedirse previa autorización del interesado y una vez se hubieran sufragado los gastos que el mismo ocasionara; y luego disponía que tales archivos, que inicialmente los consagraba como reservados, después determinaba que debían estar disponibles en la página web, para que fueran consultados por el interesado o por terceros.

NUESTRA NORMATIVIDAD EN RELACIÓN CON LOS ANTECEDENTES JUDICIALES.

Como ya lo habíamos destacado, nuestra Carta Fundamental dedica una de sus normas a consagrar la figura de los "antecedentes penales y contravencionales", disponiendo que solo constituyen antecedentes los que hayan surgido de una decisión judicial ejecutoriada [84].

Y la explicación de esta figura tiene su razón de ser, porque la existencia de sentencias condenatorias "***en cualquier tiempo***", por delitos contra el patrimonio público, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad, o por narcotráfico, en Colombia o en el exterior, se convierten en una inhabilidad para cualquier ciudadano para ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, de la misma manera que no podrán ser elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado.

Tampoco podrán ser servidores públicos, quienes, en calidad de tales, por una conducta dolosa o gravemente culposa, así reconocida en sentencia ejecutoriada, haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, a menos que hubiere resarcido el daño. Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Carta Política [85].

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

85" $ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Se consagra igualmente una inhabilidad para ser congresista a quienes hayan sido condenados "***en cualquier época***", por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, de conformidad con las previsiones del artículo 179-1 de la Carta[86] .

Lo anterior nos indica, para los efectos que nos interesan, que en principio, no se puede pensar en caducidad del dato negativo, ni muchos menos en el derecho al olvido, cuando se esté en presencia de cualquier delito que tenga señalada pena privativa de la libertad, y menos aún, los que de manera específica son mencionados en el artículo 122 de la Carta, porque las expresiones gramaticales utilizadas por el Constituyente al hacer referencia a la existencia de condenas judiciales definitivas se convierten en una inhabilidad absoluta, porque no importa el tiempo en el que hubieran podido ser dictadas, pues las expresiones utilizadas descartan la opción que por el paso del tiempo, pudieran desaparecer las constancias negativas, o las inhabilidades al utilizar en el artículo 122 la expresión "***en cualquier tiempo***", y en el 179 "***en cualquier época***".

En nuestro criterio el derecho al olvido, no podría ser aplicado a ninguna información relacionada con una sentencia judicial ejecutoriada por cualquier clase de delitos, exceptuados los delitos culposos, los políticos o en casos contravencionales. Y la razón de ser de nuestra opinión, es que si los registros sobre sentencias condenatorias pudieran ser borrados o destruidos, se estaría conculcando el artículo constitucional que precisa cuáles se consideran como antecedentes penales y contravencionales (art. 248), sin establecer ningún límite temporal a su existencia en los archivos públicos, y de la misma manera, tal decisión de borrar, sería igualmente contraria al contenido de los artículos 197, 232.3, 249, 264, 267 de la

……..”

<Inciso modificado por el artículo 4̲10679 del Acto Legislativo 1 de 2009. ***El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.***

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

86 ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

1. ***Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos***.

……..”.

Carta, en cuanto consagran inhabilidades absolutas para el desempeño de los más altos cargos del Estado, y en algunos casos para cualquier cargo público en la administración Pca. (art 122).

Si se llegase a reconocer a las personas la facultad de poder hacer suprimir los registros negativos relacionados con condenas penales, importantes archivos públicos podrían desaparecer, porque los delincuentes mafiosos se encargarían de hacer suprimir los registros que a ellos les incumben con grave perjuicio para el correcto funcionamiento de la justicia, de la inteligencia y contrainteligencia de las fuerzas del Estado, la actividad carcelaria y muchas otras funciones del Estado.

En relación con las inhabilidades surgidas de sentencias penales condenatorias la Corte Constitucional en la Sentencia 1066 de 2002, con ponencia del H.M. Jaime Araujo R. sostuvo:

> "3.2. Acerca del tema de las inhabilidades esta corporación ha expresado:
>
> *"4. En materia de inhabilidades para acceder a cargos o funciones públicas, la Corte en reiterados pronunciamientos ha precisado puntos como los siguientes:*
>
> *La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).*
>
> *Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general y de los principios de la función administrativa* [1].
>
> *En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante* [2].

Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio [3].

-El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo, pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexequibles [4].

La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante [5].

Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos [6]*."* [87]

En lo concerniente al señalamiento de las inhabilidades intemporales citó decisión anterior de esa Corporación en la que se sostuvo:

"La Corte recuerda que si bien la Constitución consagra directamente determinadas inhabilidades sin límite temporal entre las que se cuentan, además de la que invoca el actor (art 122C.P.) las que se establecen para determinados cargos como en el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal.

87 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

"Sobre el particular cabe recordar que esta Corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que el Legislador puede hacer uso de una amplia potestad de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una potestad discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Lo que indica que el resultado del ejercicio de la misma no puede ser irrazonable ni desproporcionado frente a la finalidad que se persigue, y mucho menos desconocer otros derechos fundamentales estrechamente relacionados, como ocurre con el derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio [8]*."* [88]

Por su parte, el Art. 28 superior establece en su inciso final que *"[E]n ningún caso podrá haber (...) penas y medidas de seguridad imprescriptibles"*.

En consecuencia, por referirse el aparte acusado a la certificación sobre la inscripción de una inhabilidad, que de acuerdo con lo expuesto no constituye por sí misma una pena, ni una prolongación de ésta, sino una garantía de que el comportamiento anterior del aspirante no afectará el desempeño de la función o cargo, con fines de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del mismo, no vulnera el citado precepto constitucional.[89]

Es importante recordar lo considerado y resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia antes citada en relación con el derecho de actualizar datos existentes en bancos de datos y en relación con el derecho al olvido se sostuvo:

"Derecho fundamental de *habeas data*

3.3. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 de la Constitución Política, *"todas las personas (...) tienen derecho a*

88 Sentencia C- 952/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

89 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas".

Esta disposición consagra el derecho fundamental de *habeas data*, en virtud del cual todas las personas tienen el poder de voluntad de obtener la información que les concierne directamente y que reposa en los bancos de datos y en los archivos de las entidades públicas y privadas, de exigir que sea puesta al día, en cuanto en la existente no se han tomado en cuenta hechos o circunstancias que modifican su situación, y de que se eliminen los errores o inexactitudes de la misma con el fin de establecer su veracidad.

Respecto de la protección de este derecho la Corte Constitucional ha manifestado:

"Ha sido abundante la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución Política (ver sentencias T-414 de 1992, T-480 de 1992, T-022 de 1993, T-220 de 1993, SU- 082 de 1995, T-096ª de 1995, T-303 de 1998, T-307 de 1999, T-527 de 2000, T-856 de 2000, y T-1085 de 2001 entre otras), en estos pronunciamientos la Corte ha manifestado que el derecho de habeas data tiene dos sentidos: i) proteger a las personas, para que puedan conocer, actualizar y rectificar la información que sobre ellas se haya registrado en bancos de datos, y ii) proteger a las Instituciones, quienes pueden conocer la solvencia económica de sus clientes, por tratarse de asuntos de interés general". [10][90]

Como una derivación importante de este derecho, la Corte Constitucional ha precisado el concepto del "***derecho al olvido***", así:

"Corresponde al legislador, al reglamentar el ***habeas data,*** *determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.*

90 Sentencia T-1322 de 2001. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

> *"Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador.*
>
> *"Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.*[91]

Se reconoce la ausencia de regulación normativa sobre la problemática del habeas data, pero en referencia particular a las sanas prácticas crediticias. Es decir, en estas consideraciones no se hace mención a los archivos públicos.

A continuación, reconoce que las entidades financieras tienen derecho a la conservación, procesamiento y circulación de informaciones de carácter económico, particularmente las que hacen relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los deudores, pero de inmediato se considera que no es un derecho de carácter absoluto, que por tanto deben tener un tiempo de caducidad limitado, de la misma manera que se debe contar con el consentimiento del interesado. En tal sentido se sostiene:

> *"Esta Sala de Revisión, complementando lo dicho, ha señalado:*
>
> *"Los bancos de datos y las entidades financieras tienen derecho a la conservación, procesamiento y circulación de informaciones de carácter económico, especialmente las relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los deudores, a fin de evitar, merced al oportuno conocimiento, aumentar los riesgos inherentes al crédito por la colocación de recursos en manos de quien no exhibe una trayectoria de cumplimiento.*
>
> *"Pero, claro está, no siendo un derecho absoluto, encuentra sus límites en los derechos de las personas afectadas por los datos, las cuales no pueden permanecer indefinidamente registradas bajo un dato negativo que, hacia el futuro, les niega el acceso al crédito y les causa graves perjuicios. Esto da lugar al* ***derecho al olvido****, sostenido por esta Corte desde la Sentencia 414 del 6 de junio de 1992, según el cual las informaciones negativas acerca de*

91 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo.

"La Corte Constitucional ha entendido que es necesario armonizar tales derechos para preservar el interés general implícito en el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones, sin ocasionar la desprotección de la persona frente al poder informático y sin prohijar el uso desmedido y desproporcionado del derecho a la información, razón por la cual estima necesario reiterar que, por una parte, se requiere una ***autorización del interesado*** *para que las centrales de datos dispongan de la información y la hagan circular, y, por otra, deben existir unas reglas claras sobre la* ***caducidad*** *del dato.*

"Los datos financieros no permanecen, entonces, de por vida. Cumplen una función informativa precaria, esto es, durante un período razonable después de ocurridos los hechos reportados, y desaparecen. Si se extendiera su registro más allá del término de caducidad, perderían legitimidad y, por tanto, la actualización que puede reclamar el interesado implica, en tal hipótesis, la obligación del banco de datos de eliminar toda referencia a la información negativa caduca". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-097 del 3 de marzo de 1995).

"Así las cosas, un individuo no puede estar condenado para siempre a figurar como deudor moroso o como pagador irregular, de haberlo sido en alguna época.[92]

Se reitera que habiendo cancelado la obligación, cuando haya transcurrido un tiempo razonable tales registros deben desaparecer:

"Reitera la Corte que, habiendo cancelado ya la obligación y estando a paz y salvo con la entidad financiera correspondiente, si ha transcurrido el tiempo razonable de caducidad del dato, el antiguo deudor debe desaparecer del registro correspondiente". [11][93]

92 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

93 Sentencia T-119 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Este criterio ha sido reiterado por esta Corporación, así:

"Por otra parte, también debe la Corte recordar su doctrina en cuanto a que la temporalidad de los datos no puede ser indefinida, luego, los datos negativos no tienen vocación de perennidad, por lo que, una vez el ciudadano se ha puesto al día en sus obligaciones, debe merecer un tratamiento favorable en el sentido de que se le borren los datos negativos de los archivos de los bancos de datos, por no corresponder a la verdad o no ser actuales.

"En este orden de ideas, los datos caducan y una vez producida la caducidad deben ser borrados del correspondiente sistema, de modo definitivo, conforme lo ha sostenido esta Corte entre otras sentencias, en la SU-082 y SU-089, ambas de 1995 (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

"Ahora bien, lo que sí puede ocurrir y esta Corte lo ha admitido en guarda del derecho que tiene el sector financiero a estar informado oportunamente sobre los antecedentes más próximos de sus actuales y potenciales clientes con miras al estímulo de la sana práctica del crédito, es que cuando se ha presentado una mora en el cumplimiento de las obligaciones de ese tipo, permanezca registrado el dato por un tiempo razonable, inclusive después de efectuado el pago, lapso que esta Corte, a falta de regla legal exactamente aplicable, lo ha indicado por vía jurisprudencial". [12][94]

Se califica la caducidad del dato negativo como derecho al olvido, y se sostiene que ante la previsión del artículo 15 de la Carta según el cual el habeas data se aplica por igual a los bancos de archivos públicos y privados, a los registros negativos de aspectos financieros también deben aplicarse las previsiones del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, para ser llevados por la Procuraduría General de la Nación, archivos integrados por documentos públicos, "***y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución Nacional",*** debiendo señalarse un tiempo de caducidad razonable, para que las personas allí enunciadas no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de tales registros:

"Tal derecho al olvido, planteado en relación con la información negativa referente a las actividades crediticias y financieras,

94 Sentencia T-527 de 2000. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

> ***es aplicable también a la información negativa concerniente a otras actividades, que se haya recogido "en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas", como lo contempla el Art. 15 superior, por existir las mismas razones y porque dicha disposición no contempla excepciones.***
>
> ***Por tanto, el mismo debe aplicarse al registro unificado de antecedentes que por mandato del Art. 174 de la Ley 734 de 2002 lleva la Procuraduría General de la Nación, integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución Nacional, mediante el señalamiento de un término de caducidad razonable, de modo que los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares que ejercen o han ejercido funciones públicas o tienen o han tenido la condición de contratistas estatales no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro*** [95]**.** (Lo destacado no lo es en el texto).

A renglón seguido, se hace la gran afirmación en cuanto a que considera que la ausencia de un término de caducidad para los registros negativos quebranta las previsiones del artículo 15 de la Carta, en los casos en que para el nombramiento, posesión o desempeño de cargos públicos exijan para su desempeño ausencia de tales antecedentes.

Se considera igualmente que se vulnera el artículo 13 de la Constitución por desconocimiento del principio de igualdad, y se hace referencia a cargos que no exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, destacando que el inciso tercero del artículo 174 establece un término de caducidad de cinco años, salvo que aún estuvieren vigentes, y en el inciso cuarto se establece que cuando se trate de cargos que para su desempeño exija la ausencia de antecedentes, se deben certificar la totalidad de los existentes. En tal sentido se afirma:

> "Así mismo, la norma impugnada quebranta el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 ibídem respecto del registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos que no exijan para su desempeño ausencia de ellos, caso en el cual el inciso 3º del Art. 174 del Código Disciplinario Único establece

95 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

> un término de caducidad de cinco (5) años, con la salvedad de las sanciones o inhabilidades que estuvieren todavía vigentes**,** ***ya que el supuesto de hecho es el mismo tanto en éste como en el anterior. En esta forma se establece una discriminación que carece de justificación objetiva y razonable y debe eliminarse*****.”** (Lo destacado no lo es en el texto) [96]

Es evidente que en el inciso tercero se impone una caducidad del registro negativo de cinco años y en el cuarto se dispone que deben registrarse todos los antecedentes existentes sin tener en cuenta el tiempo en que las sanciones se hubieren proferido, pero no existe discriminación de ninguna naturaleza, de la misma manera que no estamos en presencia de supuestos de hecho iguales, porque en el inciso tercero se establece una norma general, todos los registros negativos tienen una caducidad de cinco años, y en el inciso cuarto, se establece la excepción que es la relacionada con las inhabilidades intemporales de creación constitucional.

El gran error de la decisión que se analiza es no haberse dado cuenta que el inciso cuarto, estaba dando cumplimiento a los preceptos constitucionales que establecen las inhabilidades intemporales, de allí, que, al declararse la constitucionalidad condicionada de este último inciso, se terminó dictando un fallo que viola de manera flagrante varias disposiciones de la Carta Política.

Las consideraciones erróneas del fallo que se analiza son las siguientes:

> **“*En este orden de ideas, la ausencia de un término de caducidad de la información negativa consignada en el mencionado registro de antecedentes, en caso de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de los mismos, de que trata la norma acusada, quebranta la disposición contenida en el Art. 15 de la Constitución.***
>
> ***Así mismo, la norma impugnada quebranta el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 ibídem respecto del registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos que no exijan para su desempeño ausencia de ellos, caso en el cual el inciso 3º del Art. 174 del Código Disciplinario Único establece***

96 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

> ***un término de caducidad de cinco (5) años, con la salvedad de las sanciones o inhabilidades que estuvieren todavía vigentes, ya que el supuesto de hecho es el mismo tanto en éste como en el anterior. En esta forma se establece una discriminación que carece de justificación objetiva y razonable y debe eliminarse.***[97] (Lo destacado no lo es en el texto).

Finalmente, la conclusión errada fue la siguiente:

> "En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.
>
> ***Por lo anterior, con fundamento en el principio de conservación del ordenamiento jurídico, esta corporación declarará la exequibilidad condicionada de la disposición impugnada, en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento***."[98]. (Lo destacado no lo es en el texto).

El legislador consecuente con la voluntad del constituyente, hace alusión a los antecedentes judiciales, asignándole trascendentales objetivos, relacionados fundamentalmente con la tasación de la pena y en la concesión de ciertos beneficios procesales.

Es así como en el Código Penal en el numeral 1º del artículo 55 se establece como circunstancia de menor punibilidad la carencia de antecedentes penales[99].

97 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

98 Sentencia C 1066 de 2002, M.P. Jaime Araujo R.

99 ARTICULO 55. ***CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD***. Son circunstancias de menor punibi-

Se debe entender que la carencia de antecedentes penales debe ser dentro de los cinco años anteriores, teniendo en cuenta que en el artículo 68 A se excluyen la concesión de los subrogados penales, la prisión domiciliaria, y cualquier otro beneficio procesal, cuando al enjuiciado le aparecieren antecedentes por condenas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores [100].

En el artículo 63 se consagra el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para quien llene varios requisitos, entre los que se encuentran que los antecedentes personales y familiares del sentenciado indiquen que no existe necesidad de ejecutar la pena impuesta[101] .

---

lidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:
1. ***La carencia de antecedentes penales.***
……”.

100 **ARTÍCULO 68A.** ***EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.*** Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.
Inciso modificado por el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente: Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

101“ ARTICULO 63. ***SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA***. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:
…….
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.
La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.
<Inciso adicionado por el artículo 4804 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.
El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta.
En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122828 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

Aquí claramente el legislador estableció un plazo de cinco años de caducidad para la existencia del dato negativo. Lo anterior no quiere decir, bajo ninguna circunstancia que se haya reconocido el derecho al olvido, porque lo aquí establecido es únicamente para efectos de no poder conceder esos beneficios dentro de los cinco años siguientes a la condena anterior[102].

La norma original fue modificada primero por la Ley 1142 de 2007 y posteriormente por la Ley 1453 de 2011, pero sin que se cambiara lo relacionado con los antecedentes negativos, sobre los que hubo pronunciamiento de constitucionalidad cuando la Corte determinó la exequibilidad de la norma de 2007, en Sentencia C 425 de 2008.

En el artículo 268 del C.P. se consagran circunstancias de atenuación punitiva, estableciéndose como uno de los requisitos para el reconocimiento de la misma, que el procesado, carezca de antecedentes penales [103].

En el C. de P. P. aparecen igualmente varias normas que hacen referencia a los antecedentes judiciales y es así como en el artículo 166, se establece lo relacionado con la comunicación de la sentencia, disponiéndose que la sentencia se comunicará a la Dirección Gral. de Prisiones, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría Gral. de la Nación y a los organismos que tengan funciones de policía judicial, "entendiéndose" que solo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales [104].

---

102 ARTÍCULO 68A. ***EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS* Y *SUBROGADOS PENALES***. Artículo modificado por el artículo 13902 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.
Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.
Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314903 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

103 ARTICULO 268. ***CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN PUNITIVA.*** Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

104 ARTÍCULO 166. ***COMUNICACIÓN DE LA SENTENCIA***. Ejecutoriada la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad, el funcionario judicial informará de dicha decisión a la Dirección General de Prisiones, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación y demás organismos

En el artículo 302, se regula lo relacionado con las capturas en flagrancia, y a esta norma, se le adicionó un último inciso en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1142 de 2007, en el que se dispone que en este tipo de casos se procederá a la plena identificación y registro del capturado, de conformidad con las previsiones del artículo 128 procesal, para efectos de verificar capturas anteriores, procesos en curso y "antecedentes" [105].

En el artículo 447 se regula lo relacionado con la individualización de la pena y la sentencia, estableciéndose que los partícipes del proceso tendrán el derecho a la palabra por una sola vez para referirse a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir ***y antecedentes de todo orden del culpable***[106].

---

que tengan funciones de policía judicial y archivos sistematizados, en el entendido que solo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales.
De igual manera se informarán las sentencias absolutorias en firme a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de realizar la actualización de los registros existentes en las bases de datos que se lleven, respecto de las personas vinculadas en los procesos penales.

105 ARTÍCULO 302. ***PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA. Artículo CONDICIONALMENTE*** exequible. Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.
Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.
Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.
Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.
La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.
PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 221907 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1281908 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.

106 ARTÍCULO 302. ***PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA. Artículo CONDICIONALMENTE*** exequible. Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.
Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.
Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.
Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.
La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la apre-

En el Código Carcelario, Ley 65 de 1993, aparecen igualmente varias normas que aluden a los antecedentes, y que son fundamentales para la concesión de ciertos beneficios y es así como la concesión de la seguridad electrónica como mecanismos sustitutivos de la prisión se podrá conceder con el lleno de ciertos requisitos, entre los que se encuentra la carencia de antecedentes [107].

En el artículo 70 se establecen las condiciones y circunstancias en que se debe librar la boleta de libertad por cumplimiento de la pena, bien por parte del juez de ejecución de penas, o bien por el director de la cárcel, y en todos los casos, se establece que ello se cumplirá, siempre y cuando el potencial liberado no se encuentre solicitado por otra autoridad judicial, que bien puede ser para adelantarle otro proceso, o bien para el cumplimiento de otra pena [108].

---

hensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.
PARÁGRAFO. Parágrafo adicionado por el artículo 221907 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1281908 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.

107 ARTÍCULO 29B. ***SEGURIDAD ELECTRÓNICA COMO PENA SUSTITUTIVA DE PRISIÓN***. Artículo adicionado por el artículo 9296 del Decreto 2636 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: En los delitos cuya pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, respecto de los que no proceda la prisión domiciliaria; el juez de ejecución de penas, podrá sustituir la pena de prisión por la de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, previa solicitud del condenado, si se cumplen adicionalmente los siguientes requisitos:
1. Que el condenado no tenga otros antecedentes penales, salvo que se trate de delitos culposos o con pena no privativa de la libertad.
2. Que el condenado suscriba un acta de compromiso, prestando una caución que garantice el cumplimiento de las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida.
3. Que el condenado repare los perjuicios ocasionados a la víctima de la conducta punible, cuando estos hayan sido tasados en la respectiva sentencia condenatoria, salvo que se demuestre la incapacidad material de hacerlo.
4. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.
PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata.
PARÁGRAFO 2o. La duración de la medida no podrá superar el término de la pena privativa de la libertad impuesto en la sentencia, o el que falte para su cumplimiento.
Cuando el condenado no pueda sufragar el costo del mecanismo de seguridad electrónica que le sustituirá la pena privativa de la libertad, el Estado dentro de sus límites presupuestales lo hará.
El mecanismo de seguridad electrónica se aplicará de manera gradual en los Distritos Judiciales conforme a lo dispuesto en el artículo 530297 del Código de Procedimiento Penal dentro de los límites de las respectivas apropiaciones presupuestales.
PARÁGRAFO 3o. El mecanismo de seguridad electrónica previsto en este artículo no se aplicará respecto de las conductas punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales, eficaz y recta impartición de justicia y libertad individual.

108 ARTÍCULO 70. ***LIBERTAD***. Artículo modificado por el artículo 50567 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: La libertad del interno solo procede por orden de autoridad judicial competente. No obstante, si transcurren los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal y no se ha legalizado la privación de la libertad, y si el interno no estuviere requerido por otra autoridad judicial, el Director del establecimiento de reclusión tiene la obligación de ordenar la excarcelación inmediata bajo la responsabilidad del funcionario

El permiso administrativo para salir del establecimiento carcelario hasta por setenta y dos horas, requiere igualmente que no tenga requerimiento de otra autoridad judicial[109].

Nuevamente impone entre los requisitos para conceder beneficios carcelarios, el hecho de carecer de requerimientos judiciales[110].
Es importante destacar que en la mayoría de las normas citadas con anterioridad no se establece una fecha límite para tener en cuenta los

que debió impartirla.
La Dirección de cada establecimiento penitenciario deberá informar en un término no inferior a treinta (30) días de anterioridad a la autoridad judicial competente sobre la proximidad del cumplimiento de la condena, con el fin de que manifiesten por escrito si existe la necesidad de suspender el acceso a la libertad de la persona privada de la libertad y los fundamentos jurídicos para ello.
El incumplimiento del precepto contenido en el presente artículo acarreará sanciones de índole penal y disciplinaria para el funcionario responsable de la omisión.
Cuando el Director del establecimiento verifique que se ha cumplido físicamente la sentencia ejecutoriada solicitará la excarcelación previa comprobación de no estar requerido por otra autoridad judicial. Cuando se presente el evento de que trata este inciso, el director del establecimiento pondrá los hechos en conocimiento del juez de ejecución de penas con una antelación no menor de treinta días con el objeto de que exprese su conformidad.

109 ARTÍCULO 147. ***PERMISO HASTA DE SETENTA Y DOS HORAS***. La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan los siguientes requisitos:
1. Estar en la fase de mediana seguridad.
2. Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.
3. No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.
4. No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria.
5. Numeral modificado por el artículo 291088 de la Ley 504 de 1999. El nuevo texto es el siguiente: Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.
6. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina.
Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses; pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género.

110 ARTÍCULO 147A. ***PERMISO DE SALIDA***. Artículo adicionado por el artículo 31109o. de la Ley 415 de 1997. El texto es el siguiente: El Director Regional del Inpec podrá conceder permisos de salida sin vigilancia durante quince (15) días continuos y sin que exceda de sesenta (60) días al año, al condenado que le sea negado el beneficio de libertad condicional, siempre que estén dados los siguientes requisitos:
1. Haber observado buena conducta en el centro de reclusión de acuerdo con la certificación que para el efecto expida el Consejo de Disciplina respectivo, o quien haga sus veces.
2. Haber cumplido al menos las cuatro quintas partes (4/5) de la condena.
3. No tener orden de captura vigente. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que le asista al funcionario judicial, se entenderá que el condenado carece de órdenes de captura, únicamente para efectos de este beneficio, si transcurridos 30 días de haberse radicado la solicitud de información ante las autoridades competentes, no se ha obtenido su respuesta.
4. No registrar fuga ni intento de ella durante el desarrollo del proceso o la ejecución de la sentencia.
5. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante el período que lleva de reclusión.
El condenado que observare mala conducta en uso del permiso a que se refiere la presente disposición o retardare su presentación al establecimiento carcelario sin justa causa, no podrá hacerse merecedor a este beneficio durante los seis (6) meses siguientes, o definitivamente si incurre en otro delito o contravención especial de Policía.

antecedentes y la concesión de un determinado beneficio, lo que nos indica que los mismos son intemporales. Y en relación con estos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que el legislador tiene competencia para el establecimiento de inhabilidades de carácter intemporal.

En el artículo 162 se consagra un artículo muy importante, precisamente en relación que el problema que queremos desentrañar, porque se regula lo relacionado con los antecedentes judiciales, en el que se establece que, cumplida la pena, "….***los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan***".

Se trata de una disposición muy cercana al concepto que tenemos respecto del derecho al olvido, porque sin llegar a ordenar su desaparición física de los archivos donde constan las sentencias condenatorias emitidas por los jueces, si con absoluta claridad establece que los antecedentes no pueden ser por ningún motivo, factor de discriminación social o legal y que no deben figurar en los certificados de conducta que sean emitidos [111].

Pero es una realidad que la norma citada y comentada, desconoce la existencia constitucional de los antecedentes, tal como ha sido consagrado en el artículo 248 de la Carta, de la misma manera que ignora las normas constitucionales antes citadas, relacionada con la consagración de inhabilidades absolutas para quienes aspiren a cargos públicos, como los mencionados en la Constitución Política.

El Código carcelario es la Ley 65 de 1993 y lo dispuesto en la norma anterior debe entenderse derogado por lo previsto en los artículos 93 y 94 del Decreto 019 de 2012, en el primero de los artículos citados se elimina el certificado judicial [112], y en el segundo le da prioridad al derecho a la información, le levanta la reserva a estos archivos y admite que los mismos pueden ser consultados en línea por cualquiera que los requiera,

111 ARTÍCULO 162. ***ANTECEDENTES CRIMINALES.*** Cumplida la pena los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan.

112 ARTÍCULO 93. ***SUPRESIÓN DEL CERTIFICADO JUDICIAL***. A partir de la vigencia del presente Decreto-Ley, suprímase el documento certificado judicial. En consecuencia, ninguna persona está obligada a presentar un documento que certifique sus antecedentes judiciales para trámites con entidades de derecho público o privado.

este derecho de consulta se consagra no solo para las entidades públicas, sino también para los particulares que requieran conocer los antecedentes de cualquier persona nacional o extranjera [113]; se establece entonces la difusión total y sin ninguna clase de limitaciones para que cualquiera pueda consultar los antecedentes judiciales de cualquier persona que los tenga y aparezcan en los archivos del Ministerio de Defensa.

Similar posición se había adoptado en la Ley 1238 de 2008, que dispone la expedición gratuita de certificados sobre antecedentes disciplinarios y judiciales, al establecerse que la Procuraduría Gral. debe garantizar de manera gratuita la disponibilidad permanente de información electrónica sobre antecedentes disciplinarios "….. para ser consultados por el interesado ***o por terceros*** a través de la página web del entidad……." [114].

No se debe olvidar que la Corte Constitucional tanto en decisión de constitucionalidad, (Sent. C 458 12), como de tutela (Sent. T 995 12) ha ordenado a las entidades administradoras de estos bancos de datos, que cuando la consulta de antecedentes sea formulada por un tercero particular, el sistema le debe informar sobre la carencia de antecedentes [115].

---

113 ARTÍCULO 94. ***CONSULTA EN LÍNEA DE LOS ANTECEDENTES JUDICIALES***. Las entidades públicas o los particulares que requieran conocer los antecedentes judiciales de cualquier persona nacional o extranjera podrán consultarlos en línea en los registros de las bases de datos a que se refiere el artículo siguiente. Para tal efecto, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional responsable de la custodia de la información judicial de los ciudadanos implementará un mecanismo de consulta en línea que garantice el derecho al acceso a la información sobre los antecedentes judiciales que allí reposen, en las condiciones y con las seguridades requeridas que establezca el reglamento.
En todo caso, la administración de registros delictivos se sujetará a las normas contenidas en la Ley General Estatutaria de Protección de Datos Personales.
PARÁGRAFO TRANSITORIO. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 4057303 de 2011, el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en proceso de Supresión, prestará el servicio señalado en el presente artículo hasta el 30 de enero de 2012.

114 ARTÍCULO 1o. La Procuraduría General de la Nación garantizará de manera gratuita la disponibilidad permanente de la información electrónica sobre Certificación de Antecedentes Disciplinarios para ser consultados por el interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.

115 **Décimo Quinto.- PREVENIR** al Ministerio de Defensa-Policía Nacional- Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL y demás autoridades de esa entidad para que eviten que, en el marco de su actividad de administración de las bases de datos sobre antecedentes penales, cualquier persona sin interés legítimo pueda conocer o inferir la existencia de antecedentes penales de aquellas personas que hayan cumplido la pena, o cuya pena se encuentre prescrita. Esto en los términos y condiciones de esta providencia y, en especial, según lo indicado en la consideración 36. (Sent. SU 458 12).
Segundo.- ORDENAR al Ministerio de Defensa – Policía Nacional, especialmente a la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, que modifique el sistema de consulta en línea de antecedentes judiciales de *Juan*, de manera que al ingresar su cédula en el portal de internet aparezca la leyenda: *"no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales"*, en los términos establecidos por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU-458 de 2012. (Sent. T 995 12).

En virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 4057 de 2011, se suprimió el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y como consecuencia de esta decisión se trasladaron las funciones que ejercía dicha institución a otras entidades y las relacionadas con los registros delictivos fueron encomendadas al Mrio. de Defensa, Policía Nacional, para que los mantenga actualizados y expida los certificados judiciales. Se estableció igualmente el deber de mantenerlos actualizados y facilitar su acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía, y a quienes ejerzan funciones de Policía Judicial, a las autoridades administrativas que lo requieran, y a los titulares de los datos.

Es importante que aquí no se extiende ese derecho de información y consulta a los terceros, a los que posteriormente se prolonga este derecho, en nuestro criterio con grave afectación del derecho a la intimidad [116].

En el Decreto 233 de 2012, por el cual se reforma parcialmente la estructura del Ministerio de Defensa, se le asigna como una de las funciones del

116 ARTÍCULO 3o. ***TRASLADO DE FUNCIONES***. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 29o, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

…….

3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 224o del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

ARTÍCULO 24. ***ARCHIVO DE INTELIGENCIA***. La custodia y conservación de los archivos que contienen la información de inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), continuarán a cargo del DAS en supresión. La Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento de su función preventiva, vigilará el proceso de custodia, consulta y depuración de los datos y archivos de inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en supresión.

PARÁGRAFO. El acceso y consulta de la documentación de los archivos de inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en supresión, estará sujeta a la reserva legal en los términos establecidos en la Constitución y la ley. En este sentido, sólo se suministrará información a las autoridades administrativas y judiciales y aquellas entidades que por razones de seguridad y defensa nacional en desarrollo de sus competencias y funciones la requieran o la soliciten. La responsabilidad del uso y manejo de la información suministrada, será exclusiva del ente u organismo al cual se le haya entregado.

Director Gral. de la Policía Nacional todo lo relacionado con la organización de los registros delictivos (art 1.1); y a la Dirección de Investigación Criminal e Interpol la de organizar, actualizar y conservar los registros delictivos, y la de implementar y gestionar los mecanismos de consulta en línea que permitan el acceso a la información sobre antecedentes judiciales, a la vez que garantizar el acceso y consulta a los mismos por parte de la Fiscalía, a quienes ejerzan funciones de policía judicial y a las autoridades administrativas que lo requieran. Aquí nuevamente se excluye a los terceros para que tengan acceso a estos archivos delictivos [117].

La exigencia del certificado sobre antecedentes judiciales para el desempeño de cargos públicos o para poder contratar con el Estado ha sido una vieja tradición colombiana, tratando de evitar que personas que hayan sido condenadas por delitos comunes de naturaleza dolosa, o preterintencionales lleguen a acceder cargos públicos.

Dentro de esta tradición, en la Ley 190 de 1995, por medio de la cual se dictaron normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pca. y erradicar la corrupción administrativa, se estableció la necesidad de exhibir el certificado de antecedentes judiciales:

---

117 ARTÍCULO 1o. ***FUNCIONES DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA.*** El Director General de la Policía Nacional de Colombia, además de las funciones señaladas en los Decretos 42223 de 2006, 2164 de 2010 y en disposiciones legales especiales, cumplirá la siguiente:

1. Coordinar, orientar y hacer seguimiento a la organización de los registros delictivos nacionales, de acuerdo con los informes, reportes o avisos que para el efecto deberán remitirle las autoridades judiciales competentes, conforme a la Constitución Política y a la ley.

ARTÍCULO 2o. ***FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL E INTERPOL***. La Dirección de Investigación Criminal e Interpol tendrá, además de las funciones señaladas en los Decretos 42225 de 2006, 2166 de 2010 y en disposiciones legales especiales, las siguientes:

1. Organizar, actualizar y conservar los registros delictivos nacionales, de acuerdo con los informes, reportes o avisos que para el efecto deberán remitirle las autoridades judiciales competentes, conforme a la Constitución Política y a la ley, sobre iniciación, tramitación y terminación de procesos penales, órdenes de captura, medidas de aseguramiento, autos de detención, enjuiciamiento, revocatorias proferidas y sobre las demás determinaciones previstas en el Código de Procedimiento Penal.
2. Implementar y gestionar los mecanismos de consulta en línea que permitan el acceso a la información sobre los antecedentes judiciales que reposen en los registros delictivos, de acuerdo con los protocolos que se adopten para el efecto.
3. Garantizar que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos, de acuerdo a su naturaleza.
4. Garantizar el acceso y consulta a la información que reposa en los registros delictivos a la Fiscalía General de la Nación, autoridades que ejerzan funciones de policía judicial, autoridades judiciales y administrativas que en razón de sus funciones y competencias lo requieran, de conformidad con sus competencias constitucionales y legales.
5. Las demás que se requieran para la implementación y gestión del registro delictivo.

> "ARTÍCULO 1o. Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:
> ……..
> 3. ***Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.***
>
> 4. En caso de personas jurídicas, el correspondiente certificado que acredite la representación legal, y
>
> 5. Numeral INEXEQUIBLE. Sentencia C 567 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes M.
>
> PARÁGRAFO. ***Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá***, al momento de su posesión o de la firma del contrato, ***presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Sólo podrán considerarse como antecedentes las providencias ejecutoriadas emanadas de autoridad competente.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

Por medio del Decreto 019 de 2012 se eliminó el certificado judicial de antecedentes y se consagró la consulta en línea de los mismos, al establecerse:

> "ARTÍCULO 93. ***SUPRESIÓN DEL CERTIFICADO JUDICIAL***. A partir de la vigencia del presente Decreto-Ley, suprímase el documento certificado judicial. En consecuencia, ninguna persona está obligada a presentar un documento que certifique sus antecedentes judiciales para trámites con entidades de derecho público o privado.

> "ARTÍCULO 94. ***CONSULTA EN LÍNEA DE LOS ANTECEDENTES JUDICIALES***. Las entidades públicas o los particulares que requieran conocer los antecedentes judiciales de cualquier persona nacional o extranjera podrán consultarlos en línea en los registros de las bases de datos a que se refiere el artículo siguiente.
>
> Para tal efecto, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional responsable de la custodia de la información judicial de los ciudadanos implementará un mecanismo de consulta en línea que garantice el derecho al acceso a la información sobre los antecedentes judiciales que allí reposen, en las condiciones y con las seguridades requeridas que establezca el reglamento.
>
> En todo caso, la administración de registros delictivos se sujetará a las normas contenidas en la Ley General Estatutaria de Protección de Datos Personales.
>
> PARÁGRAFO TRANSITORIO. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 4057382 de 2011, el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en proceso de Supresión, prestará el servicio señalado en el presente artículo hasta el 30 de enero de 2012.

Ha sido tendencia general de nuestra jurisprudencia constitucional en relación con la caducidad del dato negativo a aceptarla, es decir, que pasado un tiempo razonable, y una vez cesado el incumplimiento de una determinada obligación civil, financiera o comercial, la vigencia del dato negativo debe ser temporal.

La jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales ha sido uniforme en relación con la caducidad del dato negativo, que además se encuentra expresamente legislada [118], estableciéndose que la vigencia del dato

118 Ley *1266 de 2008. Estatutaria del Habeas Data.* ARTÍCULO 13. ***PERMANENCIA DE LA INFORMACIÓN***. Artículo CONDICIONALMENTE exequible. La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información.
Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se regirán por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirada de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder o consultar dicha información. El término de permanencia de esta información será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida.

negativo tiene un máximo de cuatro (4) años y como consecuencia de la declaratoria de exequibilidad condicional de éste artículo, por la Sentencia C-1011 de 2008, al determinarse que si la mora ha sido inferior a dos años, la caducidad del dato financiero negativo no podrá exceder el doble del tiempo de mora, es decir, que en esos casos el término de vigencia del dato financiero negativo podría ser inferior a cuatro (4) años.

Pero la situación en relación con los antecedentes judiciales penales y contravencionales, y respecto de los antecedentes disciplinarios impuestos por autoridades de la administración no existe claridad, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia y ha habido casos en los cuales se ha establecido una sinonimia con la caducidad de los datos financieros negativos, lo que en nuestro criterio no es correcto, porque se distorsiona y desconoce el principio de proporcionalidad.

Además, debemos precisar que, en virtud de las disposiciones adoptadas en las legislaciones más recientes, prácticamente la reserva de estos informes negativos había desaparecido, -en cuanto se consagra la consulta en línea-, de la misma manera que desaparecen las opciones respecto de la caducidad del dato negativo y mucho más, del derecho al olvido, hasta que la inconsecuencia legislativa fue solucionada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en las decisiones antes reseñadas.

No compartimos la política según la cual, de manera general los datos negativos no deben ser registrados pasado un determinado tiempo, sin hacer distinción en relación con la diversa gravedad que tienen las infracciones a la ley, porque para efectos de garantizarse el derecho a la información, el dato negativo debe estar a disposición de todo el que lo necesite, particularmente de las autoridades, y de los particulares que justifiquen adecuadamente la necesidad de tales informaciones. Disponer la información para que la misma esté disponible universalmente para todo el que la quiera tener, sin justificar la necesidad de la misma, da la posibilidad de que esta amplia libertad de tener acceso al dato negativo, pudiera llegar a ser utilizado arbitrariamente en detrimento de las personas que en su pasado tienen datos negativos de sus comportamientos pretéritos.

Nos parece desde toda perspectiva inaceptable que en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, se hubieran incluido en un mismo saco diversas clases de decisiones, al determinarse:

> "Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.*"*

Se incluyen en esta norma:

a) Sanciones penales;
b) Sanciones disciplinarias;
c) Inhabilidades surgidas del régimen contractual con el Estado;
d) Sanciones de responsabilidad fiscal;
e) Sanciones de pérdida de investidura;
f) Sanciones que hayan generado responsabilidad fiscal a favor del Estado en el ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía.

Es obvio, que aquí se suman naranjas con bananos, como si todas fueran del mismo género, y se olvida la inmensa diferencia axiológica que existe entre las unas y la otras. Me parece que una solución de esta naturaleza afecta gravemente el principio de proporcionalidad y consideramos que se le debe dar un manejo diferente, teniendo en cuenta la gravedad de las diferentes hipótesis que allí se enlistan.

Por sentencia C-1066 del 3 de diciembre de 2002, con ponencia del H. M. Jaime Araujo Rentería, se declaró la exequibilidad condicional del último inciso del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, en cuanto determina:

> ***"Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro".***

La declaratoria de constitucionalidad condicionada la formuló: ***"en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición, las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se***

refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento. ".

Esta sentencia se produce como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso final del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, en cuanto dispone que las certificaciones que sobre antecedentes expida la Procuraduría General de la Nación, cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan ausencia de antecedentes, deberán contener todas las anotaciones que aparezcan en el registro de sanciones que tenga esa entidad, de conformidad con su función de tener un archivo unificado que debe contener el registro de las sanciones penales y disciplinarias, de las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales del Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, y ex-servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía. La norma parcialmente demandada establece en relación con los antecedentes:

> "ARTÍCULO 174.***REGISTRO DE SANCIONES***. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.
>
> El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1º. del artículo 38364 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.
>
> La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a

> su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.
>
> ***Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro.*** (Lo destacado es el aparte que fue demandado).

El demandante fundó su reproche de contrariedad constitucional, por estimar que la norma quebranta la imprescriptibilidad de las sanciones establecida en el artículo 28 de la Carta, de la misma manera que los principios de orden justo, dignidad e igualdad, consagrados en el Preámbulo y en los artículos 1º y 13º de la Constitución, igualmente el derecho al buen nombre, a la corrección y actualización de informaciones de conformidad con las previsiones del artículo 15 Superior.

Dentro de un breve análisis del contenido del artículo demandado parcialmente, y en referencia en concreto del inciso final demandado se llega en la sentencia a la siguiente conclusión:

> "Esta última exigencia para el ejercicio de determinados cargos públicos, contemplada en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, tanto constitucionales como legales, significa que en tales casos la existencia de antecedentes configura una inhabilidad de carácter intemporal, es decir, un impedimento para acceder a aquellos, sin límite de tiempo. [119]

A renglón seguido, se hacen las consideraciones pertinentes que llevan a la decisión final de constitucionalidad condicionada del aparte demandado, en el sentido que las certificaciones emitidas por la Procuraduría General, solo deben contener los registros de los últimos cinco años:

> "Por su parte, el Art. 28 superior establece en su inciso final que *"[E]n ningún caso podrá haber (...) penas y medidas de seguridad imprescriptibles"*.
>
> ***En consecuencia, por referirse el aparte acusado a la certificación sobre la inscripción de una inhabilidad, que de acuerdo con lo***

119 Sentencia C-1066 02, H. M. Jaime Araujo Rentería

expuesto no constituye por sí misma una pena, ni una prolongación de ésta, sino una garantía de que el comportamiento anterior del aspirante no afectará el desempeño de la función o cargo, con fines de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del mismo, no vulnera el citado precepto constitucional.

Derecho fundamental de *habeas data*

3.3. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 de la Constitución Política, *"todas las personas (...) 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".*

Esta disposición consagra el derecho fundamental de habeas data, en virtud del cual todas las personas tienen el poder de voluntad de obtener la información que les concierne directamente y que reposa en los bancos de datos y en los archivos de las entidades públicas y privadas, de exigir que sea puesta al día, en cuanto en la existente no se han tomado en cuenta hechos o circunstancias que modifican su situación, y de que se eliminen los errores o inexactitudes de la misma con el fin de establecer su veracidad.

Respecto de la protección de este derecho la Corte Constitucional ha manifestado:

"Ha sido abundante la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución Política (ver sentencias T-414 de 1992, T-480 de 1992, T-022 de 1993, T-220 de 1993, SU- 082 de 1995, T-096ª de 1995, T-303 de 1998, T-307 de 1999, T-527 de 2000, T-856 de 2000, y T-1085 de 2001 entre otras), en estos pronunciamientos la Corte ha manifestado que el derecho de habeas data tiene dos sentidos: i) proteger a las personas, para que puedan conocer, actualizar y rectificar la información que sobre ellas se haya registrado en bancos de datos, y ii) proteger a las Instituciones, quienes pueden

conocer la solvencia económica de sus clientes, por tratarse de asuntos de interés general".[120]. [121]

Como una derivación importante de este derecho, la Corte Constitucional ha señalado el llamado "derecho al olvido", así:

"Corresponde al legislador, al reglamentar el ***habeas data,*** *determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.*

"Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador.

"Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.
(...)
"Esta Sala de Revisión, complementando lo dicho, ha señalado:

"Los bancos de datos y las entidades financieras tienen derecho a la conservación, procesamiento y circulación de informaciones de carácter económico, especialmente las relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los deudores, a fin de evitar, merced al oportuno conocimiento, aumentar los riesgos inherentes al crédito por la colocación de recursos en manos de quien no exhibe una trayectoria de cumplimiento.

"Pero, claro está, no siendo un derecho absoluto, encuentra sus límites en los derechos de las personas afectadas por los datos, las cuales no pueden permanecer indefinidamente registradas bajo un dato negativo que, hacia el futuro, les niega el acceso al crédito y les causa graves perjuicios. Esto da lugar al ***derecho al***

120 Sentencia T-1322 de 2001. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

121 Sentencia C-1066 02, H. M. Jaime Araujo Rentería

***olvido**, sostenido por esta Corte desde la Sentencia 414 del 6 de junio de 1992, según el cual las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo.*

*"La Corte Constitucional ha entendido que es necesario armonizar tales derechos para preservar el interés general implícito en el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones, sin ocasionar la desprotección de la persona frente al poder informático y sin prohijar el uso desmedido y desproporcionado del derecho a la información, razón por la cual estima necesario reiterar que, por una parte, se requiere una **autorización del interesado** para que las centrales de datos dispongan de la información y la hagan circular, y, por otra, deben existir unas reglas claras sobre la **caducidad** del dato.*

"Los datos financieros no permanecen, entonces, de por vida. Cumplen una función informativa precaria, esto es, durante un período razonable después de ocurridos los hechos reportados, y desaparecen. Si se extendiera su registro más allá del término de caducidad, perderían legitimidad y, por tanto, la actualización que puede reclamar el interesado implica, en tal hipótesis, la obligación del banco de datos de eliminar toda referencia a la información negativa caduca". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-097 del 3 de marzo de 1995).

"Así las cosas, un individuo no puede estar condenado para siempre a figurar como deudor moroso o como pagador irregular, de haberlo sido en alguna época.

"Reitera la Corte que, habiendo cancelado ya la obligación y estando a paz y salvo con la entidad financiera correspondiente, si ha transcurrido el tiempo razonable de caducidad del dato, el antiguo deudor debe desaparecer del registro correspondiente". [122]

Este criterio ha sido reiterado por esta Corporación, así:

122 Sentencia T-119 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

"Por otra parte, también debe la Corte recordar su doctrina en cuanto a que la temporalidad de los datos no puede ser indefinida, luego, los datos negativos no tienen vocación de perennidad, por lo que, una vez el ciudadano se ha puesto al día en sus obligaciones, debe merecer un tratamiento favorable en el sentido de que se le borren los datos negativos de los archivos de los bancos de datos, por no corresponder a la verdad o no ser actuales.

"En este orden de ideas, los datos caducan y una vez producida la caducidad deben ser borrados del correspondiente sistema, de modo definitivo, conforme lo ha sostenido esta Corte entre otras sentencias, en la SU-082 y SU-089, ambas de 1995 (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

"Ahora bien, lo que sí puede ocurrir y esta Corte lo ha admitido en guarda del derecho que tiene el sector financiero a estar informado oportunamente sobre los antecedentes más próximos de sus actuales y potenciales clientes con miras al estímulo de la sana práctica del crédito, es que cuando se ha presentado una mora en el cumplimiento de las obligaciones de ese tipo, permanezca registrado el dato por un tiempo razonable, inclusive después de efectuado el pago, lapso que esta Corte, a falta de regla legal exactamente aplicable, lo ha indicado por vía jurisprudencial".[123]

Tal derecho al olvido, planteado en relación con la información negativa referente a las actividades crediticias y financieras, es aplicable también a la información negativa concerniente a otras actividades, que se hayan recogido "en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas", como lo contempla el Art. 15 superior, por existir las mismas razones y porque dicha disposición no contempla excepciones.

Por tanto, el mismo debe aplicarse al registro unificado de antecedentes que por mandato del Art. 174 de la Ley 734 de 2002 lleva la Procuraduría General de la Nación, integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución Nacional, mediante el señalamiento de un término de caducidad

123 Sentencia T-527 de 2000. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

razonable, de modo que los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares que ejercen o han ejercido funciones públicas o tienen o han tenido la condición de contratistas estatales no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro.

En este orden de ideas, la ausencia de un término de caducidad de la información negativa consignada en el mencionado registro de antecedentes, en caso de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de los mismos, de que trata la norma acusada, quebranta la disposición contenida en el Art. 15 de la Constitución.

Así mismo, la norma impugnada quebranta el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 ibídem respecto del registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos que no exijan para su desempeño ausencia de ellos, caso en el cual el inciso 3º del Art. 174 del Código Disciplinario Único establece un término de caducidad de cinco (5) años, con la salvedad de las sanciones o inhabilidades que estuvieren todavía vigentes, ya que el supuesto de hecho es el mismo tanto en éste como en el anterior. En esta forma se establece una discriminación que carece de justificación objetiva y razonable y debe eliminarse.

Para tal efecto es oportuno recordar que las sanciones consagradas en el mismo Código Disciplinario Único (Arts. 44 y 45), son las siguientes: i) destitución e inhabilidad general, es decir, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo; ii) suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, o sea, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo distinto de aquel en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, por el término señalado en el fallo; iii) suspensión; iv) multa, y v) amonestación escrita.

Existe diferencia entre la naturaleza de estas sanciones por el aspecto temporal, ya que las inhabilidades general y especial y la suspensión tienen carácter continuado; en cambio, la destitución, la multa y la amonestación escrita son de índole instantánea, lo

cual explica que el Art. 46 del citado código señale unos límites temporales para las primeras, al establecer que la inhabilidad general será de diez (10) a veinte (20) años, que la inhabilidad especial no será inferior a treinta (30) días ni superior a doce (12) meses y que la suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce (12) meses, aplicando así un criterio racional válido.

Así mismo, el referido Art. 46 estatuye que cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente, lo cual tiene un fundamento expreso en la Constitución Política, cuyo Art. 122, inciso final, preceptúa que *"sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas"*.

En reciente pronunciamiento esta corporación resolvió declarar exequible la expresión "pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente" contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 "bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política".[124]

A su vez, la mayoría de las sanciones penales tienen carácter continuado, de conformidad con lo previsto en los Arts. 35, 43 y 51 del Código Penal, lo mismo que las inhabilidades en cuanto tales.

Dicho carácter continuado de las sanciones disciplinarias y penales y de las inhabilidades, señaladas en el inciso 1o del Art. 174 del Código Disciplinario Único, explica que el inciso 3º del mismo disponga que *"[l]a certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición* *y, en todo caso, aquellas que se refieren a :*

124 Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Esta disposición es razonable, en cuanto establece como regla general un sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento**" (las negrillas no forman parte del texto original).**

término de cinco (5) años de vigencia del registro de antecedentes, que es el mismo término señalado para la prescripción de la sanción disciplinaria en el Art. 32 de dicho código, y en cuanto mantiene la vigencia de los antecedentes que por ser de ejecución continuada o permanente no se han agotado, mientras subsista tal situación. Por consiguiente, es justificado aplicarla también al registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos para cuyo desempeño se requiere ausencia de ellos, a que se refiere la disposición acusada.

En síntesis, podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.

Por lo anterior, con fundamento en el principio de conservación del ordenamiento jurídico, esta corporación declarará la exequibilidad condicionada de la disposición impugnada, en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.[125] (Lo destacado no lo es en el texto).

El Magistrado Rodrigo Escobar salvó el voto, expresando la inconformidad con la decisión mayoritaria con las siguientes argumentaciones:

125 Sentencia C-1066 02, H. M. Jaime Araujo Rentería.

"Con el acostumbrado respeto a las decisiones de la Corte, me aparto de las consideraciones relacionadas con la constitucionalidad de las inhabilidades intemporales fijadas por el legislador por los siguientes argumentos.

Considero que las inhabilidades intemporales tienen generalmente una naturaleza sancionatoria, por lo que no pueden ser de carácter imprescriptible, conforme al art. 28 de la Constitución Política, el cual establece en su inciso final, la prohibición de que las penas y medidas de seguridad sean imprescriptibles. ***De esta forma, y sin perjuicio de las inhabilidades intemporales directamente consagradas por el Constituyente en los arts. 122, 179 numeral 1º, 197, 232, 264, 249, 267, la facultad normativa del legislador se encuentra restringida por el art. 28 de la Carta Política. El Congreso no puede crear normas cuyo contenido refleje una interpretación por analogía de aquellos preceptos constitucionales que señalan este tipo de sanciones, extendiendo a un nivel legal los criterios que sirvieron de fundamento al constituyente. El desbordamiento de las facultades del legislador que ha sido avalada por la Corte, permite la creación de normas que abiertamente vulneran la prohibición contenida en el art. 28 de la CP. Como afirmé en otra oportunidad: "las hipótesis de sanciones intemporales tienen que provenir directamente de la Constitución" (S.V. Sentencia C-592 de 2001)***

Por otro lado, el análisis de constitucionalidad de una inhabilidad intemporal fijada por el legislador debe ser estricto –y no leve como sostiene la posición mayoritaria de la Corte- debido a que este tipo de sanciones, establecen restricciones que impiden el ejercicio de derechos fundamentales, como el acceso a ser elegido y a ocupar cargos públicos, así como vulneran la dignidad humana e impiden la capacidad de rehabilitación del sancionado.

Por último, si bien el legislador tiene a su cargo la regulación de las inhabilidades e incompatibilidades de acuerdo al art. 293 de la Carta Política, hago énfasis en que sus facultades normativas están limitadas por la garantía constitucional contenida en el art. 28.

En consecuencia, me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por esta Corporación dentro del presente fallo con respecto a la

> constitucionalidad de las inhabilidades intemporales, y me remito íntegramente a lo expuesto en el Salvamento de Voto a la Sentencia C-952 de 2001.

Discrepamos no solo de la constitucionalidad condicionada del último inciso del artículo 174, sino del salvamento de voto, porque en relación con este último documento es claro que las inhabilidades no constituyen una sanción, puesto que no son pena, ni medida de seguridad y ello es claro puesto que no aparecen enumeradas como tales ni en la Constitución, ni el Código Penal; además no se requiere que sean impuestas mediante una sentencia judicial, sino que existen por aparecer consagradas en la Constitución o en la ley, y por tanto, nada tienen que ver con la prohibición de penas imprescriptibles contenida en el artículo 28 de la Carta [126].

Las inhabilidades son una consecuencia de penas impuestas por sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas, y su creación constitucional y legal tiene plena justificación, puesto que la administración pública debe distinguirse por su decoro y actuación intachable desde la perspectiva ética y moral. En un verdadero Estado de Derecho democrático y participativo, el ideal que se busca es que tanto los elegidos como los designados para el desempeño de los cargos públicos tengan una trayectoria pública y privada intachable, razón por la cual los que han sido condenados por determinados delitos sean considerados inhábiles para el desempeño de ciertos cargos públicos.

Nadie aceptaría a un juez exconvicto administrando justicia, de la misma manera que nadie admitiría que el país fuera dirigido por un presidente con antecedentes penales por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por ser el autor de delitos comunes.

Es claro que la norma demandada fue el último inciso del artículo 174 del Código Único Disciplinario, pero parece que la Corte Constitucional no advirtió que lo que allí se dispuso no fue por voluntad del legislador, sino una clara obediencia al texto constitucional al consagrar las nulidades

126 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.

intemporales, gramaticalmente impuestas de manera perfectamente clara con las expresiones "***en cualquier tiempo***" y "***en cualquier época***". Si las condenas a pena privativa de la libertad por delitos comunes dolosos o intencionales, crean para el desempeño de ciertos cargos inhabilidades intemporales, es evidente que los condenados en tales condiciones nunca podrán tener acceso a las más altas dignidades del Estado, y en el caso de los delitos enumerados en el artículo 122, no tienen opción de ningún vínculo burocrático con el Estado en cualquier nivel, de allí que el legislador, en clara obediencia al mandato constitucional, estableciera, que cuando se trate de nombramientos o posesión en cargos que exijan para su desempeño la no existencia de antecedentes penales, el que certifica este hecho, en este caso la Procuraduría General de la Nación, deberá certificar todas las anotaciones que figuren en el registro, sin importar el tiempo en que las condenas hubieren sido impuestas, puesto que las mismas crearon inhabilidades intemporales. La norma erróneamente condicionada por la Corte Constitucional dispone:

> ***"Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro."*** (Lo destacado es el aparte que fue demandado).

Pareciera que esa Corporación no hubiese advertido que esta disposición no era en realidad creación del legislador, sino una simple consecuencia de las inhabilidades intemporales creadas por el Constituyente.

En las circunstancias anteriores hemos de concluir que se trata de un fallo erróneo, que desconoce los preceptos constitucionales antes mencionados, y que, por tanto, debe seguir aplicándose, es decir expidiéndose los certificados de antecedentes, con la totalidad de los registros que le figuren al solicitante, sin tener en cuenta la fecha de emisión y ejecutoria de la sentencia de condena.

Consideramos que el análisis de los temas tratados en el artículo 174 de la Ley 74 de 2002, Código Único Disciplinario, no fue lo suficientemente exhaustivo, ni por el Congreso de la República al concebir la norma, ni por la Corte Constitucional en la decisión que declaró la exequibilidad condicionada del último inciso del antes mencionado artículo.

La razón de nuestro disenso parte de la clara vulneración del artículo 158 que establece la unidad de materia en relación con el contenido de las leyes [127], y como consecuencia de tal infracción constitucional, en una norma de un Código disciplinario, se termina previendo y decidiendo en relación con la duración del dato negativo respecto de diversas temáticas:

a) Sanciones penales;
b) Sanciones disciplinarias;
c) Sanciones contravencionales;
d) Inhabilidades que deriven de las relaciones contractuales con el Estado;
e) Sanciones de responsabilidad fiscal;
f) Sanciones de perdida de investidura;
g) Sanciones penales y disciplinarias dictadas contra servidores públicos, exservidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía.

Como se puede observar se trata de una confusa mixtura, no solo contraria al concepto constitucional de la necesaria unidad de materia de las leyes, sino que, como consecuencia de la infracción, se identifican una serie de decisiones de diversa gravedad, que bajo ninguna circunstancia podrían ser reguladas con similitud de criterios.

Lo anterior, porque se asimilan inconvenientemente las sanciones penales con las disciplinarias y contravencionales; de la misma manera que se igualan como si no hubiese diferencia en cuanto a la gravedad de las

127 ARTICULO 158. ***Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella***. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas. (Lo destacado no lo es en el texto).
La Corte Constitucional en sentencia C 025 de 2003, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes M., en relación con lo que debe entenderse por ***UNIDAD DE MATERIA*** de las leyes sostuvo:
"La ausencia de control interno por parte de la respectiva célula legislativa, para evitar que un proyecto vulnere el principio de unidad de materia, no tiene como consecuencia la subsanación del defecto derivado de su incumplimiento, el cuál por recaer sobre la materia, tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexequibilidad de la ley. La interpretación del principio de **unidad de materia** no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el **principio democrático,** significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley. Un proyecto de ley no puede versar sobre **varias materias**. La Constitución expresamente proscribe semejante hipótesis.

mismas, la decisión de pérdida de investidura de los altos dignatarios del Estado, o de un miembro del Congreso con sanciones administrativas de responsabilidad fiscal, que no necesariamente tendrían que ser delictivas, o con las sanciones impuestas a particulares en el ejercicio ocasional de funciones oficiales transitorias.

Es evidente que se trata de una unificación imposible de conciliar por las profundas diferencias que existen en relación con la gravedad de las conductas que se pretenden asimilar, como si todas fuesen de la misma intensidad, desde lo levísimo a lo más grave.

La anterior equivocada concepción sería tanto, como si al regularse el fenómeno de la prescripción de la acción o de la pena, el legislador dispusiera de un término común para la misma, es decir que todas las conductas delictivas y todas las contravencionales y disciplinarias prescribieran en un mismo tiempo uniforme de cinco (5) años, para señalar un tiempo similar al que se emplea en la norma que se analiza.

Es evidente que una concepción de tal naturaleza en relación con la prescripción, sería claramente desconocedora del principio de proporcionalidad, de la misma manera que lo es, al unificarse el registro de todas sanciones dentro de un tiempo único de cinco años, como si todas contuvieran el mismo nivel axiológico en la escala de los valores de nuestra Nación.

Para terminar finalmente nuestras críticas, debemos destacar que dentro de la misma disposición se incluyen conductas delictivas, contravencionales, disciplinarias y sanciones administrativas que no constituyen infracciones penales, ni contravencionales. Frente a tal heterogeneidad de temas manejados en el tantas veces mencionado artículo 174, se ha de concluir, que se terminan vulnerando múltiples principios constitucionales, comenzando por el debido proceso.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos similares, cuando las disposiciones del legislador olvidan los principios de igualdad, proporcionalidad, en cuanto a la gravedad de las conductas y sus respectivas sanciones y procedimientos. Es así como en la Sentencia C 364 de 1996, con ponencia del H.M. Carlos Gaviria D. se sostuvo:

"De la confrontación realizada infiere la Corte que no sólo se estableció la misma pena para el delito y la contravención, sino que se asignó a esta última un tratamiento más gravoso que a aquél, lo cual resulta desproporcionado e irrazonable. Si el legislador consideraba que la conducta de hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado es inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, es un hecho de menor transcendencia socio jurídica, y lo calificó como contravención, debió ser consecuente con su valoración y, por tanto, debió otorgarle un trato punitivo menos gravoso que el fijado para el delito.

Con esta actuación del legislador se vulneran los siguientes derechos fundamentales:

a. El artículo demandado viola el derecho a la igualdad de los procesados por la contravención de hurto calificado, en cuanto se les somete a un procedimiento "ágil", que se desarrolla básicamente en dos diligencias, y en el que toda la actividad procesal la cumple el mismo funcionario: juez penal o promiscuo municipal, y no al procedimiento ordinario previsto para el juzgamiento del delito, que se cumple en dos etapas separadas: la acusación y el juzgamiento, la primera desarrollada por la Fiscalía y la segunda por los jueces penales municipales o del circuito, dependiendo de la cuantía del objeto material del delito. Separación de funciones que garantiza más eficazmente la imparcialidad del juez, y de la cual se ven privados los sindicados de haber incurrido en la conducta contravencional.

Las oportunidades que tienen los procesados por el delito de hurto calificado para pedir pruebas, presentar alegaciones e interponer recursos, también son considerablemente más amplias que las que tienen los sindicados de la contravención de hurto calificado, lo cual coloca a los últimos en desventaja para ejercer su derecho de defensa.

Resulta también discriminatorio el trato para los sindicados de la contravención de hurto calificado en cuanto a la concesión de la libertad provisional, que sólo se concede por vencimiento de términos, y la negativa a otorgarles la condena de ejecución condicional, frente a los procesados por el delito, en relación con

los cuales existen causales más amplias para la concesión de dichos beneficios.

b. Con la disposición acusada se viola el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que establece: "*nadie podrá ser juzgado sino...con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*, pues las formas previstas para el conocimiento de los delitos se adecuan al sistema acusatorio, y a ellas debe someterse a quienes violan las prohibiciones relacionadas con los hechos punibles de mayor entidad jurídica, a los cuales se asigna una sanción cuantitativa y cualitativamente más gravosa y, según la consideración del legislador, deducida del tratamiento punitivo que le otorga a la contravención en el artículo 10 de la ley parcialmente acusada, la conducta debe ser reprimida severamente y, en consecuencia, debe hacerse dentro del rito establecido para el tratamiento de los delitos.

c. El derecho a la libertad y a la defensa de quienes pueden ser condenados hasta 12 años de prisión, sin poder gozar del beneficio de la libertad provisional ni de la condena de ejecución condicional, resultan vulnerados cuando se le somete a un procedimiento "ágil", con escasas oportunidades de defensa, sin intervención de la Fiscalía, sometidos al juicio del mismo funcionario que realizó la instrucción y formuló los cargos, circunstancia que, sin duda, debilita la imparcialidad.

En consecuencia, el artículo 10 de la ley 228 de 1995 vulnera el artículo 252 de la Carta pues el legislador suprimió la función de acusación en el procedimiento previsto para el conocimiento de la contravención de hurto calificado, cuando la cuantía de lo apropiado sea inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, aunque le asignó la misma sanción que estaba establecida para el tipo delictivo y, además, viola los artículos 13, 28 y 29 ibídem, en los términos que acaba de señalarse.
(….)

Por contradecir los artículos 13, 28 y 29 de la Constitución se declarará, entonces, la inexequibilidad de la parte acusada del artículo 16 de la ley 228 de 1995 [128].

128 Sentencia C 364 96 M.P. Carlos Gaviria D.

Sobre el mismo principio, el de proporcionalidad, la misma Corporación ha sostenido:

> "La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de *proporcionalidad* [14]. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.
>
> El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.
>
> En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:
>
> "Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento

> legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo."[129]

Es claro que, dentro de la más estricta lógica, los temas o problemas similares deben tener una solución igualitaria, y en sentido contrario, los temas diferentes en niveles de gravedad igualmente deben tener tratamientos disímiles. Esto lo impone la escala axiológica de los valores, que determina que la vulneración de los derechos de mayor trascendencia, debe conllevar para el autor responsable una sanción igualmente de mayor gravedad y siguiendo dentro de los mismos parámetros del pensamiento, es claro que los términos de prescripción de la acción y de la pena deben ser mayores para los delitos más graves sancionados con las mayores penas, y dentro de la misma lógica, las conductas delictivas más leves, deben tener asignados castigos de menor intensidad; pero dentro de los mismos principios, es igualmente claro que los procesados por los delitos más graves, deben tener menos beneficios procesales y carcelarios.

Si el legislador produjera normas sin atender a los anteriores principios, -igualdad, proporcionalidad-, su producción sería irracional y no deberían ser obedecidas por los miembros de la Nación, precisamente por desconocimiento de los valores fundamentales sobre los que la misma ha sido concebida y construida.

Las razones precedentes son las que nos llevan a estar en perfecto desacuerdo con las previsiones del artículo 174 del Código Único Disciplinario que es objeto de comentario. El derecho al olvido es una nueva concepción que tiene aceptación universal, pero no por ello, el beneficio que surge del mismo, ha de ser aplicado de manera uniforme para todos los casos.

Si nuestro legislador seleccionó el sistema bipartito de las infracciones a la ley en delitos y contravenciones, en contra del sistema francés tripartito, -crímenes, delitos y contravenciones-, para efectos de ser clasificados de conformidad con su gravedad, esto es, de acuerdo con la trascendencia de los derechos estatales, sociales o individuales vulnerados. Si ese fue el objetivo, es claro que entre los unos y los otros, es decir, entre los delitos y las contravenciones deben existir claras diferencias cuantitativas y cualitativas en relación con los castigos, la forma de su ejecución, los

129 Sentencia C 122 96. M.P. Carlos Gaviria D.

tiempos de prescripción de la acción y de la pena, y los diversos tratamientos procesales en cuanto a la concesión o no de ciertos beneficios.

Se debe anotar, que creada la acción constitucional de extinción de dominio en el segundo inciso del artículo 34 constitucional, actualmente reglamentada por la Ley 1708 de 2014, se debe mencionar, que el legislador incurre en mora, en la necesidad de crear una nueva inhabilidad, relacionada con las personas que hayan sido sentenciadas a la pérdida del derecho de dominio, en aplicación de la acción constitucional de extinción de dominio, porque es evidente, que se trata de una decisión que afecta a los bienes de las personas, cuando se ha demostrado la procedencia o adquisición ilícita de los mismos, y tal proceder delictivo, de manera necesaria debe dar lugar al nacimiento de una inhabilidad para el desempeño de cargos públicos y en los procesos de contratación con el Estado.

Esta omisión legislativa absoluta del Congreso de la República nos plantea situaciones inadmisibles dentro de la lógica y la racionalidad, porque una persona condenada a la extinción de sus bienes por haberse demostrado la adquisición delictiva de los mismos no estaría por ese solo hecho en una inhabilidad de ninguna naturaleza y, por tanto, podría aspirar a ser juez de la República, o incluso presidente de esta maltrecha democracia colombiana.

Es de obvia y lógica conclusión que dichas sentencias no podrían ser incluidas dentro de registro a que se hace mención en el comentado artículo 174 del Código Único Disciplinario, porque dichas decisiones no están contempladas en esta norma y es bien sabido que la analogía no es aplicable en el derecho represivo. La analogía solo se admite *in bonam partem*, nunca *in malam partem*.

Discrepamos sustancialmente tanto de lo decidido, en la sentencia que ahora se comenta, -la C 1066 02-, y para establecer las razones de nuestro apartamiento de esta decisión debemos precisar algunos puntos que consideramos son fundamentales y que, si se hubieran tenidos en cuenta, tenemos la certeza que el resultado de la decisión hubiera sido de constitucionalidad, sin condicionamientos de ninguna naturaleza.

Primero que todo se debe precisar que en el último inciso del artículo 174 de la Ley 704 de 2002, correspondiente al Código Único Disciplinario no se establece ninguna inhabilidad y menos una de carácter intemporal, por

el contrario, interpreta de manera correcta la voluntad del constituyente, porque es evidente que este, quiso consagrar inhabilidades intemporales para el desempeño de ciertos cargos de la más alta jerarquía del Estado. Teniendo en cuenta la primacía valorativa de la Carta Política, establecida en el artículo 4º de esta codificación, determinó que en esos casos donde el desempeño del cargo exigía por mandato constitucional la ausencia de antecedentes penales, por hechos o conductas realizadas "***en cualquier tiempo*** " o ***" en cualquier época*** " para utilizar las expresiones constitucionales, es claro que tenía que establecer que en esos casos, el certificado de antecedentes penales y disciplinarios debían contener la totalidad de los registros existentes sin tener en cuenta el tiempo transcurrido desde la realización de la conducta y de la emisión de la sentencia de condena.

La razón de ser de las inhabilidades, para el desempeño de ciertos cargos ha sido claramente explicadas por nuestro juez constitucional al precisar:

> "Las inhabilidades o inelegibilidades son impedimentos establecidos por el constituyente o por el legislador, que restringen el acceso a la función pública de personas que, a su juicio, carecen de las cualidades requeridas para ejercerla. Así mismo, se consideran "como hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.[2]
>
> La finalidad de establecer inhabilidades radica entonces en garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida ésta como "el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines".[3] Dado que dicha función se dirige a la atención y satisfacción de intereses generales, resulta razonable que se exija a las personas que aspiran a ejercerla, poseer cualidades suficientes que garanticen su desarrollo con arreglo a los principios mencionados, tal como se consagra en el artículo 209 de la Constitución.

Así pues, a través de las inhabilidades se busca asegurar la excelencia en el ejercicio de la función pública, a través de personas idóneas y con una conducta intachable toda vez que, como lo ha sostenido la Corte, *"fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen rígido de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determinen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."*[4]

Por lo mismo, aun cuando el régimen de inhabilidades restringe los derechos fundamentales a la igualdad (C.P. Art. 13), al trabajo (C.P. Art. 25), a la libertad de escoger profesión u oficio (C.P. Art. 26) y a participar en la conformación del poder público (C.P. Art. 40), se trata de una limitación que, en principio, es justificada y acorde con los preceptos constitucionales. Como lo consideró la Corte Suprema de Justicia aún con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, "*la función pública supone no sólo la tutela implícita de la libertad de trabajo y escogencia de actividad, de oficio o de profesión, sino también la explícita de garantía de imparcialidad, decoro, dignidad, probidad, aptitud, capacidad e idoneidad de los funcionarios que el Estado le debe a sus gobernados."*[5]

Dado que las inhabilidades restringen los derechos fundamentales señalados, su regulación debe adecuarse a un estricto criterio de razonabilidad y proporcionalidad, pues si bien el legislador goza de cierta discrecionalidad para consagrarlas, esa facultad de configuración normativa no es absoluta, puesto que no pueden limitar injustificada ni excesivamente los referidos derechos. Al respecto, la Corte ha reiterado:

"...aunque la Carta faculta al Legislador para supeditar el ejercicio de funciones y cargos públicos a condiciones y requisitos,

para esta Corte cualquier limitación a los derechos consagrados en los artículos 13 y 40-7 Superiores debe consultar los valores, principios y derechos de la Carta, so pena de profundizar la desigualdad social mediante la negación del núcleo esencial de tales derechos, los cuales tienen además incidencia en el ejercicio del derecho al trabajo. La exigencia de requisitos o condiciones excesivas, innecesarias o irrazonables para aspirar a ejercer un cargo o función pública violaría el contenido esencial de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a escoger y ejercer profesión u oficio y a participar efectivamente en el ejercicio del poder político"[6].

Y en pronunciamiento posterior, manifestó:

"El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma."[7]

Que la inhabilidad deba ser razonable significa que, siendo una medida adoptada por el legislador para alcanzar un fin legítimo, cual es la designación de personas idóneas y con antecedentes disciplinarios intachables para garantizar el correcto cumplimiento de la función pública, aquélla no puede ser arbitraria sino objetivamente justificable. Por consiguiente, debe existir una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la referida finalidad.

> Que sea proporcional implica que no puede ser excesiva en procura de alcanzar el fin buscado, es decir, que sea estrictamente necesaria para conseguirlo o que exista una relación justa o mesurada entre la causal de inelegibilidad adoptada y la finalidad que se pretende al impedir el nombramiento de la persona incursa en ella." [130]

Esa misma Corporación ha sostenido que el legislador tiene competencia para crear inhabilidades intemporales, pero el hecho de que tenga dicha capacidad no quiere decir, que pueda modificar las que han sido creadas por el constituyente, ni tampoco alterar su naturaleza, especialmente su característica de permanecer incólumes en el tiempo de manera indefinida.

Al disponerse en la parte resolutiva de la sentencia que se comenta, que en los casos de registros relativos con los antecedentes judiciales o administrativos de las personas, que en dichos casos solo debían de figurar los antecedentes surgidos de decisiones que hubieran tenido ejecutoria en los últimos cinco años, lo que en realidad se logró fue una verdadera e imposible reforma constitucional, realizada en éste caso de manera muy singular, puesto que quien la desconoce, y la vulnera precisamente es nuestro juez constitucional que fue concebido no para violar la Constitución sino para velar por su integridad.

Las inhabilidades no son una pena, son una consecuencia de la sanción decidida e impuesta en una sentencia judicial ejecutoriada, y pese a que nuestro Constituyente no instauró penas eliminativas como la pena capital o la cadena perpetua, ni tampoco quiso la existencia de penas imprescriptibles, dentro de su libertad de disposición constitucional podría llegar a imponerlas por la vía de una reforma constitucional y el hecho de haber adoptado éste camino de humanismo, respeto a la dignidad humana y adopción del principio de proporcionalidad, al establecer claros límites a la capacidad punitiva del Estado; pero la aceptación de éstos criterios de moderación en los castigos a imponer, no es óbice para que consagre, como en efecto consagró inhabilidades intemporales para ciertos cargos, y no para cualquiera, sino para los más altos y de mayor dignidad en la jerarquía del Estado. Es preciso destacar que las inhabilidades consagradas en el artículo 122 de la Carta, son para ser candidato por elección popular, o para el desempeño de cualquier cargo público.

130 Sentencia C 1212 05. M.P. Jaime Araujo R.

Quien ha quebrantado de manera grave los más sensibles campos de la ética social, estará inhabilitado por siempre para ser presidente de la República, y las más altas dignidades de la dirección de los destinos de la República. Los pueblos en el decurso de su historia siempre han seleccionado a los mejores para que los guíen por los escabrosos caminos de la historia. No creo que ninguna persona de sano juicio quisiera tener en la máxima magistratura de la Nación a un exconvicto. Ese perfil ético que queremos para nuestros máximos dirigentes justifica a plenitud la existencia de inhabilidades intemporales.

Es importante destacar que por medio del Acto Legislativo Nro. 01 de 2009, se crearon nuevas inhabilidades, ya no para las altas dignidades del Estado, sino respecto de todos los cargos públicos del Estado, puesto que las mismas comprenden a los candidatos a cargos de elección popular, a los elegidos y designados como servidores públicos, que hubiesen sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en nuestro país o en el exterior.

Esta es una inhabilidad diferente a todas las otras existentes en la Carta Política y se creó como una solución al creciente poder de las más graves y peligrosas formas de criminalidad organizada, que no contentas con las inmensas fortunas obtenidas por medio del delito, intentaron y siguen intentando obtener poder político y social, financiando económicamente a determinados grupos políticos y a sus directivos. Esto no solo en el ámbito nacional, sino en el ámbito regional, y en algunos casos se han logrado incrustar en la burocracia municipal, departamental y de manera general en todas las estructuras de la administración pública.

Es por las razones anteriores, que las inhabilidades que aquí se crean, no solo van destinadas a evitar que delincuentes condenados ocupasen las más altas magistraturas de la Nación, sino también a evitar la incrustación de las mafias en cualquiera de los niveles de la Administración Pública y con ello se busca combatir a las más peligrosas formas de criminalidad profesionalizada del narcotráfico, terrorismo, grupos armados ilegales y cualquier forma de delincuencia. Es decir, estas inhabilidades se crearon como un escudo protector de la administración pública para evitar que la misma fuera permeada por las organizaciones criminales. Son igualmente inhabilidades intemporales, porque comprenden las condenas por delitos

consumados "***en cualquier tiempo***" [131].

Las inhabilidades intemporales tradicionales, fueron constitucionalizadas para los cargos de Presidente de la República y Vicepresidente, para los congresistas, magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado y para los magistrados del Consejo Electoral, para el Fiscal General de la Nación y para el Contralor General de la República.

Las iniciales inhabilidades intemporales son claramente comprensibles, porque allí, con escasas excepciones aparece toda la cúpula del Estado, y si se trata de las mayores dignidades que la República ofrece a sus mejores hijos, es natural que el constituyente haya querido que se trate de persona impolutas, con un pasado limpio de cualquier tipo de mancha delictiva, para que tengan la capacidad moral de dirigir los destinos de la Nación, para que constituyan un verdadero ejemplo para los ciudadanos y se conviertan en verdaderos hitos morales, porque llegaron a ofrecer sus vidas por el servicio público, sin ninguna clase de intereses personales y mucho menos, muchísimo menos, exhibiendo un pasado de oprobio, corrupción y delincuencia.

Las nuevas inhabilidades intemporales, existentes a partir de la reforma constitucional del 2009, podrían quedar enmarcadas dentro de los mismos principios y objetivos, de las inicialmente consagradas en la Carta, pero me atrevería a escudriñar en su origen, motivos coyunturales, nacidos de manifestaciones delictivas que han aflorado y entorpecido el normal desarrollo nacional y sus objetivos son claros, combatir la corrupción que afecta gravemente el patrimonio nacional, la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad, y nuestra mayor desgracia contemporánea: el narcotráfico.

131 Inciso modificado por el artículo 4̲10679 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, ***quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo***, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. (Lo destacado no lo es en el texto).

A continuación se hace cita jurisprudencial, en relación a lo que se ha sostenido respecto de la regulación de las inhabilidades intemporales:

> *"La Corte recuerda que si bien la Constitución consagra directamente determinadas inhabilidades sin límite temporal entre las que se cuentan, además de la que invoca el actor (art 122C.P.) las que se establecen para determinados cargos como en el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal.*
>
> *"Sobre el particular cabe recordar que esta Corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que el Legislador puede hacer uso de una amplia potestad de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una potestad discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Lo que indica que el resultado del ejercicio de la misma no puede ser irrazonable ni desproporcionado frente a la finalidad que se persigue, y mucho menos desconocer otros derechos fundamentales estrechamente relacionados, como ocurre con el derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio[132]."* [133]

La decisión de constitucionalidad condicionada tomada en la Sentencia C 1066 02 es contradictoria y absolutamente incomprensible, porque en la parte final de sus consideraciones sostiene:

---

132 Ver Sentencia C- 952/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido ver, entre otras las sentencias C- 1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes y C- 373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

133 Sentencia C- 948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

> ***"En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.***

Obsérvese que acepta que el certificado debe contener además de las sanciones que se encuentren vigentes en el momento de la expedición, las inhabilidades intemporales aunque hayan transcurrido más de cinco años, es decir, se trata de una reflexión conforme a la voluntad del constituyente, pero a pesar de tal consideración en la parte resolutiva se concluye que en dichas certificaciones deben aparecer solo las sanciones vigentes ejecutoriadas dentro de los cinco años anteriores a la expedición de tal documento [134].

Es evidente que existe una grave y frontal contradicción entre lo considerado y lo finalmente resuelto, al condicionarse la constitucionalidad del último inciso del artículo 174.

Es importante destacar que la Ley 1952 de 2019, debe comenzar a regir nueve (9) meses después de la promulgación de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 [135], que en relación con el registro de antecedentes penales, contravencionales y disciplinarios, por parte de la Procuraduría General de

134 ***Por lo anterior, con fundamento en el principio de conservación del ordenamiento jurídico, esta corporación declarará la exequibilidad condicionada de la disposición impugnada, en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

135 Artículo 265, ***Vigencia y derogatoria***. Las disposiciones previstas en la presente ley, y las contenidas en la Ley 1952 de 2019, que no son objeto de reforma, entrarán a regir nueve (9) meses después de su promulgación. Durante este período conservará su vigencia plena la Ley 734 de 2002, con sus reformas.
Deróguese el artículo 248 de la Ley 1952 de 2019 y deróguese la referencia a las palabras "y la consulta" que está prevista en el numeral 1 del artículo 59 de la ley 1 123 de 2007.
Los regímenes especiales en materia disciplinaria y las normas relacionadas con la Comisión de Ética del Congreso conservarán su vigencia.
Parágrafo 1. El artículo 1 de la presente Ley, relativo a las funciones jurisdiccionales entrará a regir a partir de su promulgación.
Parágrafo 2. El artículo 7 de la presente ley entrará a regir treinta meses (30) después de su promulgación. Mientras tanto, mantendrá su vigencia el artículo 30 de la ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la ley 1474 de 201 1.

la Nación en el artículo 238, copia con algunas adiciones el ya derogado artículo 174 de la Ley 734 de 2002, conservando de manera lamentable casi todos los problemas que habíamos destacado al comentar el ya derogado artículo 174.

El artículo 238 de la nueva ley disciplinaria dispone en relación con el registro de los referidos antecedentes:

> "ARTÍCULO 238. ***REGISTRO DE SANCIONES***. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición ***y de las provenientes del ejercicio de profesiones liberales***, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.
>
> El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1 del artículo 422019 de este código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.
>
> La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes.
>
> ***Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro***. (Lo destacado no lo es en el texto).

En esta nueva norma, se conserva el registro de todas las sanciones que estaban previstas en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, pero se adiciona, en el sentido que también debe ser registradas: "en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación", para efectos de la expedición del certificado de antecedentes". Las sanciones: "provenientes del ejercicio de profesiones liberales……. para efectos de la expedición del certificado de antecedentes".

El segundo inciso se conserva similar respecto del anterior artículo 174, en el sentido que el funcionario competente para dictar la decisión sancionatoria

o para levantar la inhabilidad consagrada en el Parágrafo del artículo 42 de este Código [136], deberá comunicar su contenido al Procurador Gral. de la Nación en el formato diseñado para tal efecto, una vez la providencia haya adquirido ejecutoria.

Al haberse incluido en el primer inciso del artículo 238, como parte de los antecedentes que deben ser registrados en la Procuraduría, las sanciones disciplinarias impuestas en el ejercicio de profesiones liberales, surge para los Tribunales de Ética Médica, tanto para los regionales, como para el Nacional, comunicar las decisiones sancionatorias ejecutoriadas a la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación.

En el inciso tercero se elimina el término de cinco (5) años para registrar en el certificado de antecedentes las condenas ejecutoriadas durante ese lapso de tiempo y se determina que deben hacerse constar en el certificado

136 ARTÍCULO 42. ***OTRAS INHABILIDADES***. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122497 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

Esta inhabilidad tendrá una duración igual al término de la pena privativa de la libertad.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Este Parágrafo corresponde al Parágrafo 1º del numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, fue declarado exequible por Sentencia C 101 18. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Igualmente fue declarado exequible por Sentencia C 077 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

PARÁGRAFO 2o. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122555 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

de antecedentes las sanciones que se encuentren vigentes, sin señalar un tiempo límite dentro del cual se hubieren ejecutoriados las decisiones sancionatorias.

El último inciso, en el 4to, se mantiene idéntico a la previsión del artículo 174 ya derogado, es decir que: "Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro."

Este inciso corresponde al contenido del inciso final del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional por Sentencia C 1066 del 3 de diciembre de 2002, H.M. Jaime Araújo Rentería, "…..en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento".

Con la reiteración de esta norma se sobreviene un problema interpretativo, porque si se obedece la filosofía que orienta el contenido del segundo inciso del artículo 243 de la Carta Política, en cuanto a que prohíbe a todas las autoridades la reproducción de las normas declaradas inexequibles por razones de fondo [137], el legislador ha debido seguir las orientaciones de constitucionalidad contenidas en la sentencia que declaró condicionalmente exequible el último inciso del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, pero no se procedió así, o bien porque el legislador desconocía el fallo citado con anterioridad, o porque al igual que nosotros, pensó que dicho fallo era erróneo y contrario a la Carta, teniendo en cuenta las inhabilidades intemporales creadas por el constituyente.

En lo personal, seguimos pensando que el último inciso de los artículos 174 ya derogado y el 238 de la Ley 1952 de 2019, son perfectamente concordantes con la Carta Política, porque al consagrarse en dicho texto una serie de inhabilidades intemporales, es deber de las autoridades a quien corresponda emitir el certificado de antecedentes judiciales, cuando el mismo sea para probar la ausencia de inhabilidades para el desempeño de

137 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.

cargos públicos, insertar en estos certificados la totalidad de las sanciones que hayan sido impuestas, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde la ejecutoria de las mismas.

Es decir, que seguimos pensando que la decisión de exequibilidad condicionada es un claro error de nuestro juez constitucional, por las razones que se dieron al comentar el contenido del artículo 174 de la Ley 734 de 2002.

Conclusiones.

a) El artículo 15 de la Carta al consagrar el habeas data, incluye dentro de la norma los archivos públicos y los privados, razón por la cual solo confiere las facultades a los dueños del dato de conocer, actualizar y rectificar la información existente.

   En tales circunstancias no se puede conceder por gracia de lo resuelto por la Corte Constitucional, que también les asiste el derecho a hacer suprimir los datos que existan en dichos archivos.

   El constituyente no concedió tal facultad porque al regular el habeas data para toda clase de archivos, entre ellos los públicos, es evidente que las personas particulares no podrían tener la facultad de alterar los archivos públicos por medio de la exigencia de hacer suprimir ciertos contenidos o informaciones.

   Las facultades de la Corte Constitucional para interpretar las leyes y para conservar la integridad de la Carta, no le permiten reformar la Constitución y en este caso se reforma, a través de la adición de una facultad que no está expresamente contemplada en el artículo 15.

b) Es de urgencia que el Congreso legisle sobre el "derecho al olvido", teniendo en cuenta siempre el derecho a la información que tienen todos los habitantes del territorio nacional; y esta exigencia es particularmente trascendente en relación con las sentencias condenatorias delictivas, contravencionales y disciplinarias:
c) La legislación existente sobre la administración de datos en archivos privados, solo es aplicable a los archivos públicos en algunos de sus principios.

Nunca la caducidad de los datos negativos prevista para los archivos privados se podrá asimilar a la de los antecedentes judiciales.

Obsérvese que el constituyente respeta la escala axiológica de los valores, porque al consagrarse las inhabilidades del artículo 122, la establece únicamente para los responsables de delitos contra el patrimonio del Estado, delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico.

Lo anterior nos indica que los responsables por cualquiera otra conducta delictiva tipificada en la ley penal, no les aplicable esta inhabilidad intemporal.

De igual manera en las inhabilidades consagradas en otros artículos de la Constitución, solo comprende los que hayan sido condenados a pena privativa de la libertad, lo que indica que quedan por fuera de estas inhabilidades los responsables por delitos que no tengan prevista pena privativa de la libertad, los delitos culposos y los delitos políticos.

d) El derecho al olvido podrá ser reconocido normativamente, cuando la ley lo consagre, y es necesario que haya tenido en cuenta las inhabilidades constitucionales y todas las funciones que cumplen los antecedentes en el derecho penal, procesal penal, penitenciario y en otras ramas del derecho;

e) El derecho al olvido podrá ser consagrado, siempre y cuando se tengan en cuenta los principios consagrados en los artículos 1º, 15º, 20º, 74º, de la Carta Política; es decir:

1. Lo relacionado con la primacía del interés general sobre el privado;
2. Las facultades del interesado en los registros negativos, respecto de los archivos públicos solo son las de conocer, actualizar y rectificar, nunca la de suprimirlos;
3. El derecho a la información que tienen no solo la comunidad nacional, sino todos y cada uno de sus integrantes;
4. El derecho que tienen todas las personas de acceder a los archivos públicos, excepto los que por la ley sean considerados como reservados;

f) El artículo 134 de la Ley 734 de 2002, actualmente vigente y el

238 de la Ley 1952 del 2019, reformada por la Ley 2064 de 2021, son contrarios a la Carta, en cuanto rompen el principio de unidad de materia que deben tener todas las leyes de conformidad con las previsiones del artículo 158 de la Carta;

g) Pero igualmente es contraria a la Constitución la constitucionalidad condicionada del último inciso del artículo 134 de la Ley 734 de 2002, que se repite en el último inciso del artículo 238 de la citada Ley 1952 de 2019, decretada por nuestro juez constitucional, por medio de la Sentencia C 1066 de 2002, decisión corroborada mediante Sentencia SU 458 de 2012.

Muy agradecido por la atención dispensada.
Bogotá, julio 9 de 2021.

EL CONCEPTO DE FUTILIDAD EN LA PRÁCTICA CLÍNICA

Francisco GÓMEZ PERINEAU M.D.
Presidente del Tribunal de Ética Médica de Antioquia
"la virtud de la modestia del médico consiste en reconocer cuándo la naturaleza dice basta y respetar ese basta"
Paracelso (Siglo XVI)[138]

I. INTRODUCCIÓN

La abstención de obrar, cuando se sabe o se presume que el remedio no va a beneficiar al paciente, estaba firmemente arraigado en la idea hipocrática del tratamiento de los enfermos y se extendió, como lo señalaba Theophrastus Bombast von Hohenheim, apodado Paracelso, por toda la Edad Media, hasta comienzos del Renacimiento. Probablemente no se usaba el término futilidad, pero Paracelso indica que, en su época, había al menos una reflexión acerca del beneficio dudoso que, para los pacientes, significaban algunas prescripciones terapéuticas de los médicos de entonces.

El concepto de futilidad, en el contexto de la práctica clínica cotidiana, es pues, relativamente reciente. Las decisiones médicas que, paulatinamente, dieron lugar a la aparición del concepto y del término surgieron junto con la actividad desarrollada en las, entonces incipientes y precarias, Unidades de Cuidado Intensivo. Pero, lo cierto es que, a disposición del mundo médico actual y con una frecuencia creciente, la literatura científica hoy publica, en las diferentes revistas, artículos que se refieren al concepto de *futilidad*: sus características, sus escenarios de aplicación, los actores que ella involucra, así como sobre sus alcances, sus limitaciones y los conflictos que puede llegar a generar en la práctica clínica.

138 Haeger K. *Historia de la Cirugía*. Ed. Raíces. 1993. Citado: por Gonzalo Mendoza-del-Solar. **El concepto de futilidad en la práctica médica** Rev Soc Peru Med Interna 2008; vol. 21 (1): 26-35

De la misma manera, encuentros, simposios, congresos, tanto de bioética como de cualquier especialidad médica, presentan y discuten, ya muy frecuentemente, temas que tienen que ver con el asunto.

Por otra parte, los Tribunales de Ética Médica del país, pero igualmente de todo el mundo, comienzan a tener que conocer y resolver, con incidencia creciente, quejas relacionadas, en una u otra forma, con las decisiones médicas que, en la práctica clínica, tienen que ver, de una u otra manera, con la futilidad terapéutica.

Es más, algunos autores sostienen que la futilidad constituye el principal problema ético relacionado con la atención en salud en la actualidad, al menos en los países del llamado primer mundo y que, probablemente, irá aumentando su frecuencia y su complejidad, a medida que la población envejece.[139]

De ahí que sea un problema destinado a convertirse en uno de los componentes estructurales de la práctica médica, un elemento significativo de la decisión médica, un cuestionamiento de la autonomía, tanto del médico como del paciente, un factor de gran importancia que puede, en algunos casos, enriquecer la relación médico-paciente, pero, desafortunadamente, en otros, entorpecerla y llenarla de oscuridad.

Nos proponemos entonces, en este texto, intentar esclarecer las características asociadas al concepto de futilidad, exponer los problemas encontrados en la misma definición de la palabra y plantear algunos de los problemas que le son inherentes. En particular, hasta donde sea posible, expresaremos cuáles son, en nuestra opinión, las causas fundamentales que han llevado a que el concepto de futilidad se haya convertido, en ocasiones, en un elemento conflictivo en la práctica clínica, debido al despliegue inusitado de la ciencia y la tecnología en la práctica médica, por una parte y, por la otra, debido a las características del llamado modelo autonomista de la relación médico-paciente, lleno de indiscutibles luces pero, igualmente, también, de profundas sombras.

Finalmente, intentaremos hacer un llamado para que no solo los magistrados y abogados de los Tribunales de Ética la consideren un área de interés y

139 Keith M. Swetz, Christopher M. Burkle et al,. **Ten common questions (And their answers) in Medical Futility**. *Mayo Clin Proc.* 2014;89(7):943-959.

se dediquen a su estudio con el fin de adquirir la claridad requerida sobre el tema, sino que, también, la comunidad médica, empezando por los estudiantes de medicina y los abogados en derecho médico conozcan, sin mayores dudas, de qué hablamos cuando señalamos la expresión "futilidad terapéutica", o "futilidad en la práctica clínica".

Por eso, pensadores de la Ética Médica, como el Dr. Edmund Pellegrino de la Universidad de Georgetown, afirman que:

> *"el debate acerca de la futilidad es útil porque expone la necesidad de aclarar cuidadosamente los límites de la autonomía del médico y del paciente, el significado explícito de la participación del paciente en las decisiones clínicas y el peso moral de las determinaciones médicas objetivas y los valores subjetivos de las personas"*.[140]

II. **DEFINICION.**

(O DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS PARA LLEGAR A UNA DEFINICION DE FUTILIDAD EN LA PRACTICA CLINICA).

Aunque no nos es del todo extraño, casi nunca usamos el término *"futilidad"* en la vida cotidiana; nos parece, en principio, que podemos definirlo con facilidad, al considerarlo como un sinónimo de *"inutilidad",* o como un antónimo de la palabra *"útil"* o *"utilidad"*. De hecho, la Real Academia Española de la Lengua define la futilidad, como la "cualidad de fútil", que no vendría a ser otra cosa que *"la poca o ninguna importancia de algo*; o, como "*cosa inútil o de poca importancia"*. A su vez, María Moliner, en su diccionario de Uso del Español, define futilidad, como la expresión de *"lo poco fundado, o poco serio"*. Sin embargo, como veremos, las cosas con esta definición, al menos en un contexto médico, no son tan simples. Por el contrario, las múltiples definiciones existentes pueden ser bastante complejas y confusas ya que, muchas veces, dependen de quien las formula.

El mismo profesor Pellegrino, arriba citado, señala lo siguiente: *"la definición de futilidad no puede abordarse únicamente desde posiciones médicas objetivas, sino que han de atenderse también sus implicancias*

140 Pellegrino DE. Ethics. *JAMA* 1993;270(2):202-203

éticas y morales, en las que entran en juego la subjetividad y complejidad de los actos humanos"[141]

En el pasado, Stuart Youngner,[142] profesor emérito de bioética en Case Western Reserve University, propuso dos criterios íntimamente relacionados con la futilidad: El primer criterio, indicó que el concepto de futilidad estaba casi siempre presente, cuando aparecía, en la práctica, la consideración acerca de que las terapias de soporte vital debían tener un límite. El segundo criterio se consideró como una propuesta de definición que contemplaba tres esferas: Una futilidad fisiológica, una futilidad cuantitativa y una futilidad cualitativa.

En términos generales, para Youngner entonces, la primera de ellas, la llamada futilidad fisiológica, no ofrecía mayores dificultades, ni para su definición ni para su aplicación. Se trataba, en 1988, como se trata hoy, de averiguar si el impacto objetivo de una determinada terapia era positivo, si estaba ayudando a atenuar el sufrimiento, a evitar una muerte inesperada, a modificar, en sentido benéfico, la historia natural de determinada enfermedad. Para ello, buena parte de la medicina científica, por llamarla de alguna manera, se sustenta en números, en cantidades, en concentraciones, en imágenes diagnósticas, en tablas y guías, en algoritmos y en consensos que, fácilmente, sirven para fundamentar la respuesta.

Sin embargo, así como la lectura y la interpretación de lo que Youngner llamó futilidad fisiológica son relativamente sencillos, el problema planteado por lo que él mismo definió como futilidad cuantitativa y cualitativa se concibe como todo un espectro de definiciones problemáticas. Todo porque un paciente, o un miembro de su familia, o un doctor distinto al médico tratante, pueden tener profundas discrepancias conceptuales acerca de lo que para uno u otro significan los objetivos que permiten vivir, seguir con vida, expresar y defender unos valores y rechazar otros. En síntesis, en estos casos, a lo que asistimos es a la representación de un juicio permanente de valores en los que, como señaló Pellegrini, "entran en juego la subjetividad y la complejidad de los actos humanos"[143]

141 IBIDEM

142 Youngner SJ. ¿Who Defines Futility? *JAMA* 1988;260(14):94-95

143 Pellegrini. Op Cit.

En otras palabras, el concepto de futilidad es relativo y puede variar y, de hecho, varía, entre una persona y otra, en aquellos casos de la práctica clínica en los que se presenta un conflicto de intereses y valores y en los cuales la objetividad científica no basta para dirimirlos. De ahí que, por ejemplo, el *American Medical Association (AMA) Council on Ethical and Judicial Affairs*, haya considerado que una definición única y universal, objetiva y concreta de la futilidad, es imposible. Y, en consecuencia, propuso la siguiente definición de futilidad médica:

Futilidad es, toda aquella *"Intervención médica excesiva (en términos de esfuerzo y gastos) con pocas posibilidades de cambiar la evolución final del paciente"*[144].

Como todas las definiciones, naturalmente esta última no da cuenta de todos los aspectos implícitos en la decisión de considerar fútil un tratamiento. Por otra parte, contempla un asunto, de extrema relevancia en la medicina actual, que es el de la indiscutible necesidad de contener el gasto. No obstante, este último asunto es discutible, sobre todo a la luz de una práctica humanista.

Gonzalo Mendoza del Solar[145], internista, oncólogo, profesor de la Universidad de Arequipa en Perú, en un artículo publicado 2008 en la revista de la Sociedad Peruana de Medicina Interna, presenta una definición aportada por Halevy y Brody en 1993 que, aunque con algunos vacíos importantes en el debate de las ideas al respecto, ofrece elementos novedosos que pretendo desarrollar más adelante pero que, por ahora, dejaré aquí planteada, en forma provisional; dice así:

> *"Una intervención médica es fútil cuando el médico tiene una convicción razonable de que tal intervención no conseguirá los beneficios que el médico y el paciente legítimamente esperan."*[146]

Con estos elementos acerca del significado, no solamente de la palabra,

144 Keith M. Swetz, Christopher M. Burkle et al. IBIDEM

145 Gonzalo Mendoza-del-Solar. **El concepto de futilidad en la práctica médica** Rev Soc Peru Med Interna 2008; vol. 21 (1): 26-35

146 Amir Halevy, MD, and Baruch Brody PhD. Brain Death: Reconciling Definitions, Criteria, and Tests. *Ann Intern Med*. 1993; 119:519-525

sino de la expresión completa: futilidad terapéutica, pretendo ahora proponer, para su análisis, algunas consideraciones acerca de las razones que acompañaron la aparición del concepto en la práctica clínica y que, a medida que pasa el tiempo, se ha robustecido en su definición, en su caracterización y en la frecuencia con la que es utilizado, bien sea para defender la toma de una decisión clínica o, bien sea, para refutarla. Es decir, ¿existen razones para que el concepto de futilidad terapéutica se encuentre ganando un espacio progresivo y propio en las discusiones y consideraciones acerca de la toma de decisiones en el acto médico? ¿Existen razones para que haya crecido, de manera llamativa, la red de publicaciones que dan cuenta de las dificultades propias de este nuevo concepto en la toma de decisiones médicas, en la discusión ética acerca de su impacto, en la relación del médico con su paciente y sus allegados, con sus colegas, con las instituciones, y, sin duda, con la ley?

En primer lugar, me parece que el ciudadano de los últimos cincuenta, setenta o más años, tolera muy mal la frustración que le produce descubrir que la Medicina, a pesar de ser una disciplina fundamentada en las ciencias, no sea una de ellas y que, por consiguiente, no pueda dar buena cuenta de todos los padecimientos humanos. O, por lo menos, no con la facilidad, la prontitud, la exactitud y la nitidez con frecuencia asociadas a alguna de las ciencias físicas y biomédicas, fundamentales en la profesión.

En segundo lugar, igualmente a mi parecer, la progresiva transformación de la relación médico-paciente, del modelo hipocrático y paternalista, con sus sombras y con sus luces, al modelo mercantilista y autonomista, con sus luces y sus sombras, creó condiciones para que lo considerado fútil, en el ejercicio de un profesional de la salud, se convirtiera en objeto de litigio por parte del paciente y sus allegados, por parte del médico y las instituciones y, no pocas veces, por parte del médico y la Ley.

III. QUE LA MEDICINA NO ES UNA CIENCIA O LA HISTORIA DE UNA GRAN DESILUSIÓN.

La medicina occidental, como se practica en nuestros días y cuyos resultados y proezas tan orgullosos nos tienen, hunde sus raíces en el racionalismo cartesiano del siglo XVII; de ahí, progresivamente, se fue

desarrollando, con el tiempo, con las nuevas experiencias y el nuevo conocimiento, el llamado *"modelo biomédico"*[147] que recibió, durante el siglo XIX, un impulso formidable con el desarrollo de las ciencias naturales, sobre todo de la biología y, con ella, de la genética. La revolución tecnológica y la consecuente industrialización de la sociedad, lo consagraron, quizás, de manera definitiva.

Sin embargo, el ejercicio cientifista de la medicina que corresponde al mencionado modelo biomédico y la visión del formidable aparato médico que posee, han creado una imagen social de la profesión que lleva implícita una oferta de triunfo contra la enfermedad.[148]

Así, el modelo reunió en torno suyo todos los recursos, los esfuerzos, los medios, los triunfos y reconocimientos sociales: en otras palabras, consagró a un médico omnipotente, con una respuesta efectiva para todos los males imaginables; fármacos milagrosos que no dejan por fuera de su acción ninguna bacteria, ningún dolor, ningún trastorno metabólico, ninguna falla orgánica, ninguna tristeza, incluso, ningún despecho amoroso; máquinas prodigiosas para la realización del diagnóstico más complejo o del tratamiento más sofisticado; en fin, hombres, máquinas y pastillas para dar buena cuenta de todos los padecimientos de la humanidad, todo un conjunto de anuncios, de promesas y de acciones que acabaron por generar, en el individuo y en la colectividad, un falso sentimiento de seguridad.

En palabras del mencionado Mendoza del Solar,

> *"Hoy abundan las corrientes de pensamiento que creen posible dominarlo todo mediante la técnica, cada vez más avanzada y desarrollada. La Medicina no es ajena a esta corriente. Frente a los vertiginosos avances de la investigación clínica y de la técnica médica, a algunos les parece que estamos próximos a alcanzar la erradicación de muchas enfermedades y la prolongación indefinida de la vida del hombre. Pero la experiencia nos revela que los recursos técnicos son siempre limitados y, en muchas ocasiones, inútiles."*[149]

147 CAPRA F. El Modelo Biomédico. En CAPRA F. El Punto Crucial. Barcelona: ,1985: 135-183

148 GOMEZ F. La reforma curricular en la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia. Marco Teórico y bases metodológicas. *IATREIA*. 1990; 3(2):59-66

149 Gonzalo Mendoza-del-Solar. **IBIDEM**

Con la ayuda indiscutible de los medios de comunicación el hombre común, pues, necesita creer que la estructura y la función de la sociedad en que vive descansan, sólidamente, sobre una base científica. Hasta las más elementales elecciones de su vida cotidiana, como la de escoger un jabón para la ropa o una crema para la piel, se fundamentan con mucha frecuencia en apreciaciones que, de cerca o de lejos, tienen que ver con lo científico. Con excepciones, desde luego, el hombre contemporáneo vive con la cómoda ilusión de que su mundo ya fue explicado y está regido por las ciencias y la tecnología. Pero, desafortunadamente, se equivoca. Ni lo que él reconoce como "ciencia médica" puede dar cuenta de todos los padecimientos de la especie humana, ni las ciencias puras han logrado develar, y quizás nunca podrán hacerlo, todos los misterios de la vida y de la naturaleza. Para plantearlo de otra manera, la medicina, como todo el conocimiento humano, tiene límites; y la futilidad nace y crece en esa frontera. La medicina se origina en las ciencias y de ellas se alimenta y en ella fundamenta sus saltos al futuro; pero no se confunde con cada una de ellas, ni es una simple sumatoria de sus respectivos saberes. Por pensar y por ejercer la medicina solamente como una ciencia se ha originado, a mi juicio, una gran confusión que, paradójicamente, limita y pervierte nuestro ejercicio y nuestro crecimiento. En algún momento del desarrollo del conocimiento médico, perdimos la capacidad de reconocer nuestros límites y navegamos ahora en una frontera del conocimiento que no nos pertenece; pues en esa frontera viven los números y las cantidades, pero no viven ni los hombres ni sus sufrimientos, que es lo que debemos atender los médicos.[150] Esto no debe olvidarse nunca porque es una de las puertas de entrada, quizás la mayor, para ingresar a escenarios de futilidad terapéutica.

Francisco González Crussí, médico mejicano y luego patólogo y profesor de Northwestern University, señaló al respecto:

> *"... para el científico, tratar a un paciente sería evaluar o analizar la efectividad de un tratamiento; para el médico, mejorar el estado del enfermo. Dicho de otro modo, los valores de la medicina se cifran sobre todo en su altruismo, en su inquebrantable orientación hacia el alivio del sufrimiento y la curación de las enfermedades.*

150 GOMEZ F. ¿ES LA MEDICINA UNA CIENCIA? *Revista de la Universidad de Antioquia.* N| 237: 65-70

> *En la práctica médica son muchas las preguntas que necesariamente quedan sin respuesta. Esta aseveración me será avalada por todos los médicos consagrados al ejercicio de la clínica. Los enfermos muchas veces tienen manifestaciones impredecibles o inexplicables. La terapia que curó a Pedro falló miserablemente en Juan, no obstante, la semejanza de sus respectivas circunstancias. Los síntomas de un paciente aparecieron cuando menos se esperaban; los de otro más, desaparecieron sin que pudiera deducirse una razón lógica. Una mente inveteradamente científica se desespera ante tantas preguntas irresueltas. (...) La incertidumbre lo atormenta; la frustración es constante."*[151]

Por otra parte, es importante señalar que una de las características más relevantes de la medicina es que su práctica no resulta, nunca, universal.[152] Es pertinente enunciar lo anterior, más aun considerando que la medicina no es una ciencia exacta, en el sentido de que está social y geográficamente determinada y que, en su esencia, refleja la cultura del lugar donde ocurre el acto médico[153]. Por esa razón probablemente no sea nunca posible encontrar un equilibrio adecuado que dirima los conflictos actuales que conlleva esta situación.

Esta consideración de la medicina como una actividad que no puede agotarse en el mero conocimiento científico sino que va mucho más allá, es la que explica por qué, por muy bien diseñado que haya sido un método destinado a elaborar "guías de práctica clínica" basadas en la mejor evidencia disponible, generalmente presentadas a nosotros por las grandes sociedades científicas de Norteamérica y Europa, con mucha frecuencia, por no decir siempre, contendrán evidencias consideradas por algunos como insuficientes unas veces, contradictorias otras, discutibles en no pocas ocasiones o, simplemente, inaplicables en el contexto local, y que llevarán a que las recomendaciones respectivas no sean ampliamente

151 Francisco González Crussí. QUE LA MEDICINA NO ES UNA CIENCIA. *Rev.Letras Libres*. (México) 2010; 134:14 -20.

152 Los médicos encuentran una enorme dificultad para entender que, con toda evidencia no existe una práctica médica universal. Aunque los mecanismos de alteraciones morfológica, bioquímica y genética, entre otras, sean los mismos en cualquier parte del mundo, la presentación de la enfermedad, su significado social, cultural y familiar, las oportunidades de acceso a los servicios de salud, la comprensión y utilización de propuestas terapéuticas; en fin, una inmensa cantidad de determinantes y variables que forman parte, igualmente, del complejo salud enfermedad, no obedecen, por definición a leyes universales; todo lo contrario, reflejan, de alguna manera, la culturas nacionales, regionales y locales y que hacen parte, sin duda alguna, del quehacer cotidiano de la medicina. GOMEZ F. ¿ES LA MEDICINA UNA CIENCIA? *Revista de la Universidad de Antioquia.* N| 237: 65-70

153 Payer Lynn. Borderline cases: How medical practice reflects national culture. *Sciences.* July/August 1990: 38-42

aceptadas por todos los grupos o por todos los individuos de un mismo grupo, generando con ello, mayor incertidumbre en el acto médico.[154]

La creencia – porque finalmente es una creencia – de que la verdad nos es revelada, en las revistas científicas y en sus imperturbables "guidelines", genera, tanto en la comunidad médica, informada y quizás erudita hasta el exceso, pero carente de esa sabiduría que reclamaba el profesor José Félix Patiño[155], como en los ciudadanos, unas expectativas irreales de sanación de los enfermos, que terminan, al desvanecerse, en una gran frustración. Para un paciente, o para uno o varios de sus allegados, es muy difícil aceptar, ante el despliegue mediático de los alcances de la medicina, que su caso particular no pueda ser resuelto; que, justamente, ese caso, su caso, haya quedado por fuera de la órbita omnipotente del mundo científico. En otras palabras, no es fácil entender, para una persona del común, que la misma ciencia que fue capaz de descubrir el genoma humano y de poner carretillas a andar por el planeta Marte, se muestre incapaz de rehabilitar a un enfermo postrado en su cama por varios años o de aliviar el dolor y el sufrimiento crónicos e incurables que, sin solución, sin esperanza, le confieren a la propia vida de quien los padece, una pérdida de su dignidad.

Lo que señala la literatura al respecto es que, cada vez con mayor frecuencia, vamos a tener conflictos derivados de las expectativas no cumplidas en el tratamiento o en la prolongación de la vida de los enfermos. Médicos y demás profesionales de la salud deberemos comprender que la fundamentación científica, por sí misma, no nos confiere ningún poder extraordinario y que nuestro quehacer tiene, y tendrá siempre, límites irrebasables.

> *"(...) es importante que el profesional conozca los límites de su actuación, con el fin de no generar expectativas poco realistas y frustraciones (...) y que también esté preparado para aceptar que hay límites para la intervención terapéutica, reconociendo la delgada línea entre beneficios y daños, no sólo ligados al cuerpo físico, sino también a la dimensión psicosocial".*[156]

154 Sánchez Pedraza R, Jaramillo González Luis Eduardo. Metodología de calificación y resumen de las opiniones dentro de consensos formales. *Rev Colomb Psiquiat.* 2009; 38(4): 777-785

155 **"…***no es lo mismo datos que información, ni información que conocimiento, ni conocimiento que erudición, ni erudición que sabiduría médica".* José Félix Patiño Restrepo. *PENSAR LA MEDICINA.2014 Colección Apuntes Maestros.* Editorial Universidad Nacional de Colombia 2014.

156 Lízia Fabíola Almeida Silva , Maria da Glória Lima , Eliane Maria Fleury Seidl **Conflictos bioéticos: atención fisioterapéutica domiciliaria a pacientes en condiciones terminales** Rev. bioét. (Impr.). 2017; 25 (1): 148-57

Ahora bien, para terminar este aparte, conviene señalar que los pacientes y sus allegados no son los únicos responsables por haberse creado falsas ilusiones en cuanto a los alcances de la medicina. No son sólo los medios de comunicación, las redes sociales, la web, quienes transmiten una información sin fundamento, ilusa y, muchas veces, *únicamente animada por* afanes de lucro. Somos también los médicos quienes, por ser víctimas, - ¿qué remedio cabe? – de la misma mentalidad cientifista, nos consideramos científicos y, por consiguiente, nos mostramos incapaces de reconocer nuestras propias limitaciones, nuestra pequeñez frente a la vastedad del conocimiento y dejamos de dirigirnos a nuestros enfermos, con la claridad, la sencillez, la honradez y la compasión suficientes, para intentar moderar sus fantasías, así esto implique, para ellos y para nosotros, la historia de una gran desilusión.

IV. EL MODELO "AUTONOMISTA" O EL DESENCUENTRO ENTRE DOS HISTORIAS.

La futilidad terapéutica está, en mi opinión, directamente asociada a las prácticas modernas del ejercicio de la profesión. En otras palabras, es en el escenario de la "nueva relación médico-paciente" (si es que puede ella llamarse así), donde aparece, por muchas razones, la formulación y la discusión alrededor de la futilidad terapéutica.

El modelo que sirve de contexto a esta nueva relación médico-paciente recibe, entre los historiadores de la medicina, filósofos y pensadores procedentes de muchas disciplinas que se ocupan del acto médico y de la relación médico-enfermo, el nombre de "modelo autonomista", en contraposición al modelo anterior, considerado por estos mismos actores, como modelo "paternalista", llamado también, modelo hipocrático.

EL ESTADO ACTUAL DEL CONCEPTO DE AUTONOMIA EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE (RMP)

Aunque la relación entre el médico y el enfermo ha sufrido muchos cambios a través de la historia, según lo afirma Pedro Laín Entralgo, gran historiador español de la medicina, ninguno de estos cambios había sido tan rápido, tan profundo y tan radical como el surgido a partir de la segunda mitad del pasado siglo XX que implicó, no solamente una transformación del abordaje técnico y científico de la enfermedad, sino el abandono, en

la práctica, de casi toda subjetividad implícita en esta relación particular, subjetividad que, como veremos, es aún hoy, y por fortuna, considerada como una parte estructural, como la columna vertebral de la relación entre el médico y su enfermo. Tan profundas y radicales han sido estas transformaciones, que algunos ven en ellas el fin de la medicina clásica, tal como pudiera entenderse esta, desde la propuesta hipocrática hasta este mencionado periodo de finales del siglo XX, tan lleno de esperanzas, pero también de desilusiones. Tal y como ocurrió en el pasado con el fin de muchos paradigmas, este es también, como diría Laín Entralgo, un problema de cambio de mentalidad. [157]

Al respecto, hace solo algunos años, el profesor José Félix Patiño, escribió:

> *"El hipocratismo en el cual nos movimos en el pasado se fundamentaba en una sacrosanta relación del médico con el paciente y la interfaz era fundamentalmente la confianza, el elemento que hizo que tal relación fuera tan eficaz y tan efectiva. Ahora, en el modelo de "atención gerenciada" (o administrada, el 'managed care' de los Estados Unidos) ya no tenemos un* ***paciente*** *sino un* ***consumidor****,* ***un cliente****, un* ***usuario.*** *No se trata simplemente de vocablos: no es lo mismo decir* ***paciente*** *que decir consumidor,* ***cliente o usuario.*** *No es un problema de terminología. Es más bien algo con hondo significado filosófico, algo que el nuevo sistema ha cambiado de manera profunda y que incide sobre la forma y la calidad de la atención".*[158] (Subrayas fuera de textos originales). (Negrillas en itálica, en los textos originales).

El nuevo modelo de relación entre el médico y su paciente es muy complejo como para definirlo en unos cuantos párrafos. Tiene raíces históricas profundas en las cuales, por ejemplo, se fueron acrisolando, poco a poco, conceptos tales como el de subjetividad y el de dignidad, ausentes del discurso médico hasta bien avanzado el siglo XX. No obstante, las luchas de los grupos vulnerados y, entre ellos, los grupos de pacientes hicieron que, en éstos, se introdujera la subjetividad del enfermo en sus dimensiones sociales y sicológicas, además de las meramente biológicas. Laín Entralgo definió este cambio de actitud, como la *"introducción del sujeto humano en la medicina del siglo XX, por el reconocimiento y la toma en consideración de la persona concreta que el paciente es"*[159].

157 LAIN ENTRALGO, P. *"La relación médico-enfermo: Historia y Teoría.* Madrid Alianza. 1983. Citado por Susana GÓMEZ-ULLARTE RACINES. HISTORIA DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES. *REVISTA DE DERECHO UNED.*2014; 15: 261-291

158 Patiño José Félix. PENSAR LA MEDICINA. LA ETICA EN LA ATENCIÓN MÉDICA. *Colección Apuntes Maestros.* Editorial Universidad Nacional de Colombia 2014; Cap. 5:27-34

159 Laín Entralgo, citado por J. Lázaro, D. Gracia. **La relación médico-enfermo a través de la historia**. *An Sist Sanit Navar* 2006; 9 (3):7-17

Por otra parte, el conjunto de ideas y de propuestas que, en la segunda mitad tardía del siglo pasado, recibió el nombre de "Consenso de Washington", [160] y que, en la actualidad es conocido con el nombre de neoliberalismo o de modelo neoliberal, significó un retroceso del papel del Estado en su función protectora y proveedora de bienestar para el ciudadano, al aceptar su subordinación al poder general del mercado.[161] La privatización de los servicios de salud, el envilecimiento del trabajo y, fundamentalmente, el deterioro progresivo de la autonomía del médico en la toma de decisiones, atropellada por intrusos indeseables tanto empresariales como jurídicos, fueron algunas de las consecuencias desastrosas que conllevó la intromisión de la economía de mercado en la organización social y económica de la salud al tiempo que propinó, como inevitable corolario, una herida muy profunda en el espíritu mismo de la relación médico-paciente.[162]

Hasta entonces, la relación entre el médico y el paciente había sido un encuentro completamente asimétrico, de subordinación, de acatamiento y, además, pasiva sobre los diagnósticos y las decisiones del médico, quien era considerado y, a su vez, se consideraba a sí mismo, como un "*ser superior y sacerdote salvador del sufrimiento*", por lo que no cabía ninguna discusión u observación posible acerca de su criterio médico. Sin embargo, solo hasta 1973, como símbolo de esta creciente rebeldía contra la desconsideración de la subjetividad en el acto médico, la Asociación Americana de Hospitales, aprobó la primera ***"Carta de Derechos del Paciente,*** *que supuso el reconocimiento oficial del derecho a recibir completa información acerca de su situación clínica y a decidir entre posibles opciones, como adulto autónomo y libre que es."*[163]

A partir de entonces, los derechos de los pacientes a la información completa y comprensible, al trato respetuoso y digno, a la consulta de una segunda opinión y el derecho a la participación en la toma de decisiones, han reafirmado la reivindicación de los intereses del paciente.

160 Rubí Martínez Rangel, Ernesto Soto Reyes Garmendia. El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. *Política y Cultura,* primavera 2012, núm. 37, pp. 35-64.UAM XOCHIMILCO

161 Redondo H, Guzmán F, Moreno S. **IMPACTO SOCIAL DEL NEOLIBERALISMO EN COLOMBIA. 13.4 EL CAMBIO EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA.** *Federación Médica Colombiana. 2016; 01: 260-263*

162 GÓMEZ PERINEAU F. **INTRUSOS.** *APROJUDEA. 2016; 14(2): 6-7*

163 J. Lázaro, D. Gracia. **La relación médico-enfermo a través de la historia**. *An Sist Sanit Navar* 2006; 9 (3):7-17

En síntesis,

- *Aunque no exista un reconocimiento sensato acerca de las limitaciones científicas y técnicas de la medicina, su promesa implícita de sanación tiene unos límites.
- *La aparición de la subjetividad y, con ella, la imposición de los derechos del paciente, fundamentados en el concepto de dignidad humana, impuso límites claros en la RMP, que permitieron la participación del enfermo o su familia en la toma de decisiones.
- *El modelo mercantilista de la prestación de servicios de salud, de la misma manera que decisiones judiciales impusieron límites ajenos a la profesión, en la toma de decisiones por parte del médico y, por consiguiente, lastimaron, ojalá no irremediablemente, su autonomía.

Limitaciones del quehacer médico en su práctica clínica, unas altamente deseables como la posibilidad de tratar con sujetos capaces de discutir, de manera informada, los enfoques diagnósticos y terapéuticos propuestos por el médico, aunque, al respecto exista una controversia mundial bastante activa.[164] O, limitaciones dolorosas y lamentables basadas en el apetito económico de las muy prósperas empresas que en nuestro país, al menos, emplean a los médicos. Unas buenas y otras malas, pero limitaciones, al fin y al cabo, fronteras, en otras palabras, en donde prosperan los escenarios de futilidad terapéutica.

Así las cosas, una vez más, de la mano del Dr. Mendoza del Solar, presentaremos la definición que él hace de futilidad terapéutica y haremos algunas reflexiones de ella derivadas:

> *"FUTILIDAD: Es la cualidad del acto médico que hace que su aplicación esté desaconsejada en un caso concreto, porque no es clínicamente eficaz, porque no mejora el pronóstico, ni los síntomas, ni las enfermedades intercurrentes, o porque*

164 Durante las últimas décadas ha existido, sin embargo, un enfrentamiento teórico, acerca del papel que puede jugar el paciente en la decisión médica que se manifiesta con frecuencia como un conflicto entre la autonomía médica y el derecho del paciente o, en otras palabras, entre los valores del paciente y los valores del médico. Con la intención de controlar el llamado "poder médico", muchos han defendido un mayor control por parte del paciente como un ideal en la relación. Otros critican tal ideal debido a que falla en reconocer (o captar) la naturaleza potencialmente asimétrica de esta interacción, en la que una parte está enferma y busca seguridad, y (…) los juicios y decisiones conllevan la interpretación de información técnica, (…)". (subrayas fuera de texto). Ezekiel J. Emanuel, Linda L. Emanuel. Four Models of the Physician-Patient Relationship JAMA. 1992;267(16):2221-2226.

> *produciría, previsiblemente, efectos perjudiciales razonablemente desproporcionados al beneficio esperado para el paciente o sus condiciones familiares, económicas, o sociales."*[165]

Como el texto lo señala, se trata de un acto médico. Es el producto del conocimiento y de la experiencia del médico. La consideración de futilidad no puede, entonces, expresarse por fuera del ámbito de la relación médico-paciente y, sobre todo, no puede ser una consideración externa, por ejemplo, la de una empresa de salud que, con demasiada frecuencia, confunde costos elevados con futilidad.
Por otra parte, es importante recordar aquí una de las definiciones que presentamos en el aparte consagrado a ellas:

> *"Una intervención médica es fútil cuando el médico tiene una convicción razonable de que tal intervención no conseguirá los beneficios que el médico y el paciente legítimamente esperan."*[166]

Considero, por consiguiente, que no se trata de una decisión únicamente cuantitativa, ni objetiva, como no lo son, tampoco, el resto de las decisiones de los médicos. Si se confía en el médico para tomar la decisión de un procedimiento quirúrgico que compromete la vida del paciente, porque un tal cirujano tiene "la convicción razonable" de que es lo mejor para el paciente, nada ni nadie autoriza a pensar que la responsabilidad de tomar la decisión de no considerar la aplicación de una intervención, por considerarla fútil, sea de naturaleza diferente. Es importante señalar, por otra parte, que, para tomar tal decisión, precedieron muchos años de estudio, de prácticas en escenarios específicos y de experiencias que no se pueden desconocer; y que, por consiguiente, se pone así, en evidencia, de manera innegable, una asimetría en la relación que está dada por el conocimiento y el saber hacer, lo cual muestra entonces, que la relación médico paciente implica un dialogo permanente que permita al médico actuar en autonomía y al paciente comprender a qué se va a sujetar y si lo desea o no.

Aceptando el hecho de que existe una autonomía que le pertenece al paciente, el médico no puede ni podrá nunca renunciar a la autonomía que solo a él le corresponde; porque de no ser así, ese sí, sería el final de

165 Gonzalo Mendoza-del-Solar. **IBIDEM**

166 Amir Halevy, MD, and Baruch Brody PhD. Brain Death: Reconciling Definitions, Criteria, and Tests. *Ann Intern Med*. 1993; 119:519-525

la medicina clásica cuyas consecuencias éticas, no solo para la profesión, sino para la humanidad, aún no alcanzamos a comprender.

En conclusión, la futilidad entendida como la decisión de abstenerse de prescribir o de retirar una medicación en curso, en un paciente determinado, estará cada vez más presente en el escenario de la práctica clínica. No es, como algunos piensan, una decisión fácil; por la sencilla razón de que no se desprende, solamente, de criterios objetivos, paramétricos y algorítmicos. Bien por el contrario, es una decisión que se fundamenta, igualmente en las creencias, los valores, los principios y las posibilidades del individuo, de la familia, de la región, del contexto social y económico en que se lleva a cabo tal práctica clínica.

Entonces, mientras llega la Medicina Basada en la Robótica, sin alma, sin compasión y por lo tanto desprovista de toda ética, los médicos deberemos luchar, sin tregua, sin desaliento, por conservar el humanismo, la relación entre nosotros y nuestros pacientes, "sacrosanta relación" tan cara al Profesor Patiño, moderadamente asimétrica y capaz de ofrecer de lo que carece toda tecnología: de la capacidad de querer aliviar los sufrimientos de los iguales que nos lo solicitan.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PRUEBA DE LA LEX ARTIS

Eliana Patricia Ramírez cano
Magistrada del Tribunal Nacional de Ética Médica

El Consentimiento informado ha logrado algo que no pensaríamos posible, debido a el acelerado proceso científico de los últimos doscientos cincuenta años, dos disciplinas aparentemente disímiles como la Medicina y el Derecho han encontrado en el consentimiento informado puntos de encuentro.

DEFINICIÓN

Vamos a iniciar por la definición de consentimiento informando en donde esta palabra proviene del latín consentiré, compuesto por cum (con) y sentiré (sentir), lo que significa estar de acuerdo, asentir. El consentimiento informado realmente es un proceso de comunicación permanente entre el médico y el paciente. Si miramos la definición en el diccionario de la real academia española, encontramos "Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente".

Dentro de la relación médico paciente el médico tiene la responsabilidad de dar una información completa y si se va a realizar alguna intervención, el paciente debe dar su autorización autónoma en donde el individuo no solo debe aceptar la propuesta si no que también debe dar su autorización a través de un consentimiento voluntario, para lo cuál el paciente debe recibir información completa del procedimiento que se va a realizar, en que consiste, cuales son las complicaciones, si existen otras opciones y cuales son las consecuencias de no aceptar el tratamiento; en donde el individuo debe tener la capacidad suficiente de comprensión de la información brindada y con tomar su decisión con libertad y sin control externo.

Es decir que el consentimiento informado es : "una autorización autónoma e intencionada dada por el paciente a un profesional para la práctica de determinada intervención, esta manifestaciòn puede ser verbal o

preferiblemente por escrita, de modo claro y unívoco, en donde el paciente luego de recibir toda la información en forma clara y completa, en forma libre y autónoma acepra un procedimieno o manejo terapéutico y no debe econtrarse o obtenerse bajo presión o coerción". **BEAUCHAMP, T y CHILDRESS, J., Principios de ética biomédica, Masson, Barcelona. 1998, pp.135 y 136.**

HISTORIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Para entender el surgimiento del consentimiento informado es importante tener en cuenta la historia de la medicina. La medicina nace a partir de una persona que empezó a socorrer a los enfermos, en donde no se conocía el modo científico como lo conocemos hoy en día y en esa época las enfermedades eran atribuidas a fenómenos como los dioses, espíritus, fenómenos atmosféricos, etc., por ello el inicio de la medicina se basa en magia terapéutica; posteriormente en Grecia con el surgimiento de Hipócrates se observan cambios importantes en la práctica de la medicina iniciando los fundamentos morales de esta, presentando a la medicina como un tipo de educación moral, con gran autoridad y un compromiso importante por el ejemplo que debía dar, esta época se caracteriza por el manejo principalmente las patologías crónicas, recomendando formas saludables de vida, limpieza, buenas costumbres, etc., con esto se inicia una fase importante de la medicina, en donde el médico era considerado como la persona dueña del conocimiento, es visto como un sabio que tenía la tarea básica de curar y del otro lado se encontraba el enfermo que se consideraba como un individuo sin capacidad para saber lo que más le conviene para mejorar su salud, por lo que las decisiones la tomaba el médico, de allí nace el modelo paternalista en el cual el médico por su formación técnica y moral podía tratar al paciente investido de la "autoridad de esculapio", es el médico el que decide que es lo mejor para su paciente y este solo recibe las indicaciones y las acta, sin mayor explicación y entendimiento de su parte. Posteriormente entra a la historia de la medicina Galeno, quien es la persona que inicia el estudio de las causas de las diferentes patologías, sus síntomas, promoviendo el estudio individualizado de cada enfermo, Galeno es considerado el precursor de la medicina antropológica ó personal, la cuál le da un sentido de humanización a la atención médica, brindando un empuje científico a la relación del medico con el enfermo.

En la Edad Moderna se encuentra el nacimiento de fenómenos sociales como la ilustración, las revoluciones liberales, la revolución francesa entre

otras, desencadenando movimientos que resaltan la capacidad del hombre para participar un forma más activa en la sociedad, se cambian la ideas sociales, se exige participación del pueblo en los poderes de los diferentes gobiernos, derechos, libertades y garantías, lo cuál desencadena una a trasformación del pensamiento del hombre permitiendo la construcción de nuevas ideas y realidades, emergiendo el concepto de autonomía moral, la cual también impacta a la medicina y se desarrolla el derecho de los enfermos a recibir información. Previo a todas estas nuevas ideas y pensamientos, la ética clásica había forajado al paternalismo como el paradigma de la atención en salud, el médico era la persona que salvaba a los enfermos de la muerte y siempre sabía qué era lo que debía hacer con sus pacientes.

El enfermo siempre esperaba que el médico le dijera qué era bueno y adecuado para su patología por lo que la relación que se establecía entre médico y enfermo era siempre asimétrica, el facultativo era quien sabía y por lo tanto el paciente se sometía a él para restablecer su salud y algo muy importante en esta época era que la en relación del médico con el enfermo y su familia era una realción de confianza, de comprensión, de respeto e incluso, de amistad, el medico era el médico de toda la familia asistía desde el nacimiento hasta la muerte de cada uno de sus integrantes. En est modelo el médico tenia una relación privilegiada y completa, con una participación por parte del paciente pasiva; fue el modo de relación clásico y considerado en ese momento como correcto. Hoy el ejercicio médico ha cambiado en forma importante y a tal punto que ser paternalista es considerado moralmente incorrecto. ***Faden Ruth R., Beauchamp Tom L., A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, New York 1986. Sergio Josué Torres Escudero. Revista CES Derecho Volumen 2, Número 1 Enero-Junio 2011. Mendoza, J., Herrera, L. (2017). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. Rev. CES Derecho., 8(1), 156-171.***

Si hablamos del término de consentimiento informado, este no surgió presisamente desde la parte clínica o científica, nace desde la parte legal, el término se acuñó en Norteamérica en los tribunales de esa ciudad y surge de la filosofía política, llegando casi cuatro siglos más tarde al campo de la medicina, presentandose como un documento médico-legal. En Inglaterra en 1767 cuando los Doctores Baker y Stapleton manejaban a un paciente que presentaba una fractura en una de sus piernas, con una consolidación

no adecuada por lo cual decidieron refracturarlo y utilizar un aparato experimental para alinear la fractura y estirar la extremidad; posterior al procedimiento el paciente inicia una acción legal aduciendo ***"es razonable que un paciente debería ser informado de lo que se le va a realizar, para que se arme de valor y se haga cargo de la situación, de modo que pueda afrontar la operación"***. la cuál es fallada a su favor .

Se impulsa el concepto en donde las relaciones humanas sea cual sea su definición no, pueden basarse en una relación vertical, en donde una parte es la que tiene todo el poder toma las deciciones y el domina la relación y la otra parte es pasiva y sólo puede obedecer ; este concepto tambien se empezó a aplicar a la relación médico- paciente, no tan pronto como en otro tipo de relaciones, debido a la vulnerabilidad del enfermo, en situaciones en donde su salud y supervivencia dependen del saber del médico.

Todos estos cambios inician a mediados del siglo XX en los Estados Unidos de Norteamérica y poco a poco se fue extendiendo por todas las democracias de corte occidental. Los pacientes comenzaron a manifestar : "**somos ciudadanos con derechos y las relaciones sociales que establecemos se basan en el libre consentimiento mutuo; por tanto, no vemos la razón por la que al entrar en un hospital dejamos de tener la consideración de ciudadanos y se nos obliga a establecer unas relaciones basadas en la desinformación y el sometimiento**". Los pacientes reclamaron a los médicos la necesidad de replantear el paternalismo en las atenciones médicas ya que esto no responde al desarrollo moral de la sociedad. Esta nueva exigencia de los pacientes ha mostrado cambios, en algunos casos impuesta por la parte legal, mediante sentencias judiciales y diferentes normativiades.Los cambios generados con estos nuevos conceptos no ha sido facil para los médicos y ha desencadenado conductas como la prática de una medicina defensiva, como le digo a mis estudianres: "pasamos de una medicina basada en la evidencia a una medicina basada en como evitar las demandas"; el médico ha pasado a sentirse en muchas situaciones como "victima" : de los pacientes, sus familias, los jueces, los directivos del sistema de salud, las normas, los medios de comunicación, etc,.

El médico ha presentado un cambio en su relación médico- paciente, pasando de una relación vertical a una relación horizontal en donde el médico debe transmitir a su paciente el conocimiento sobre la patología

que presenta, su etiología, su dignóstico, las opciones de manejo, los efectos secundarios de cada una de las opciones, que ocurre si no recibe tratamiento, la complicaciones entre otras, todo ello enfocado en el respeto a la autonomía del paciente y sea el quien decida sobre lo relacionado en salud. Los paises más desarrollados iniciaron a dictar legislaciones sobre estos aspetos y es Estados Unidos el pionero como abnderado de la tradición democrática, defensora de los derechos individuales de los ciudadanos, pionera en estos cambios de la relación médico paciente, el respeto por la autonomia y la aplicación del consentimiento informado, pero al encontrar que los médicos no aplicaban dichos conceptos y seguian aferrados al modelo paternalista, los pacientes se vieron abocados a acudir a la parte legal y se observa como los paises inician a proyectar leyes sobre los deberes y los derechos de los pacientes, en donde se establece en forma puntual que el médico esta oblicado de informar adecuadamente al paciente. [REV. MED. CLIN. CONDES - 2010; 21(4) 644 - 652]

En Estados Unidos el consentimiento informado (CI) inicia en la segunda década del siglo pasado, cuando un reconocido jurista de la Suprema Corte de Estados Unidos con gran personalidad humanista: Benjamín Cardozo, emitió el fallo en el caso Schloendorff en 1914: la señora Mary E. Schloendorff presentó una demanda contra el Hospital de la Ciudad de Nueva York por la practica de una cirugía la cual no había sido autorizada por ella, la paciente había consentido una laparotomía exploradora con anestesia general, especificando que no autorizaba que se le realizara extracción de ningún órgano o tejido. Al realizar la laparotomía el cirujano encontró un tumor fibrinoide, decidiendo extirparlo por considerar que era lo mejor para la paciente. La paciente demanda al hospital y el juez Cardozo falló a favor de la paciente, aduciendo que ella contaba con todas las facultades mentales para decidir qué procedimientos se podían hacer sobre su cuerpo, manifestó: "...todo ser humano de edad adulta y sano juicio tiene el derecho de determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una inter- vención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños… A**lonso-Que HT, Aja-Canales J, Castillo-Uribe L, et al. El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico. Anales de Radiología México. 2015;14(2):172-177**.

No podemos dejar a un lado el consentimiento informado en la investigación médica; el cuál nace luego de conocer las investigaciones llevadas a

cabo en la Segunda Guerra Mundial y otras de Estados Unidos como, quedando claro en el Código de Núremberg (1946) que los intereses de la investigación no pueden vulnerar los derechos y la autonomía de los participantes y por ello se proyecta el consentimiento informado como el mecanismo para proteger sus derechos. Posteriormente en la declaración de Henlsinki en 1964, se establece el deber del investigador de proteger la vida, salud, la dignidad, la integridad, el derecho ala autodeterminación, la infimidad y la confidencialidad de los participantes. En 1979, el informe Belmont establece las guías éticas para proteger los seres humanos que participen en investigaciones experimentales, dficiendo los contenidos del concentimiento informado y garantizando la información, comprensión y voluntariedad. **Alonso-Que HT, Aja-Canales J, Castillo-Uribe L, et al. El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico. Anales de Radiología México. 2015;14(2):172-177**. Carreño-Dueñas JA. Consentimiento informado en investigación clínica: Un proceso dinámico.pers.bioét. 2016; 20(2): PP 232-243.

Al hablar de la evoluvión del consentimiento informado, se pueden describir cuatro etapas, las cuales se complementan entre sí y se encuentran:

Primera etapa: consentimiento voluntario

Esta etapa inicia en el 1947, desde el Instituto Frankfurt, luego de los juicios de Nuremberg, al final de la segunda guerra mundial, al enjuizar a oficiales nazis por el genocidio y la experimentación genética con seres humanos, dejando claro que el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial en las investigaciones médicas.

Segunda etapa: consentimiento informado

Esta etapa se desarrolla a partir de los años 50, a pocos años de haber introducido el concepto de consentimiento informado en la medicina y el cuál se ve impulsado entre los años 60 y 70 apoyandose en principio de la autonomía, el cuál se empieza a expandir diferentes aspectos como la : vida privada, en lo sexual, la vida de pareja, la vida familiar y en los diversos estratos de la sociedad civil. Esto da origen a diferentes movimientos sociales en donde se busca reenvindicar los drechos de las minorias y de grupos especiales: los derechos de los niños, la mujer, los negros y junto a ello el consentimiento informado

Tercera etapa: consentimiento válido

Esta etapa surge desde 1982 y en ella se impulza que todo médico proporciones la información que daría en las mismas circuntancias, adecuada y suficiene para la toma de desiciones, basandose en los mejores inereses del paciene y en esta etapa se encuentra el término de "médico razonable".

Cuarta etapa: consentimiento auténtico

Esta etapa involucra las etapas anteriores impulsando la toma de decisión con el ejercicio pleno de su autonomía, por lo que es él pacinte el que decide basado en la información dada por el médico, la cuál dede ser completa y entendible, dando respuesta a las preguntas que tenga el paciente para que puede decidir en forma libre, de donde se toma el término de persona razonable al referirse al paciente.

Carvajal Arias, Norberto. (2002). El consetimiento informado. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, *10*(2), 85-95. Retrieved September 09, 2021.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN COLOMBIA

Para hablar de consentimiento informado en Colombia debemos revisar la Ley 23 de 1981, Decreto 3380 de 1981, Resolución 13437 del Ministerio de Salud, Decreto 1571 de 1993.

En la Ley 23 de 1981, en el articulo 16, la responsabilidad medica es definida como "la responsabilidad del medico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados". Este artículo nos habla acerca del deber del médico de informar a su paciente sobre las complicaciones, riesgos y los eventos adversos, encontrándose apoyado en el estatuto deontológico las situaciones en las cuales el médico queda exonerado de dar esta información: "El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: a. Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan. b. Cuando exista urgencias o emergencias para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico." (Ley 23 de 1981, articulo 11)
La información brindada por el médico al paciente sobre los riesgos y complicaciones, se deben registrar en la historia clínica, siendo el

responsable de esta consignación el médico y por ello en la Ley 23 de 1981, articulos 12 menciona: "El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla." Esta información debe ser diligenciada adecuadamente y completa , para dejar evidencia de la atencion que ha realizado el médico, los procedimientos realizados, diagnóstico, pronóstico, tratamiento, recomendaciones y obigaciones del paciente, aplicando la información que se debe registrar, definida en la Ley 23 de 1981 en el artículo 34 así: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley."

Además de consignar la información ya descrita el médico debe tener encuenta lo descrito en La Ley 23 de 1981 en el artículo 15,. "el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente."

El Decreto 3380 de 1981, reglamentó la Ley 23 del mismo año y sobre el consentimiento informado refiere:

> *ART. 9, se entiende por riesgo injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condciiones clínico patológicas del mismo.*
> ***ART. 13,** Teniendo encuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de caráter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un traamiento o procediiento médico.*
> ***ART. 14**, Entiéndese que la obligación a que se refiere el artículo de la Ley 23 de 1981, con relación a los familiares o allegados, debe cumplirse sólo cuando éstos se encuentren presentes.*
> ***ART. 16,** Para efectos del artículo 19 de la Ley 23 de 1981 (escogencia de un a junta médica solicitada por el médico tratante),son responsables del enfermo, las personas naturates o jurídicas que figuren como tales en la historia clínica o registros médicos.*
> ***ART. 19,** Para los efecos del artículo 26 de la Ley 23 de 1981, son familiares del paciente: el cónyuge y los parientes dentro de cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.*

Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud: establece los derechos de los pacientes:

- Derecho a una comunicación plena, sobre la enfermedad que padece, proedimientos y tratamientos, pronóstico y riesgos de dichos tratamientos, además del derecho a que él, sus familiares o representantes en caso de inconciencia o minoría de edad consientan o rechacen procedimientos, dejanto expresa constancia ojalá escrita de su decisión.
- Derecho a un trato digno repetando creencias, costumbres y opiniones personales.
- Derecho a la mejor asistencia médica, prestando los deseos del paciente.
- Derecho a participar o no en investigaciones.
- Derecho a morir con dignidad.

Por último el Decreto 1571 de 1993, habla sobre el derecho de un paciente a no ser transfundido, si se encuentra con sus facultades mentales, en forma libre y consciente, dejando esto por escrito y luego que el médico le haya advertido los riesgos existentes en forma clara. **Javier Tamayo Jaramillo. El Consentimiento Informado del Paciente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial. 2021.**

Como vemos el consentimiento informado no es solo un documento firmado por el paciente, no solo es un requisito legal, es la evidencia de un acto médico dentro de la relación médico-paciente, evidenciando el proceso hermenéutico que culmina con la manifestación y validación de la autonomía del paciente, con el cuá se legitima el acto médico, muy bien descrito en los diferentes artículos de la Ley 23 de 1981 y que se complementan entre sí para describir la lex artis del acto médico, plasmado en el consentimiento informado.

FUNCIONES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Antes de continuar con los requisitos del consentimiento informado considero importante recordar cuales son las funciones del consentimiento las cuales nos ayudan a ver su importancia dentro de la relación médico paciente:

1. Promover la autonomía del paciente.
2. Proteger a los pacientes y a los individuos en los estudios de experimentación.
3. Evitar la coacción.
4. También apoya aspecto para el médico como autoevaluación de sus decisiones médicas.

VERA CARRASCO, Oscar. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL MÉDICA. Rev. Méd. La Paz [online]. 2016, vol.22, n.1

REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como se describió anteriormente el consentimiento informado debe plasmar pero para que este sea válido Uno de los componentes importantes del consentimiento informado es que es un acto voluntario y para cumplir con esta característica debe cumplir cuatro condiciones àra que esta decisión sea tomada autónomamente:

1. Brindar información suficiente al paciente.
2. Esta información debe ser comprendida adecuadamente.
3. Ser libre para tomar sus decisiones.
4. Ser capas de tomar la decisión.

1. **Información suficiente:**

Se debe brindar al paciente toda la información que le permita tomar una decisión, no necesita saber tanto como el médico, ni todos los fundamentos ciéntificos, debe saber lo que le sirve para evaluar los riesgos y beneficios para poder tomar su decisión, lo que requiere es el porque requiere el tratamiento, cuál es el objetivo de la intervención, si existen otras opciones y cuál es la ventaja o desventaja de cada una de ellas, las complicaciones más frecuentes y más graves, es importante recordar que en las opciones de tratameinto se deben excluir los tratamientos futíles, se debe explicar si no se realiza la intevención cual será la evolución y las consecuencias de no tratar y recordarle que la decisión que tome puede ser cambiada en el momento que el así lo quiera.

2. **Comprensión adecuada**

Solo los pacientes competentes pueden legal y éticamente aceptar o rechazar un procedimiento, entendiendo por competencia " la capacidad de entender la situación que esta presentando, las opciones de manejo y sus consecuencias, para lo cúal es importante que el médico utilice palabras claras y sencillas y que el paciente las pueda comprender. Algo que nos ayuda para saber si nuestro paciente entendío lo que se le explicó, es solicitarle que el nos diga lo que ha entendido sobre la información dada; desafortuanadamente la gran mayoría de los pacientes que nos han manifestado que si han entendido todo lo que le hemos explicado , cuando se solicita esa retroalimentación nos damos cuenta que realmente no ha

recibido la información en forma adecuada por lo que debemos buscar el lenguaje y método para que sea bien comprendida.

3. **Libertad para decidir:**

El paciente no debe tener ninguna coheción en el momento de realizar el consentimiento informado, este debe ser voluntario y libre de cualquier influencia, debe ser un acto que el individuo realice de forma libre y en jercicio de su autonomía autoriza la realización de un procedimiento o tratamiento.

Se pueden encontrar tres formas de influir en la decisión de las personas:

- **Persuasión:** se presenta cuando se influye al paciente para que acepte una determinada opción, puede ser aceptable si la decisión no esta sesgada por intereses ajenos al paciente.

- **Manipulación:** se influye en la decisión del paciente con alteración de la información: pero sin llegar a la amenaza ni a la restricción física. manipulación es inaceptable.

- **Coacción:** se presenta cuando se utilizan las amenazas, daños o lesiones al paciente, las amenazas pueden ser de forma explícita o implícita. Éticamente, la coacción es siempre algo inaceptable.

4. **Capacidad para decidir**:el consentimiento informado solo se puede realizar si el paciente es competente para decidir si acepta o nó un procedimiento propuesto, entendiento por competencia como "la capacidad para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores".

VERA CARRASCO, Oscar. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL MÉDICA. Rev. Méd. La Paz [online]. 2016, vol.22, n.1

Marcelo J. López Mesa, sugiere que el CI debe cumplir como mínimo con estos parámetros para que se constituya como un elemento material probatorio eficaz y eficiente:

1. **Personal:** se refiere que debe ser autorizado por el mismo paciente excepto si tiene alguna incapacidad para poder decidir.

2. **Consciente e informado**: La información que se dé debe ser completa y adecuada, permiento ver las ventajas, posibles complicaciones y riesgos.
3. **Actual:** Se debe realizar antes del procedimiento, específico para la intervensión a realizar, justificado para una patología específica y el paciente puede revocarlo en cualquier momento.
4. **Gratuito**: La realización del consentimiento informado no puede ser prestado por contraprestación a una favor.

COSENTIMIENTO INFORMADO VERBAL, ESCRITO O TACITO.

Si recordamos lo descrito previamente sobre el consentimiento informado como un documento escrito, este no se exigue en forma explícita ni la Ley 23 de 1981, ni en la Resolución N.° 13437 de 1913.
No se encuentra una unificación de criterios entre el Consejo de Estado y la Corte suprema sobre si la Historia Clínica y el Consentimiento Informado son una prueba suficiente por si sólos, son prueba suficiente de la autorización de un procedimiento y que se haya dado cumplimiento de todos los requisitos y en la varios casos se concluye que son complementarios y en forma conjunta son una prueba fehaciente para ser tomada en cuenta. ***Mendoza, J., Herrera, L. (2017). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. Rev. CES Derecho., 8(1), 156-171***.

Podemos revisar Sentencias de otros países, como por ejemplo en España, en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9.a) de 12 de enero de 2006, en donde el consentimiento informado es la decisión entre varias opciones de tratamientom por lo que si no se tienen opciones y el tratamiento realizado era el único que se podía realizar, no se requería un consentimiento informado, pero aquí es importante tene encuenta que para todo tratamiento se tiene otra opción, “no realizar el tratamiento”, el paciente tiene derecho de ejercer su autonomía y enfrentarse a las consecuencias respectivas de aceptar o nó la única opción.

Federuci de Montalvo. Consentimiento Informado y Prueba de la Lex Artis. La relevancia de la Prueba de Presunciones. Volúmen 21, Número 1. Enero-Junio 2011

El tener un cosentimiento informado escrito, no es una garantía absoluta de su validez, ya que si la información que se dió es errónea, incompleta ó bajo presión; esto sera la prueba de su invalidez y por lo tanto de considerarse

no válido, al estar viciado de raíz, y por lo tanto no se da cumpmiento al deber legal del médico de brindar una información complera, comprensible para que el paciente tome la decisión más adecuada.
Si no se tienen el documento escrito, el médico debe dar evidencia que si se ha cumplido el consentimiento informado y por ello debe buscar los elementos fácticos que puedan desvirtuar la presunción *iuris tantum* en donde al no existir , no se cumplió con dicho deber legal del médico.
Se puede contar con los siguientes elementos para apoyar que si se realizó el prosedimiento de consentimiento informado los cuales son :
DeFormación del paciente.

- Motivo por el cuál consultó.
- El antecedente de procedimientos, cirugías o tratamientos iguales al que se realizó.
  Es importante revisar.
- Que el paciente no haya referido la no realización del consentimiento informado antes de la demanda.
- El tiempo de atención en consulta; al tener procesos de atención prolongados, permiten que se le realice explicación adecuada al paciente y aclare todas las dudas que pueda prsentar.
- El consigar en la Historia Clínica todo la información y la actividades realizadas para obtener el consentimiento por parte del paciente.
- Contar con testigos de que si se realizó el consentimiento informado.
- La firma de otros documentos que estan relacionados con el procedimiento o tratamiento realizado.

Federuci de Montalvo. Consentimiento Informado y Prueba de la Lex Artis. La relevancia de la Prueba de Presunciones. Volúmen 21, Número 1. Enero-Junio 2011

CONSENTIMIENTO TACITO

Es importante tener en cuenta que para determinar un consentimiento tácito como válido se debe tener todo el soporte necesario ,en donde es responsabilidad del médico de aportar la evidencia clara que el paciente recibió la información completa y adecuada para realizar un procedimiento; el comportamiento que asumió el paciente ante las indicaciones dadas por el médico, luego que este le explicara las opciones de tratamiento, las

ventajas y las complicaciones respectivas, soportando que lo que desea el paciente es mejorar su estado de salud y que por ello decidió por el tratamiento indicado por el médico.
Conclusión:

- Así no se cuente con una legislación que obligue a que el consentimiento sea escrito, esto es lo ideal. *
- El consentimiento informado es la evidencia de un acto voluntario y libre, que se ejecuta a sí mismo en virtud de un contrato, en este caso médico-paciente y es importante que para su realización, que el paciente tenga toda la información en forma clara y entendible para evitar la nulidad del mismo, pero además para evitar errores de hecho y derecho.*
- El Consentimiento Informado forma parte del acto médico y es por esto que pasa a formar parte de la Historia Clínica. No es solo la firma de un documento.
- El consentimiento infomado es un espacio provilegiado de la relación médico-paciente que plasma la información brindada al paciente, la cuál debe ser clara, oportuna y completa sobre las indicaciones del procedimiento, opciones, riesgos y complicaciones para así lograr la autorización.
- El consentimiento informado ha cambiado la cultura del ejercicio médico tradicional (paternalista) y es un compromiso de los médicos su realización de forma adecuada, cumpliento con los requisitos establecidos, recordando que no podemos ser garantistas, pero si que daremos lo mejor de nosotros y que estaremos prontos a resolver dudas e inquietudes.

Fernando Guzmán, El Consentimiento Tácito. Gaceta Tribunal de Ética

¿HASTA DONDE LLEGA LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESIÓLOGO?

Bernardo Robledo Riaga. Anestesiólogo.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica

Cuando revisamos la evolución de una especialidad médica como es la anestesiología, nos encontramos precisamente con una historia bien compleja, porque inicialmente la anestesia estaba lejos de ser una especialidad médica, la responsabilidad frecuentemente estaba en manos de monjas, que podían tener o no un entrenamiento básico en enfermería. Posteriormente la responsabilidad de la anestesia, pertenecía a los estudiantes de medicina con peores promedios académicos, cuando las monjas no estaban disponibles y poco a poco la especialidad continuó evolucionando en todo el mundo, hasta llegar a nuestra situación actual. En nuestro país está bajo el amparo de una Ley de la República y su decreto reglamentario y siendo su Sociedad líder en seguridad, autorregulación y apoyo laboral y legal a sus afiliados.

Como está ocurriendo de forma transversal no solo con los médicos, sino con todo el talento humano en salud, el rol del paciente y sus familiares ha cambiado, y de ese antiguo aceptar ciegamente lo que el médico determinaba sobre tratamientos, cirugía, sobrevivencia, apoyado a la dificultad de acercarse al conocimiento científico, a una actualidad donde esta empoderados los derechos de los pacientes y el acceso a información es casi ilimitada (y no siempre la adecuada).

A los anestesiólogos los auditan y vigilan desde muchos frentes, uno de ellos es netamente científico y ello nos permite enfocarnos en nuestras guías de práctica clínica, protocolos, estándares nacionales e internacionales que determinan la “lex artis” de la especialidad, pero adicionalmente están los auditores médicos de las diferentes E.P.S, de las I.P.S, entes Territoriales, aseguradoras de todo tipo, las superintendencias de Salud , de Sociedades,

la Procuraduría, Contraloría, Fiscalía, Secretarías de Salud y Ministerio de Salud.

Y si sumamos la presión de los medios de comunicación, el mal uso o uso indebido de las redes sociales, lleva al especialista a un escenario, donde encuentra que tiene una gran responsabilidad legal y social, para la cual no está adecuadamente preparado y viene con una pobre formación desde los programas docentes para enfrentarlos.

Así, que aprovechando mi vinculación al Comité de Seguridad de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y ser coautor de las Normas Mínimas de Seguridad para el Ejercicio de la Anestesiología en Colombia, mi vínculo con la Federación Médica, 30 años del ejercicio de la especialidad en establecimientos de nivel IV de atención y la experiencia en los tribunales de ética, con esta resumida conferencia espero dar a los honorables magistrados, una visión práctica de la responsabilidad médico legal del anestesiólogo

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL TRABAJO DE EQUIPO

CÉSAR BRUNO Y CARO
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Meta

La práctica médica moderna es, prevalecientemente, un trabajo de equipo. De equipo médico y, también, de "equipo de salud", formado también por profesionales de otras áreas de la salud y por personal auxiliar. Esto implica problemas de asignación de responsabilidad a la hora de investigar posibles fallas a la atención de pacientes por parte de los tribunales de ética médica.

MARCO LEGAL JURÍDICO

Por ser nociones a las que tendremos que apelar a lo largo de esta presentación, vamos a recordar algunas definiciones básicas.

PRINCIPIO DE CONFIANZA: Sobre el principio de confianza, ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que la sociedad actual se encuentra debidamente organizada y a cada individuo se le impone la satisfacción de determinados roles, y ello conlleva la carga correlativa de confiar en que, en idénticas condiciones, los demás actúen de acuerdo con los requerimientos socioculturales impuestos por la comunidad en que conviven.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: La responsabilidad objetiva es la responsabilidad por la mera producción del resultado. Según la Corte Constitucional, "Igualmente la Corte ha sostenido reiteradamente que la Constitución proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona no sólo de manera objetiva (autoría material), sino también subjetiva (culpabilidad), como expresión del reconocimiento al sujeto de su dignidad y libertad en los artículos 1º y 16 de la Constitución". (Sentencia T-330/07)

FORMAS DE TRABAJO EN EQUIPO

Las podemos clasificar en “simultáneas” y en “sucesivas”.

PROCEDIMIENTOS SIMULTÁNEOS

EN PROCEDIMIENTOS QUIRÚRGICOS

Típicamente, el procedimiento quirúrgico es un trabajo en equipo, integrado por uno o varios cirujanos, uno a varios médicos y ayudantes y por un médico anestesiólogo. El equipo puede estar integrado por:

a) Cirujano, médico general ayudante y anestesiólogo.
b) Un número plural de cirujanos de la misma o diferente especialidad, con o sin la presencia de médico general ayudante, y anestesiólogo.

EN PROCEDIMIENTOS NO QUIRÚRGICOS

Gracias a los avances tecnológicos, son muchos los procedimientos no quirúrgicos que requieren trabajo médico en equipo:
a) Procedimientos endoscópicos bajo anestesia o sedación.
b) Procedimientos de hemodinamia que requieran anestesia general o sedación.
c) Otros procedimientos que requieran anestesia general o sedación (punción lumbar, etc.).

EN PROCEDIMIENTOS SUCESIVOS

Se realizan por parte de médicos de diferentes especialidades y también, eventualmente, médicos generales.
a) La atención en la Unidades de Cuidado Intensivo.
b) La atención en los servicios de Observación de Urgencias.
c) La atención en Consulta externa o ambulatoria, por parte de médicos interconsultantes e interconsultados.
c) La atención hospitalaria prestada por varios médicos especialistas y generales que cumplen turnos de trabajo.

En principio, se entiende, que al ser trasladado un paciente de una institución donde haya sido atendido por un equipo de trabajo a otra, el

equipo de trabajo que lo atendió en la primera institución es diferente al equipo de trabajo que lo atendió en la segunda.

EN MEDICINA PRIVADA

En medicina privada, el paciente o sus familiares buscan a un médico para que lo trate o trate a su familiar. Ese médico, llamado "médico tratante", es el encargado de escoger a los colegas que vayan a conformar su equipo de trabajo. En caso de atención hospitalaria del paciente, el médico tratante expedirá la orden de hospitalización y, de acuerdo con la normatividad que tenga la clínica, podrá escoger a los colegas que vayan a conformar el equipo de trabajo o aceptará la colaboración de los colegas vinculados a la clínica, come es el caso de anestesiólogo en caso de procedimientos quirúrgicos o no quirúrgicos que lo requieran.

EN MEDICINA INSTITUCIONAL

Por lo general, no existe la figura del "médico tratante". De acuerdo con la afección que sufra el paciente hospitalizado, será tratado por todos los médicos del departamento al que corresponda su atención quienes, como un equipo médico, lo atenderán según la reglamentación institucional y de acuerdo, sobre todo, con los turnos y competencias de trabajo asignados, y por otros médicos de diferentes especialidades interconsultados, o cuyo concurso se necesite.

OTRAS

EN LA INVESTIGACIÓN MÉDICA

La investigación médica, es una labor de equipo. Puede ser realizada por diferentes modalidades de equipo:

a) Un grupo de médicos pertenecientes a la misma institución universitaria u hospitalaria.
b) Un grupo de médicos pertenecientes a diferentes instituciones universitarias u hospitalarias del país o del extranjero.

Por su origen, los equipos se pueden clasificar en:
a) Equipos que hacen parte de instituciones universitarias u hospitalarias.

b) Equipos contratados por la industria de la salud (farmacéutica, etc.)
Los equipos de trabajo, en la investigación médica, se caracterizan porque cuentan con un Jefe, que, según el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos de América, tiene las siguientes funciones:
a) Formular el concepto del estudio.
b) Redactar el protocolo.
c) Presentar el protocolo al Consejo Institucional de Revisión (IRB) para su aprobación.
NOTA: Por lo general, los protocolos se presentan para su aprobación a comités de diferentes denominaciones de las instituciones universitarias u hospitalarias. En el caso de las investigaciones organizadas por la industria de la salud, el Jefe debe sujetar la investigación a los protocolos pre-establecidos por la Empresa contratante u organizadora).
d) Dirigir el reclutamiento de participantes.
e) Gestionar el procesamiento del consentimiento formal.
f) Supervisar la recopilación, el análisis, la interpretación y presentación de los datos.
Queda claro que, en el ámbito penal y ético-disciplinario, la responsabilidad recae en el Jefe del Equipo. Los demás médicos que participen en la investigación responderán por sus actuaciones personales en el curso de la investigación

LOS EQUIPOS MÉDICOS EXPERTOS

La importancia del trabajo médico en equipo ha llevado a la implementación de programas formativos académicos destinados a la implementación del trabajo en equipo, considerado como la base de la medicina moderna. “La implementación en Estados Unidos del programa TeamSTEPPS™ con el fin de mejorar la seguridad de los pacientes mediante la mejora del desempeño de los equipos médicos tomó tres años de planificación: desde enero del 2003 hasta noviembre de 2006” (2). Se trata de equipos médicos estables y sus objetivos médicos son optimizar la atención médica y eliminar o por lo menos minimizar el error médico.

La responsabilidad médica en estos equipos de trabajo, sigue las mismas reglas de cualquier equipo de trabajo médico.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El trabajo en equipo se basa en el principio de confianza, según el cual el médico confía en la competencia y en la idoneidad de sus compañeros de trabajo, habida cuenta de sus títulos académicos, de su experiencia profesional y, en el caso de las instituciones, en la seriedad de los procesos de selección de personal. En el trabajo en equipo, no todos los miembros del equipo tienen el mismo grado de responsabilidad frente a la Ley. Básicamente, se presentan tres posibilidades:

1. El equipo médico o, más ampliamente, de salud, tiene un jefe. Es el caso del equipo quirúrgico, integrado por el cirujano, el(los) ayudante(s) médico(s), y el(la) instrumentador(a).

En este caso, el cirujano responde por el acto quirúrgico, aunque cada uno de los demás miembros del equipo deberá responder por actos culposos no adscribibles al cirujano jefe del equipo.

En el caso de participación de otro(s) cirujano(s) en el acto quirúrgico, responderá(n) por lo realizado por él o por ellos mismos. Este caso se presenta, por ejemplo, cuando un urólogo es llamado por un ginecólogo que está realizando una histerectomía ante el riesgo de lesión de un uréter por la complejidad del caso.

Responden todos los miembros del equipo cuando el acto quirúrgico realizado es ilegal, como sería la realización de un aborto no contemplado dentro de las causales de despenalización establecidas por la Corte Constitucional.

2. Un número plural de médicos actúan de forma simultánea. Es el caso del cirujano y el anestesiólogo, o el endoscopista y el anestesiólogo, o el ginecólogo, el anestesiólogo y el pediatra en el caso de ceáreas. En tal caso la responsabilidad es individual de cada uno de ellos, a no ser que hayan tomado decisiones en conjunto, como la de no realizar o interrumpir una intervención quirúrgica.

3. Un número plural de médicos actúa en la atención de un paciente, pero de manera no simultánea. Es el caso de la atención en las Unidades de Cuidado Intensivo por parte del médico intensivista y de otros especialistas

en la atención de un paciente. Por ejemplo, el cirujano que lo operó, el intensivista y el neumólogo. Es el caso, también del paciente institucional, atendido por todos los miembros de un Departamento médico de acuerdo a lista de turnos. En tal caso, la responsabilidad es individual de cada uno de los médicos intervinientes. También, en la atención ambulatoria entre médicos Interconsultantes e interconsultados.

CASOS ESPECIALES

Caso especial es el de la Juntas Médicas de Decisiones, de las cuales las Juntas laborales están sometidas a frecuentes demandas. Existen Juntas Médicas por especialidad y Juntas Médicas inter-disciplinarias. En las primeras, sus miembros responden solidariamente, a menos que alguno de ellos haya votado en contra. De ahí la importancia de que, en las actas de las Juntas Médicas, que deben formar parte de la historia clínica, se anote el resultado de la votación al tomar la decisión, sobre todo cuando no sea por consenso. Más complejo el caso de las Juntas Médicas inter-disciplinarias donde, en cada caso, de acuerdo a los dictados de la sana crítica, el juzgador tendría que analizar el grado de responsabilidad de cada uno de sus integrantes. Tal el caso, a modo de ejemplo, de la Junta de Tumores de un hospital universitario a la que concurran médicos de diferentes especialidades, y en la que se discutan casos que no sean de competencia de todos los asistentes.

EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD

En la esfera civil, cuando existe un daño evidente y no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro del equipo en particular, la responsabilidad es colectiva. No aplica ni en la esfera penal, ni en la ético-disciplinaria.

EL EQUIPO DE TRABAJO ESPURIO

Equipo de trabajo se puede considerar “espurio” cuando alguno o algunos de sus miembros, a pesar de ser médicos, realicen actos médicos para los cuales carecen de la competencia o de la pericia para llevarlos a cabo.

En tal caso, deben responder quien delega funciones en un colega no par, ni competente ni perito para realizarlos, y quien sin ser ni perito ni competente las realiza. A modo de ejemplo, citaremos algunos casos:

El cirujano trashumante que opera en pueblos y ciudades pequeñas y les deja la responsabilidad de cuidar el post-operatorio a médicos generales.
En las instituciones, el médico general – en algunas instituciones, llamado "médico hospitalario" – adscrito a algún Servicio o Departamento y que cumple funciones propias del especialista como contestar interconsultas o atender la consulta externa de la especialidad.

El médico super-especialista que no atiende directamente a todos los pacientes que requieren la atención de su especialidad, sino que también lo hace de forma indirecta asesorando a colegas de menor calificación o a profesionales de la salud no médicos, como enfermeros(as) o fisioterapistas.

CONCLUSIONES

El trabajo médico en equipo es fundamental en la atención de salud en el mundo actual. Gracias él, los avances de la ciencia médica y de la atención en salud han sido enormes. Sin embargo, también es un reto para los médicos. Es en él donde se manifiestan las mejores cualidades del ser humano que ejerce la profesión médica: la lealtad, la solidaridad, el desprendimiento, entre muchas otras. En el trabajo en equipo se forman amistades imperecederas. Pero también, en el trabajo en equipo, es donde se deben realzar las más grandes calidades de seres humanos de los médicos.

CÉSAR BRUNO Y CARO

BIBLIOGRAFÍA:

(1) "Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza" Francisco Bernate Ochoa, Prolegómenos Derecho y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, Vol XI n. 21, enero-julio 2008, pag. 65-80, (https://www.redalyc.org/pdf/876/87602104.pdf)

(2) "Trabajo en equipo: ¿Es posible formar equipos médicos expertos a partir de profesionales expertos?", Dra. Ana Evelyn Karina Rando Huluk, Unidad Docente Asistencial Centro Nacional Hepato-Bilio-Pancreático. Hospital Central de las Fuerzas Armadas, Revista Médica del Uruguay, vol.32 no.1 Montevideo abr. 2016,
(http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-03902016000100008)

ÉTICA EDUCACIÓN Y POLÍTICA: RETO ACADÉMICO

EDGAR VILLOTA ORTEGA
Presidente del Tribunal Ética Médica de Nariño

▶ REFERENCIAS – FUENTES

1. DERECHO MEDICO COLOMBIANO TOMOS I Y II
2. POLITICA Y CORRUPCION OTTO MORALES MEDITES
3. Gaceta Jurisprudencial- Tribunal Nacional de Ética Médica. Junio y Noviembre 2015 Dr. Fernando Guzmán Mora, Dra. Sara Edith Moreno Mazo, Dr. German Gamarra Hernández y Magistrados Tribunal Nacional Ética Médica.
4. Leyes, decretos, normas y jurisprudencias en Salud y Educación Médica.
5. Asociación Médica Mundial
6. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres (Kant)
7. La Educación Médica en América Latina. OPS-OM
8. Historia de la Ética Médica. Oxford University – Jonsen, AR.
9. Profesionales de la Salud para el nuevo siglo. Educación transformadora. Frenk J, Chen L. y Cohen J.
10. La teoría de las profesiones. Perfiles educativos Siglo XXI. Freidson E.
11. Mentes excepcionales, educación abierta. Brown J.S. y R.P. Adler.
12. Asignación de recursos sanitarios desde la perspectiva de la complegidad. Artaza N.
13. El Epitafio Profesional. British Journal of General Practice.
14. Autonomía Médica. Portocarrero.
15. Perspectivas sobre la educación médica en América Latina. Quintero G.A – Ana Cecilia Santos.
16. Conectivismo. Una teoría de aprendizaje para la era digital. Siemens G.
17. Todos por un nuevo país: PAIS-MAIS

ANTES DE :

- De que sirve correr, cuando estas en el camino equivocado.
- Cuando todos piensan igual nadie piensa demasiado
- Darse cuenta de que existen otros puntos de vista, constituye el inicio de la sabiduria
- Crees comprender la situacion y lo que no comprendes es que la situacion ha cambiado
- Las cosas buenas llegan a los que saben esperar. Las mejores a los que luchan y no se rinden. Y las grandes bendiciones a los que creen.

- **ÉTICA: DEL GRIEGO ETHOS, TAMBIEN SIGNIFICA COSTUMBRE.**
  El termino ethikos significa carácter.
- Ciencia del comportamiento moral, que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo el acto humano el que procede de la voluntad del hombre.
- Y determina como deben actuar los miembros de una sociedad
- Sus fundadores aristoteles y platon

Los actos humanos a la luz de la ética deben ser el resultado de la propia convicción,equivalenteaeducaciónsocial(éticasocial)osabiduríadelaacción

Entonces desde la óptica de la ética social, el respeto a los derechos individuales, llegan hasta donde los actos personales comienzan a lesionar el bien común.

Y en cuanto a la **ética social**, tenemos principios éticos destinados al recto obrar humano.

1. haz el bien y evita el mal
2. No hagas a otro, lo que no desees que hagan contigo.
3. haz a los demás lo que deseas que hagan contigo.

Siendo el fin de la ética social, la convivencia entre personas.

Aquí la importancia de recordar que en la ética heteronoma (a diferencia de la autónoma) se recibe de: fuentes externas independientes de la voluntad.

La cual puede ser religiosa, política y social.

POLÍTICA

Definición: del griego polis. Del latín politicus y éste del griego antiguo politikas, significa vida ciudadana.

Ciencia que trata del gobierno y la organización de las sociedades humanas, especialmente de los estados, y es la actividad de los que aspiran a gobernar los asuntos que afectan a la sociedad o a un país.

La ciencia política se encarga de desarrollar la teoría del estado, como principal forma de organización social.

Seria el arte de la integración y no de la dominación.

La política desde la antigüedad hasta la modernidad, es aquel eje principal donde se articulan las decisiones de los gobiernos.

Sin embargo, sociologo max weber: la define: "se caracteriza por una lucha entre personas o agrupaciones, para detentar el ejercio del poder".

VOCACIÓN POLÍTICA

Los colombianos desde el nacimiento de la republica estuvimos en contacto con la política

Cuando en europa se andaba en imperios, coronas victoriosas, reyes engalanados y pelucas entorchadas

Aquí francisco de paula santander, nos disciplinaba para la democracia

Nos enseñaba a elegir las autoridades

Organizaba el parlamento

Y como presidente nos daba ejemplo de como respetar el legislativo y decía

“El parlamento no es importante por lo que hace sino por lo que evita “ Rechazaba el autoritarismo de bolívar.

Etica y política

Desde la antigüedad tanto en oriente como en occidente se señala la estrecha relación entre ética y política.

Aristóteles no concebía la política separada de la ética.

ÉTICA Y POLÍTICA SON UNA MANCUERNA QUE AVANZA HACIA UN MISMO FIN: EL BIEN SUPREMO DEL HOMBRE

Decía: aquellos que aspiren a un cargo político, deberían identificarse primero con la ética. Conocimiento indispensable que debe dominar todo político que aspire a gobernar, pero gobernar bien.

Son disciplinas que se interrelacionan.

Cada una cumple una función diferente.

Ejemplo: construcción de un edificio

En suma la política resulta ser la ciencia de la autoridad (respeto) ciencia reina entre las ciencias, que tiene por objeto la felicidad de los ciudadanos, por medio de vida activa, honorable y virtuosa

Si quieres conocer a alguien en profundidad, dadle poder

Por definición el político debe poseer: educación, integridad, ser justo, equitativo.

Si el político no tiene el perfil ético cae fácilmente en las desviaciones que llevan a la injusticia o inequidad

Cuando el individuo posee ética se despierta en el un espíritu de servicio y actua con responsabilidad

El estado debe preocuparse por la formación de sus gobernantes.

Los políticos deben poseer ciertas virtudes: ejm

- Un político sin prudencia puede precipitar toma de decisiones.

- Un político sin paciencia, actúa aceleradamente.

- Un político sin sentido de justicia, comete injusticia.

- Un político sin ecuanimidad, actúa bajo la emoción.

- Un político sin sabiduría, actúa mediaticamente sin brújula.

- Por ello ser político no solo es llegar, es saber llegar

JUSTICIA

- CUANDO SE CORROMPE LA JUSTICIA SE HA PERDIDO TODO.
- "SIN JUSTICIA, LOS ESTADOS SON GRANDES LATROCINIOS"
- LA JUSTICIA REGULA LA EQUIDAD, ENTRE LOS HOMBRES,
- A TRAVÉS DE LEYES SE EDUCAN LAS ACCIONES DE LOS HOMBRES

- El problema del mundo actual es de etica
- Es deontologico
- Se destruye por ego, antes de construir
- Respeto por el disenso
- No olvidemos la justicia es de minimos y la etica de maximos
- Recuerdo aquí un pensamiento que dice;
- Reocupate por dejar huellas y no por dejar cicatrices

Aristóteles: la bajeza de los seres humanos es algo insaciable, porque el apetito es ilimitado y una gran mayoría de la humanidad vive para satisfacer apetitos

Existe la idea de que el poder corrompe al hombre. Y si es absoluto, lo corrompe absolutamente.

Se olvida que: el hombre corrompe al poder, **el poder es** corrompido por el hombre que lo ejerce

EN LA ACTUALIDAD :

La sociedad política contemporánea, es una sociedad de competencia, donde cada quien emplea lo mejor de sí, todos sus esfuerzos para beneficio propio no para los demás.

En conclusión: cuando la ética se divorcia de la política, aparece la idea maquiavélica de que la política es la "lucha por alcanzar el poder por el poder" y mantenerse en él.

Enfoque que generalmente supone rechazo a la ética y sus valores.

En la democracia moderna:

Existe tensión entre ética y la política y al sepáralas surge el relativismo moral

Entonces no se habla de gobierno ético sino de gobierno eficaz

Los grupos o elites (plutocracia) hablan de ética publica, solo como discurso

Las elecciones adoptan la forma de una animada ficción, de un juego de fingimientos para generalmente despertar emociones e ilusiones.
El proceso electoral es un melodrama de sentimientos

Explosión social
Jose ortega gasset (la rebelion de las masas)

"Ha terminado la primacia de las elites, las masas liberadas han irrumpido en la vida de manera determinante provocando un trastorno profundo de las maneras de comportamiento social"(v.Ll.)

La muchedumbre, de pronto, se ha hecho visible, se ha instalado en lugares preferentes de la sociedad. Antes, si existia, pasaba inadvertida, hoy es ella el personaje principal

Como las masas por definicion no pueden dirigir su propia existencia, quiere decir que estamos en crisis

- Pero la crisis, es la mejor bendición que puede sucederle : personas, instituciones y paises
- De ella se derivan oportunidades y progresos
- La creatividad nace de la angustia
- Como el dia nace de la noche oscura
- Es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias
- Quien supera la crisis, se supera asi mismo, sin quedar superado

Mamfred macneef: (premio nobel alternativo, exrector de universidad, ciudadano chileno de origen aleman)

- La vida; es acomulacion permanente de bifurcaciones. Individuales y colectivas
- Ejemplo: en el siglo xii, un joven muy rico se llamaba giovanny bernandone, quien decidio cambiar radiaclamente su vida y hoy lo conocemos con el nombre de francisco de asis
- En todo ve hermanos; hermana luna, hermano sol, hermano lobo , hermano fuego
- Tambien en italia aparece la voz del maquiavelo que nos dice; es mucho mas seguro ser temido que amado
- En el principe, pregona el fin justifica los medios
- Nosotros, la humanidad, escogio la ruta de maquiavelo, y por seguirla hoy tenemos el resultado de nuestra organización social y talvez vivimos el mundo violento actual

ESTA EXTRAORDINARIA TEORIA DE MACNEEF: NOS PROPONE

- Debemos trasender mas alla de la interculturalidad y multiculturalidad
- Para alcanzar la transculturalidad
- Osea dejar de parcelar al hombre
- Dejar de dicotomizarlo y dividirlo
- Pensar que no somos cuerpo con espíritu
- Sino espiritu grandioso con cuerpo, en unidad

- Qué hacer ante esta situación:
- Aristóteles responde: “si el alma de un hombre está enferma, o es mala, para evitar se haga el mal debe ser apartado de las riquezas, del gobierno y del poder” (gran ética – libro ii cap. Iii.138)

ES AQUÍ CUANDO EXPONEMOS Y PROPONEMOS:

La necesidad prioritaria de reinventarnos, como pais.
Como institucion ya lo estamos haciendo

Debemos buscar imaginativamente nuevas extrategias y modalidades que nos permitan salir airosos de la crisis, afrontando el desafio.

En otras palabras volver oportunidad la crisis, darle la vuelta a la moneda

Construir con optimismo y en equipo hacia el futuro
Hablando de futuro y vision de vida, permitame recordar al papa frnacisco:

Lucha por lo que queda, no llores por lo perdido
Lucha por lo que ha nacido en ti, lucha por quien esta contigo.
No llores por quien te odia, lucha por quien te quiere
No llores por tu pasado, lucha por tu presente
No llores por tu sufrimiento, lucha por tu felicidad
Nada es imposble de solucionar, solo sigue adelante

Sociedad basada en el conocimiento, equitativa, sostenible social y ambientalmente

Un efecto de la crisis de salud, económica, industrial, cultural de equidad y de gobernanza que vive nuestro país, es el resurgimiento de la sociedad civil colombiana.

Universidades, empresarios, organizaciones civiles, jóvenes y ciudadanos han iniciado encuentros y procesos de reflexión.

Que además de generan propuestas para mejorar la democracia y el respeto entre las personas, han dejado abiertos múltiples espacios de dialogo

Las reformas que requiere el país no son marginales,ni puntuales.

Son de fondo y sus resultados se verán en el largo plazo, pero deben adoptarse de inmediato, para que la niñez y la juventud puede aspirar a un mejor futuro

- La inequidad el hambre, la debilidad de nuestros sistemas de salud y educación, el recrudecimiento de la violencia y la incapacidad de acción colectiva, son problemas;

Estructurales cuya solución no puede seguir aplazándose.

- El proyecto que propone la misión de sabios no le apunta ha una simple reactivación, sino a una reconfiguración del estado y una trasformación de la sociedad

Entre otras este proyecto propone que el acceso a la educación en todos los niveles debe ser universal.

La misión propone preparar a las niñas y niños en el manejo de la incertidumbre y la complejidad.

Este momento de inflexión

Esta coyuntura puede resultar una feliz bendición si se aprovecha para ir al fondo de la trasformación estructural que necesitamos La vida humana es sagrada Y los derechos humanos no son ideología amenazante, si se acompañan de los deberes humanos elemental fundamento de una sociedad justa La diversidad y la pluralidad son nuestra mayor riqueza

El escritor rutger bregman:

Ultimo escrito ”utopía para realistas dice:

“Si estas aburrido de debates trasnochados, sobre derechas e izquierdas. Disfrutaras del pensamiento audaz, de ideas frescas, argumentos con datos

Propone una renta básica universal unificada, para quitarle peso diferenciador al dinero

También dice: “las dificultades no son las nuevas ideas, sino poder escapar de las viejas ideas”

Propone ”un mundo sin fronteras”

Dice ”seamos realistas, pidamos lo imposible. Prohibido, prohibir”

Sugiere: apoderarnos de utopías. De la esperanza

El cambio al que debemos aspirar no solo es tecnológico es de la profundidad del comportamiento humano, el mundo se transforma frente a los desafíos de actual momento, la educación se constituye en instrumento indispensable, para que la humanidad pueda progresar:

Hacia ideales de paz, libertad y justicia social
Ese es el nuevo paradigma de una educación más humanizada
Con instituciones de educación superior que entreguen herramientas a sus estudiantes, para ser mas reflexivos, éticos y conscientes
Después de todo no se trata de que mundo le vamos a dejar a nuestros hijos. Sino de que hijos le estamos dejando al mundo

“LOS MÉDICOS Y LA POLÍTICA”

No podemos resignarnos impávidamente a que intervengan la medicina desde fuera y así nos impongan las reglas de juego.

- Pues nos han colocado dentro del “negocio” de la salud en esta sociedad neoliberal sin pedirnos permiso.

Ahora nuestros postulados son la oferta y la demanda, disminuyendo la majestad de la profesión.

- Los intermediarios: han intervenido directamente en el acto – médico esencia de nuestro ejercicio profesional.
- O sea el mandato económico, comercial y burocrático por encima de la norma hipocrática.

Se rompe la relación medico paciente vocacional se lo convierte en cliente afectando la dignidad del medico y del paciente se pasa: de servicios a empresas

Paciente a cliente
Director a gerente (hospital)

Autonomía médica y ley estatutaria en salud

¿UNA REALIDAD?

¿Una contradicción?

¿Una utopía?

Reto en la formación medica

Colombia requiere de medico que entiendan al ser humano desde una nueva dimensión y que sea capaz de servirle en la salud y la enfermedad. Esta reflexión implica una reestructuración fundamental del pensamiento curricular en la educación medica

MENSAJE FINAL

No se puede hacer nada para cambiar lo que ya paso, pero si se puede hacer mucho para cambiar lo que viene nunca se sabe lo fuerte que eres, hasta que ser fuerte es tu única opción se fuerte para que nadie te derrote, noble para que nadie te humille, humilde para que nadie te ofenda, y sigue siendo tu para que nadie te olvide un día me sentare y diré no fue fácil pero valió la pena.

Soy una persona tan loca, que si usted no siente amor por mi le ofrezco mi amistad. Y si no quiere mi amistad, le ofrezco la vivencia de habernos conocido. Y si ni siquiera quiere saber de mi le ofrezco mi ausencia

EL SECRETO EN LA VIDA SOCIAL Y EL SECRETO PROFESIONAL SANITARIO.

Edgar Saavedra Rojas.
Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica

De conformidad con el Diccionario de la Lengua, dentro de las diversas acepciones que tiene el vocablo "secreto", en la primera de ellas se entiende como el de una: "cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta", y nos parece que este primer significado de esta voz cumple con las expectativas que tenemos para expresar ante ustedes unas deshilvanadas consideraciones, en relación con la trascendencia que tiene el secreto en la vida de las personas, el secreto profesional, y de manera particular el secreto que obliga al personal sanitario en el ejercicio de sus profesiones.
La intimidad que a lo largo de toda su historia en comunidad ha tratado el hombre de preservar ante sus múltiples peligros, se ve hoy mayormente acechada por novísimas tecnologías de la información, por la acumulación infinita de datos sobre el ser humano, su conducta, y toda su existencia vital, datos que al ser cruzados o conjugados respecto de un ser humano individualizado nos brinda una radiografía total de esa persona, prácticamente desde su concepción, porque el embarazo de la madre y toda su complejidad biológica, familiar y social, quedó perfectamente radiografiada en los múltiples bancos de datos públicos y privados, que hoy, registran segundo a segundo todas las actividades del ser humano, y ese proyecto biológico convertido en persona fue igualmente delineado día a día hasta su final encuentro con el sepulcro.

Si a la anterior realidad social y tecnológica le adosamos la indeclinable vocación de perpetuidad o perennidad que el derecho legislado mantiene en todos los ámbitos de la geografía universal [167], encontramos que casi

167 El derecho como obstáculo al cambio social, Eduardo Novoa Monreal, pág 33, E. Siglo XXI, México, 1981.

siempre la protección de los secretos vitales de cada persona y su intimidad, quedan indefensos ante la obsolescencia de las normas jurídicas.

No sin razón, Novoa Monreal antes citado, tituló una de sus obras más conocidas: "El derecho como obstáculo al cambio social".

A pesar de la realidad anterior, el secreto en general, el secreto profesional y el secreto sanitario, se encuentran entre nosotros debida y profusamente reglamentados, porque pese a ser el hombre reconocido con vocación social, todo ser humano tiene espacios o capítulos de su vida que quiere mantener en reserva, o que solo sean conocidos por sus seres más queridos y entrañables.

De igual manera la organización política y social a pesar de funcionar sobre la base de la publicidad de las actuaciones y procedimientos de todo lo público, normativamente se han consagrado numerosos datos o informaciones que han sido considerados como reservados o secretos.

Siempre se ha hablado del secreto médico desde la más remota antigüedad, pero hoy cuando la actividad asistencial se realiza por un numeroso grupo interdisciplinario altamente calificado, creemos que es mucho más acertado y concordante con la realidad de la medicina contemporánea, que se hable mejor del secreto sanitario, porque como lo vamos a demostrar con fundamento en nuestra propia legislación, no solo los médicos están obligados con la reserva de los hechos de que han tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión, sino que todos los que de una u otra manera participan en ese grupo interdisciplinario que tiene como objeto dispensar salud y vida, están en el mismo deber de sigilo profesional.

La imperiosa necesidad de conservar el orden público, gravemente afectado por la criminalidad, el legislador impone a todos los ciudadanos y con mayor razón a los servidores públicos de denunciar los hechos delictivos de que tengan conocimiento [168], pero como toda regla general, esta tiene sus excepciones, una de las cuales es relevar al profesional de esta obligación legalmente impuesta, cuando los hechos delictivos que en principio debería

168 ARTÍCULO 67. ***DEBER DE DENUNCIAR***. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.
El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

denunciar, los conoció como consecuencia de su actividad profesional [169]. Se trata de una excepción sabiamente concebida, porque de no existir la misma se haría imposible para los ciudadanos acudir en búsqueda de ayuda profesional, cuando la prestación del servicio solicitado, contiene en su entretejido social la ocurrencia de hechos contrarios a la ley, o aspectos de la vida íntima, que no permitiría que fuesen publicitados; de la misma manera que se haría imposible el ejercicio de las profesiones liberales, porque se colocaría a ciertos profesionales en la difícil situación de tener que denunciar a quien precisamente acudió en búsqueda de ayuda y auxilio. Es algo similar a lo que ocurre con el sacramento de la confesión en el rito católico, porque los creyentes acuden ante los sacerdotes a confesar sus pecados, precisamente porque tienen la certeza que, por ningún motivo, ni circunstancia ese ministro religioso va a publicitar los hechos pecaminosos que le confesó.

Debemos entonces entender por secreto profesional aquellos hechos, a cuyo conocimiento se llega en el ejercicio de una determinada profesión, razón por la cual está relevado de la obligación legal de denunciar, o de tener que declarar bajo la gravedad del juramento frente a una autoridad judicial o administrativa del Estado.

Guillermo Cabanellas, nos dice en relación con esta temática: "Por secreto profesional se entiende la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad; como los sacerdotes, por confesión de los delincuentes; los abogados o defensores, por revelación de sus patrocinados; los militares, por estar en cierto establecimiento de la defensa nacional, en investigaciones o cargos que impiden toda manifestación."[170].

El mismo autor fundamenta la exclusión de este deber en el hecho de que: "Las leyes, en determinados casos, relevan a los profesionales, por razones

169 ARTÍCULO 68. ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR***. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible. Sentencia C 848 14.> Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional. "
Sentencia C 848 14. "Declarar la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 28 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la exoneración allí prevista con respecto al cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, no comprende las hipótesis en las que el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, y se afecta la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual del niño, en los términos previstos en la parte motiva de esta sentencia.".

170 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, pág. 310 y s., Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1996.

fundadas en la forma de haber sabido los hechos, del deber de revelarlos, aun tratándose de una investigación judicial; y más aún, sancionan a quien descubre tales secretos. Se basa en que entonces se traicionaría al que hizo la revelación, motivo tan sólo por la necesidad y ante la confianza de que el depositario del secreto no lo revelaría sin su consentimiento o su ejemplo. Alcanza a abogados, notarios, médicos, confesores; pero en caso alguno a las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de los delitos, obligadas precisamente a dejar constancia del dicho o revelación, aunque momentáneamente no convenga la publicidad."[171].

En el caso de los imputados, de las personas exoneradas de tener que declarar, y los profesionales que deban guardar el sigilo profesional, si previamente no se les advierte del derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse [172], en relación con el primero de los nombrados; y del derecho que tienen a no declarar los segundos, se debe precisar que el funcionario está en el deber de dejar constancia en el acta sobre todo lo que declare el testigo, pero en el momento de la valoración de la prueba no podrá tenerla en cuenta por tratarse de un medio de prueba contrario a la ley, o ilícita y debe darle aplicación a la cláusula de exclusión[173], en aplicación de la previsión constitucional del último inciso del artículo 29 de la Carta[174], y es ilícita por no habérsele hecho la advertencia inicial de no tener la obligación de declarar y de no auto incriminarse.

Nos parece incluso que la expresión utilizada en el segundo inciso del artículo 385 del C. de P.P. en cuanto dispone: "El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, ***quien podrá renunciar a este derecho***", es contraria a la Constitución[175]. Y lo es,

171 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, pág 310 y s., Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1996.

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

173 C. de P. P. 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.

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

175 ARTÍCULO 385. ***EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES***. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero

porque el sigilo es un deber establecido en la Carta Política, respecto de todo lo que se haya conocido en el ejercicio de una determinada profesión, y siendo un deber consagrado por la Constitución, no puede ser dispensado de tal deber constitucional por una simple ley. Es decir, el legislador no puede modificar la Constitución, estableciendo que se puede renunciar a las excepciones consagradas al deber de declarar.

Igualmente creemos que al consagrarse en esa norma las excepciones constitucionales al deber de declarar sobre lo que se ha conocido como consecuencia de una relación profesional, está indebidamente redactado en cuanto a que solo se incluye al médico en el literal b), y a los psiquiatras, psicólogos y terapistas en el literal c).

Es absolutamente claro, que el grupo sanitario en su vasta interdisciplinariedad es mucho más amplio, y queda una enumeración muy limitada frente al numeroso grupo de personas que integran el grupo de los encargados de proporcionar salud y vida.

Ha de advertirse igualmente, que no se trata de un derecho, sino de un deber constitucionalmente impuesto al profesional que recibe la información bajo la seguridad del sigilo; y al cumplimiento de los deberes no se puede renunciar, puesto que estos se imponen de manera imperativa por el Constituyente o por el Legislador. Además, el conocimiento de tales hechos involucra a dos personas, y se establece una relación correlativa, porque es una realidad que si el ciudadano confía al profesional que lo asiste en un determinado aspecto, la comisión de un hecho ilícito, lo hace con la convicción, que quien recibe tal información secreta tiene la obligación de guardar el sigilo y es absolutamente claro, que si no se tuviera esa seguridad el ciudadano no acudiría al profesional que lo debe asistir y a quien confía ese secreto como consecuencia de esa relación profesional.

---

permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.
Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:
a) Abogado con su cliente;
b) Médico con paciente;
c) Psiquiatra, psicólogo o terapista con el paciente;
d) Trabajador social con el entrevistado;
e) Clérigo con el feligrés;
f) Contador público con el cliente;
g) Periodista con su fuente;
h) Investigador con el informante.

En la norma procesal que se comenta se afirma que la excepción a no declarar es un derecho y se plantea el problema, como si la única persona involucrada en el tema fuera el profesional que está obligado a guardar el secreto, olvidando que el ciudadano confió su secreto a ese profesional, precisamente por la seguridad del sigilo que le garantiza el principio constitucional.

No sin razón la Corte Constitucional analizando la problemática del secreto profesional, en referencia a la relación que surge entre el ciudadano y el profesional a quien confía sus secretos e intimidades, sostiene que surge una doble relación de derecho-deber, al expresar:

> **"*Ha señalado la Corte que nos encontramos en presencia de un derecho-deber***. En efecto, cuando una persona confía a un determinado profesional una información en razón de la función social que y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales, éste puede exigir que los datos no serán divulgados. ***Es decir, en el ámbito de la relación profesional, depositado el secreto o conocida la información o el dato por parte del profesional, el sujeto concernido adquiere el derecho a que se mantenga el sigilo y aquel derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida***.
>
> ***Correlativamente, el profesional tiene frente al titular del dato o información confidencial, el deber de preservar el secreto, no sólo en razón del derecho de aquél que entrega información privada, sino también del interés objetivo y legítimo de generar un clima de confianza en el ejercicio de la profesión y asegurar la permanencia de los usuarios del sistema*** [176]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es absolutamente claro que es una relación correlativa, porque lo que es un derecho para el ciudadano que los secretos de su vida privada se mantengan dentro del más absoluto sigilo, se convierte en un deber para el profesional que recibe la información, de guardarla como lo que es, un verdadero secreto, de tal naturaleza, que ni siquiera está en la obligación de revelarla ante las autoridades, ni ante los jueces cuando sea interrogado

176 Sentencia C 200 del 14 de marzo de 2012 12. M.P. Jorge I. Pretelt C.

sobre los hechos de que tiene conocimiento y de los que se enteró a través de esa relación profesional.

Además, no debe olvidarse que el secreto profesional es de creación constitucional y allí es, precisamente en la Carta Política, que se le atribuye esa calidad de su inviolabilidad[177].

Tan cierta es la reflexión anterior, que debe recordarse que quien conoce de un hecho ilícito en virtud de una actividad profesional no está obligado a denunciar los hechos delictivos conocidos en tales circunstancias[178].

Distinta es la situación, como se verá más adelante, cuando la revelación del secreto es respecto de un delito que aún no se ha cometido, y que, con su revelación, el profesional a quien se confió podría evitar la consumación del mismo, en perjuicio de una persona inocente.

Esta previsión legal de exoneración se repite en varias codificaciones y es así como en el Código de Justicia Penal Militar, en el que existe el delito de revelación de secretos, exonera del deber de denunciar o declarar, cuando lo conocido se percibió como consecuencia de una relación profesional [179].

177 Carta Política. ARTICULO 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.
El secreto profesional es inviolable. (Lo destacado no lo es en el texto).

178 C. de P. P. ARTÍCULO 68. ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR***. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ***ni a denunciar cuando medie el secreto profesional***. (Lo destacado no lo es en el texto).

179 C. de Justicia Penal Militar. Ley 1407 de 2010. **ARTÍCULO 130.** ***REVELACIÓN DE SECRETOS.*** El miembro de la Fuerza Pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años.
Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.
C. de Justicia Penal Militar. **ARTÍCULO 131.** ***REVELACIÓN CULPOSA*****.** Si las conductas a que se refiere el artículo anterior se cometieren por culpa, la pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión.
C. de Justicia Penal Militar. **ARTÍCULO 245.** ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR*****.** Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.
C. de Justicia Penal Militar. **ARTÍCULO 488.** ***RESTRICCIONES AL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA*****.** Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:
1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía Penal Militar o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.

Igualmente, en el Código General Disciplinario, se contemplan específicas normas en las que se exonera del deber de denunciar y testificar cuando se trata de aspectos conocidos como consecuencia de una relación profesional [180].

EL SECRETO EN LA VIDA SOCIAL.

Como ya lo habíamos anticipado el hombre siendo un ser social por excelencia, a través de la historia ha reservado espacios absolutamente íntimos que no comparte con nadie, o aquellos otros que solo se ventilan con los miembros más íntimos de la familia o de un grupo restringido de amigos o conocidos.

Ese secreto en la vida del ser humano se llama intimidad, y es un aspecto de la vida del hombre que tiene igualmente protección constitucional, no solo en la personal, sino en la vida familiar [181].

---

4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.
PARÁGRAFO. En los casos contemplados en los numerales 4 y 5 del presente artículo, se procederá como se indica en el inciso 2o artículo 524 relativo a la obligación de rendir testimonio, pero a las partes se les impondrá reserva sobre lo escuchado y discutido.

180 C. Gral. Disciplinario. Ley 1952 DE 2019. **ARTÍCULO 88.** ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE FORMULAR QUEJAS.*** El servidor público no está obligado a formular queja contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni por hechos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente el secreto profesional.
C. Gral. Disciplinario. **ARTÍCULO 167.** ***EXCEPCIONES POR OFICIO O PROFESIÓN.*** No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio:
1. Los ministros de cualquier culto admitido legalmente.
2. Los abogados.
3. Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto.
C. Gral. Disciplinario. **ARTÍCULO 192.** ***INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS.*** Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:
1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
3. Los amparados por el secreto profesional.
4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en la historia clínica, hojas de vida, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.
5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
PARÁGRAFO. Los documentos reservados deberán incorporarse al expediente en cuaderno separado y conservarán su condición de forma permanente. Los sujetos procesales podrán consultarlos, pero no se expedirán copias.

181 C.P. 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

Es igualmente una realidad que el secreto o la intimidad personal y familiar, tienen una estrecha relación con el derecho al buen nombre, tutelado igualmente en la norma antes citada, y con el derecho a la honra, también protegida en la Carta Política [182].

El secreto de la vida individual de las personas o del círculo familiar, no tiene límites en la escala de valores, es decir, que no necesariamente lo que se quiere guardar en sigilo tiene que ser un aspecto negativo o reprochable en la vida de una persona, o de un miembro de su familia. Es simplemente algo de la vida personal que no se quiere compartir socialmente, razón más que suficiente para que esa voluntad sea respetada.

Pero es indispensable precisar que la revelación de un secreto sin trascendencia en la escala axiológica de los valores, y, por el contrario, de uno que afecta valores morales o legales, tienen consecuencias jurídicas diversas, porque en el primero es una violación de la intimidad, pero con consecuencias menores, o por lo menos, irrelevantes en el ámbito del derecho represivo, mientras que el segundo puede tener consecuencias negativas muy graves, incluso por la vulneración de los bienes y derechos protegidos por la ley penal.

Pero el secreto se proyecta igualmente al manejo administrativo del Estado y de las relaciones de éste con sus súbditos y con las organizaciones empresariales que funcionan autorizadamente dentro de sus fronteras.
El Estado maneja múltiples aspectos sensibles en relación con su propia seguridad, con la seguridad de las instituciones militares y policivas, de la misma manera que aspectos de la macroeconomía, que de manera regular deben ser manejados con especial sigilo, como son entre otras muchas el manejo de las tasas de interés autorizadas, la reglamentación de los aranceles aduaneros, las medidas de supervisión y manejo de las entidades financieras, el control impositivo del comercio en general, la

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.

182 C.P. ARTICULO 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

problemática de la vivienda, de la producción agropecuaria, el manejo de la unidad monetaria, y el manejo de la salud pública, para no mencionar sino algunos de los trascendentes temas manejados por el Estado que deben estar sometidos a la más absoluta reserva, hasta que el ejecutivo considere que es oportuno la publicitación de sus medidas económicas o sanitarias.
Para destacar la multiplicidad de secretos mantenidos por el Estado, en el manejo de sus instituciones, o surgidos de la interrelación de éste con todas las organizaciones sociales destacaremos algunos de los secretos más comunes, o mayormente mencionados al interior de la Nación.

En la Enciclopedia Jurídica OMEBA se habla de los siguientes secretos:

> "***SECRETO DE ESTADO***: El que un funcionario público no puede revelar sin incurrir en delito; y lo es tanto si así se le ha ordenado, aun cuando no descubra la razón que lo motiva, como en el caso de resultar evidente, sin expresa recomendación, que perjudica o compromete a la función o al país. || Asunto político o diplomático de gravedad y que no ha sido divulgado aún.
> "***SECRETO DE FABRICACIÓN***. Procedimiento peculiar de producción de una industria, aun no patentado, que obliga, a quien lo conozca por razones de trabajo, a no divulgarlo; so pena de responder de los daños y perjuicios que ocasiones. En realidad, constituye una claudicación del interés general, tendiente a la mayor divulgación de lo bueno, frente al espíritu privado, que se apoya en ese conocimiento excluido para obtener mayor lucro.
> "***SECRETO DEL SUMARIO***: Obligación que alcanza al instructor del mismo, al secretario de la causa, a los peritos y a cuantos intervengan en una investigación criminal, en el fuero de guerra o en el común, y que se concreta en callar de la manera más absoluta cuanto pueda ser nocivo al procedimiento, que es todo en principio hasta que la autoridad resuelve publicar los nombres de los presuntos responsables y los cargos contra ellos. En principio, todas las diligencias del sumario (v) son secretas; aunque no para los funcionarios judiciales y fiscales autorizados para intervenir, y para el defensor en ciertas circunstancias, que le obligan, bajo pena o sanción disciplinaria, a no cometer indiscreciones. Tal norma, habitual, encuentra legislaciones locales propias a la publicidad en la investigación judicial, sin ser lo más recomendable en lo procesal penal.

> "***SECRETO MILITAR***: La reserva absoluta que en tiempos de paz han de guardar los profesionales sobre efectivos, armamento y organización; o, en campaña, sobre todo movimiento, concentración y operación además.
> Aparte exigirlo el patriotismo, integra defensa instintiva, porque contribuye a que los ataques enemigos sean menos certeros y potentes. Como cautela específica se estatuye que los militares han de abstenerse de manifestar, publicar o usar fuera del servicio planos, memorias y documentos oficiales.
> "***SECRETO PROFESIONAL***: Al servicio de valores fundamentales y de la seguridad colectiva, se proclama en principio la obligación de denunciar todos los hechos punibles. Sin embargo, un poco por reconocimiento de ciertos instintos y del ejercicio de determinadas actividades, que, de no encontrar cierto amparo, conducirían a violentar la convivencia y a fomentar argucias más nocivas aún, el legislador reconoce esferas de reserva, incluso en perjuicio de la legalidad estricta [183].

Los secretos como se puede ver son múltiples y la doctrina ha propuesto diversas características para clasificarlos y es así como el profesor Iñigo Segrelles de Arenaza dentro de las distintas clases de secretos habla de los siguientes:

a) Públicos y privados;
b) Por razón del objeto;
c) Por razón del carácter oculto del conocimiento;
d) Por razón del elemento subjetivo;
e) Por razón del elemento objetivo;
f) Por razón de los sujetos;
g) Por razón de la regulación [184].

El autor antes citado, asevera que Moreno Catena distingue entre secretos públicos y privados. Y en relación con los primeros los subdivide en secretos de Estado y secretos de los funcionarios obligados a guardar reserva en relación con determinados temas que normativamente son considerados de mantenerse en secreto, es decir, el sigilo que el legislador le impone a determinados funcionarios en relación con determinados aspectos que deben manejar en el ejercicio de sus funciones públicas.

183 Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V, Págs 692 - 703. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1956.

184 Protección Penal del Secreto de Estado. Iñigo Segrelles de Arenaza. Edersa, pág 16, Madrid, 1994.

De manera general la revelación no autorizada o indebida de tales asuntos constituye un hecho delictivo. Nuestra legislación penal tipifica varias conductas delictivas, cuando los secretos que deben mantener en reserva por los servidores públicos son publicitados indebidamente o son usufructuados ilícitamente:

> "ARTÍCULO 418. ***REVELACION DE SECRETO***. <Penas aumentadas por el artículo 147466 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.
>
> Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

"ARTICULO 419. ***UTILIZACION DE ASUNTO SOMETIDO A SECRETO O RESERVA***. El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.

"ARTÍCULO 420. ***UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACION OFICIAL PRIVILEGIADA***. El servidor público que, como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Los secretos igualmente son clasificados por su objeto y es así como el autor antes citado en relación con este tema nos ilustra, sosteniendo que en relación con este aspecto se pueden distinguir dos clasificaciones, en

primer lugar, por su legalidad o ilegalidad, según que el objeto sea acorde o no, con la normatividad.

La segunda clasificación es por razón de la materia, supuesto en el cual el número de secretos pueden ser innumerables, porque cualquier cosa puede ser objeto de secreto como sería el caso de un invento, un procedimiento, un sistema defensivo, un artefacto, una investigación, un diagnóstico médico, una noticia, un recuerdo sentimental. etc.[185].

EL SECRETO PROFESIONAL SANITARIO.

Como ya lo habíamos anticipado hablar hoy de secreto médico es un verdadero arcaísmo, porque es una realidad que el médico ejerce su profesión, con múltiples colaboradores expertos en diversas ramas de las ciencias de la salud, y de numerosos profesionales que en principio nada tienen que ver con la biología, ni con la medicina como son los ingenieros electrónicos, mecánicos, eléctricos, físicos, químicos, en mecatrónica y en otras ciencias técnicas que no tienen en principio relación con las ciencias de la salud, pero que hoy con los asombrosos desarrollos de la medicina tienen particular protagonismo en la creación de prótesis, válvulas, órganos artificiales, marcapasos y otros adminículos que son trasplantados en reemplazo de partes orgánicas deterioradas, de la misma manera que toda una tecnología en la producción de múltiples y complejas máquinas para la realización de exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas, y diversos exámenes para auscultar las interioridades orgánicas, al igual que portentosos aparatos utilizados en las actividades quirúrgicas, inventos y productos que de manera general no son de autoría de los médicos, sino que se construyen con el auxilio de los profesionales de la medicina.

Pero de otro lado, se encuentran múltiples ciencias de la salud, que se constituyen en imprescindibles apoyos de la labor médica en la recuperación de los pacientes sometidos a diversos tratamientos o a intervenciones quirúrgicas. En tales condiciones todos los profesionales en una cualquiera de las ciencias de la salud, y los otros profesionales de ciencias ajenas a las de la salud, igualmente están comprometidos con el sigilo profesional, en cuanto que de alguna manera hayan tenido que ver con los tratamientos médicos dispensados a un determinado paciente.

185 Protección Penal del Secreto de Estado. Iñigo Segrelles, Ob. Cit. Pág 17.

Porque es una realidad que hoy, en tales circunstancias, la vida y la salud no es problema solo de los médicos, sino que se ha ido conformando una compleja multitud de especialistas en las ciencias más extrañas que conforman el grupo sanitario, y en el que todos, además de sus respectivos auxiliares se encuentran comprometidos con la obtención de la salud, la mitigación del dolor, de los malestares propios de la enfermedad y de la dura faena que es la prolongación de la vida y la evitación de la muerte.

Es claro que el secreto profesional no solo obliga a los médicos y a los diversos especialistas en las ciencias de la salud, sino a todos los profesionales sin necesidad de que hagan parte de los especialistas en las ciencias de la salud, que de una u otra manera participen en los procesos quirúrgicos o de tratamientos para la recuperación de los pacientes.

Es por esta realidad, que nos ofrece la compleja rama de los especialistas en las ciencias de la salud, que se ha convertido en un verdadero arcaísmo hablar de secreto médico, y que se adecúa más a esta nueva realidad hablar del secreto sanitario, razón por la cual se debe hablar del secreto sanitario que se impone a todos los que participan en los procesos de curación, bien por ser especialistas en una de las ciencias de la salud, o bien sea porque con una profesión ajena en principio a las ciencias de la salud participa de los procedimientos de curación, razón por la cual quedan cubiertos igualmente con el sigilo profesional.

A continuación, haremos una relación de algunas de las leyes que tuvieron como finalidad reglamentar algunas de las profesiones de las ciencias de la salud, estableciéndose en todas ellas el secreto profesional:

a) Ley 35 de 1985, de ética odontológica, que en su artículo 23 consagra el deber de guardar el secreto sanitario por parte de estos profesionales de la salud

> "ARTICULO 23. El odontólogo está obligado a guardar el secreto profesional en todo lo que, por razón del ejercicio de su profesión, haya visto, escuchado y comprendido, salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales. Así mismo, está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional.

b) Las leyes 36 de 1993 y 841 de 2003, por medio de las cual se reglamenta la bacteriología, estableciendo en el artículo 3.a, de la primera, y en el 9ª de la segunda, el deber del secreto profesional:

> "ARTÍCULO 3o. ***DEBERES Y OBLIGACIONES DEL BACTERIÓLOGO***. Son deberes y obligaciones del bacteriólogo los siguientes:
>
> a. Guardar el secreto profesional;
>
> b. Realizar un estricto control de calidad;
> (…..)
>
> "ARTÍCULO 9o. ***DEBERES Y OBLIGACIONES DEL BACTERIÓLOGO***. Son deberes y obligaciones del Bacteriólogo:
>
> a) Guardar el secreto profesional salvo en las excepciones que la ley lo considere;

c) Ley 528 de 1999, reglamentaria de la fisioterapia, consagra en el artículo 45 la reserva de la historia clínica, en el 48 establece el secreto profesional, y en el 49, los excepcionales casos en los cuales está exonerado de guardar el secreto profesional. En el artículo 53 establece que la historia clínica y los documentos que se crean en la labor de fisioterapeuta pueden ser utilizados en trabajos de investigación científica, siempre y cuando se mantenga la reserva del nombre de los pacientes:

> "ARTICULO 45. La historia Clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud o enfermedad de un usuario. Es un documento privado, y al igual que los demás registros fisioterapéuticos, sometido a reserva; únicamente puede ser conocida por terceros, ajenos a la intervención profesionales, en los casos previstos por la ley y cuando medie autorización del usuario o, en defecto suyo, de sus familiares o responsables.
>
> "ARTICULO 48. Es deber del Fisioterapeuta guardar el secreto profesional del cual forman parte los contenidos de los registros clínicos y otros, así como los de los certificados que expida en relación con las personas a quienes preste sus servicios y, en general, todo aquello que haya visto, oído o comprendido por razón de su ejercicio profesional.
>
> "ARTICULO 49. El fisioterapeuta podrá revelar el secreto profesional contenido en sus registros, en los siguientes casos:

a) Al usuario, con la prudencia necesaria para no perjudicar la intervención profesional;
b) A los responsables del usuario si la revelación es útil a la intervención y cuando se trate de menores de edad y de mentalmente incapaces;
c) A las autoridades judiciales, sanitarias y de vigilancia y control, así como en los casos previstos por la ley.

"ARTICULO 53. Las Historias Clínicas y demás Registros que el Fisioterapeuta elabore, en desarrollo de su ejercicio profesional, podrán ser utilizados como material de apoyo en trabajos científicos, siempre y cuando se mantenga la reserva del nombre de los usuarios de los servicios.

d) La ley 650 de 2001 establece el Código de ética de la optometría, estableciendo en el artículo 12 el secreto profesional para estos profesionales, haciendo alusión a la relevación del secreto, solo de conformidad con las previsiones legales. En el 25 establece el secreto igualmente para la historia clínica:

"ARTÍCULO 12. El optómetra no deberá inmiscuirse en los asuntos privados del paciente y que no guarden relación con su estado visual; toda confidencia hecha por el paciente, de cualquier índole, lo mismo que su estado visual, son materia de secreto profesional obligatorio; está obligado a guardar el secreto profesional en todo lo que, por razón del ejercicio de su profesión, haya visto, escuchado y comprendido, salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales; así mismo, está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional.

"ARTÍCULO 25. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones visuales del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

e) La Ley 911 de 2004, reglamenta la enfermería, disponiendo en el artículo 18 el secreto profesional, aclarando que el secreto se prolonga después de la muerte del paciente, excepto en los casos indicados por la ley; en el 35 se da una idea de lo que debe entenderse por historia clínica, para en el art. 36 consagrar la historia clínica como un documento privado sometido a reserva, que solo puede ser conocido, además del personal sanitario, por el

paciente, por su representante legal, y por terceros previamente autorizados por los anteriores, y también los casos específicamente indicados por la legislación y por los tribunales de ética.

En el parágrafo se indica que las historias clínicas pueden ser utilizadas en investigaciones científicas siempre y cuando se guarde la reserva respecto a la identidad del paciente.

> "ARTÍCULO 18. El profesional de enfermería guardará el secreto profesional en todos los momentos del cuidado de enfermería y aún después de la muerte de la persona, salvo en las situaciones previstas en la ley.
>
> PARÁGRAFO. Entiéndase por secreto o sigilo profesional, la reserva que debe guardar el profesional de enfermería para garantizar el derecho a la intimidad del sujeto de cuidado. De él forma parte todo cuanto se haya visto, oído, deducido y escrito por motivo del ejercicio de la profesión.
>
> "ARTÍCULO 35. Entiéndase por registro de enfermería los documentos específicos que hacen parte de la historia clínica, en los cuales se describe cronológicamente la situación, evolución y seguimiento del estado de salud e intervenciones de promoción de la vida, prevención de la enfermedad, tratamiento y rehabilitación que el profesional de enfermería brinda a los sujetos de cuidado, a la familia y a la comunidad.
>
> "ARTÍCULO 36. La historia clínica es un documento privado, sometido a reserva, por lo tanto, sólo puede ser conocido por el propio paciente o usuario por el equipo humano de salud vinculado a la situación en particular, por terceros previa autorización del sujeto de cuidado o su representante legal o en los casos previstos por la ley o por los tribunales de ética.
>
> PARÁGRAFO: Para fines de investigación científica, el profesional de enfermería podrá utilizar la historia clínica, siempre y cuando se mantenga la reserva sobre la identidad del sujeto de cuidado.

f) En la Ley 949 de 2005, se reglamenta la terapia ocupacional, indicándose en el artículo 37, que el informe realizado por los terapeutas ocupacionales es la secuencia ordenada de las funciones y procedimientos desarrollados por ellos, advirtiéndose que tales informes tienen el carácter de reservados, que solo pueden ser conocidos por terceros por autorización expresa del paciente o de sus familiares.

En el artículo 38 se establece una excepción a la reserva de los informes sobre terapias ocupacionales, puesto que se indica que cuando la misma se ordena sin que exista compromiso patológico no están clasificados como secretos, pero se dispone que los responsables de su custodia deben tener cuidado para evitar su extravío o su divulgación injustificada.

En el artículo 40 se dispone la obligación del terapeuta ocupacional para guardar el secreto profesional en relación con todo cuanto haya visto, entendido o realizado en virtud de los servicios prestados al paciente. De igual manera se dispone que el secreto profesional podrá ser relevado por autorización escrita del paciente o de sus representantes legales.

Finalmente se consagra una interesante disposición al determinarse que, en caso de exigencia judicial, prevalecerá el secreto profesional. Nos parece una disposición llamativa, porque responde precisamente a la consagración constitucional en cuanto a la "***inviolabilidad***" del secreto profesional, prevista en el artículo 74 de la Carta Política.

Las previsiones relacionadas con el secreto profesional de los terapeutas ocupacionales están así consagradas:

> "ARTÍCULO 37. Entiéndese por Informe de Terapia Ocupacional la secuencia ordenada de las funciones, actividades y procedimientos desarrollados por el Terapeuta Ocupacional en ejercicio de su profesión. De los informes forman parte los registros y estos reflejan el cumplimiento concreto de las actividades.
>
> El Informe de Terapia Ocupacional es de carácter reservado y únicamente puede ser conocido por terceros, ajenos a la atención o el tratamiento, por pedimento de quien solicitó el servicio y cuando medie autorización del usuario o de sus familiares responsables y en los casos previstos por la ley.
>
> El texto del informe de terapia ocupacional deberá ser claro, preciso y ceñido estrictamente a la verdad. En él se indicarán los fines para los cuales ha sido solicitado o está destinado.
>
> "ARTÍCULO 38. Los registros de terapia ocupacional diligenciados en desarrollo de asistencia profesional sin compromiso patológico no están sometidos a reserva legal, pero los responsables de la

custodia de los mismos deberán tomar las medidas necesarias para evitar su extravío y su divulgación injustificada.

"ARTÍCULO 40. El Terapeuta Ocupacional está obligado a guardar el secreto profesional con respecto a todo cuanto haya visto, oído, entendido, o realizado en función de los servicios profesionales que presta a un usuario.

El secreto profesional podrá ser revelado por solicitud escrita del usuario; de los padres, si es menor de edad o posee diagnóstico clínico de incapacidad manifiesta. En caso de exigencia judicial prevalecerá el secreto profesional.

"ARTÍCULO 41. Cuando al usuario de los servicios de terapia ocupacional le haya sido abierta Historia Clínica en algún centro de carácter asistencial público o privado o en un consultorio de carácter particular, del contenido del informe deberá formar parte la indicación del lugar en donde se encuentra dicha Historia Clínica, con objeto de que a ella pueda remitirse cualquier informe.

h) En la Ley 1090 de 2006, se reglamenta la psicología, consagrándose el secreto profesional en el artículo 23, respecto de todo lo que haya conocido como consecuencia de su ejercicio profesional.

En el artículo 24 se dispone que la publicitación respecto de terceras personas solo puede hacerse mediante autorización expresa del paciente y dentro de los límites contenidos en la misma.

En el artículo 25, primer inciso se consagra una excepción al secreto profesional del psicólogo, al disponer que la información secreta del tratamiento psicológico dispensado no puede ser revelada a terceros: "cuando conlleve peligro o atente contra la integridad y derechos de la persona, su familia o la sociedad" estableciéndose a renglón seguido en los casos en que el tratamiento psicológico puede ser revelado.

Nos parece una concepción errónea, que riñe con la prohibición constitucional al consagrarse el sigilo profesional, porque este no se consagra porque su revelación conlleve daño o peligro, en este caso para los pacientes, sino que se consagra por una contrato de sigilo profesional no escrito, ni expreso, pero que surge tácito de la previsión constitucional, en el sentido que con la prestación de servicios profesionales se establece una relación derecho-deber, entre el que recibe la prestación de los servicios y el profesional que los proporciona. En tales circunstancias surge para el que recibe el servicio y dentro del mismo transmite informaciones de su vida privada relacionadas, con la seguridad de tener un derecho de sigilo

del profesional a quien se las brinda, y para este el surgimiento de un deber de estirpe constitucional de no revelar bajo ninguna circunstancia las informaciones recibidas de su mandante, cliente o paciente. La norma que se comenta da a entender que la información profesional recibida no se puede revelar, solo cuando la publicitación conlleve peligro o atente contra la integridad y derechos de la persona, de su familia o de la sociedad y es evidente que tal concepción no corresponde a la previsión constitucional que se estudia.

Es importante destacar la falta de coherencia entre normas de la misma ley, puesto que en el artículo 23, claramente se había establecido la inviolabilidad del secreto profesional de conformidad con el precepto constitucional al establecer: "El profesional está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razones del ejercicio de su profesión haya recibido información.", sin establecer condicionamientos de ninguna naturaleza.

A continuación de manera errada, y en contravía del principio constitucional se establece que el secreto profesional puede ser revelado, b) Cuando las autoridades legales lo soliciten, y solo en aquellos casos previstos en la ley, cuando bien se sabe que una de las excepciones al deber de declarar que tienen los ciudadanos es precisamente cuando el tema sobre el que se debe declarar haya sido conocido como consecuencia de una relación profesional (art.385 C. de P. P.).

En el artículo 26 se establece que cuando el informe psicológico haya sido solicitado "por autoridad competente, entes judiciales, profesionales de la enseñanza, padres, empleadores, o cualquier otro solicitante diferente del sujeto evaluado.", estas instituciones tienen el mismo deber de confidencialidad, quedando obligados los solicitantes del informe a no darles difusión fuera del estricto marco para el que fue solicitado.

En el artículo 27 se estipula que las enumeraciones o listas de personas evaluadas en las que deben constar los diagnósticos o datos de la evaluación y que se le soliciten el psicólogo por otras instancias con objetivos de planificación de recursos u otros, deben ser respondidas omitiendo el nombre y datos de identificación de los pacientes, "cuando no sean estrictamente necesarios".

Esta última expresión nos parece que contradice el principio de inviolabilidad del secreto profesional porque se está estipulando que habría ocasiones en la que los listados de los evaluados psicológicamente podrían aportarse los nombres y datos de identificación de los pacientes.

En el artículo 28, nuevamente de manera contraria a la Carta, se establece que la información adquirida de una relación profesional podría ser

publicitada, si no ocasiona perjuicio al paciente. Y consideramos que es una previsión legislativa equivocada, porque el secreto profesional es inviolable y el deber del profesional que recibe la información del paciente no puede publicitarla, así con este acto de revelación no se ocasione ningún perjuicio al paciente.

En el artículo 29 se establece que la publicitación de casos clínicos con fines didácticos o de comunicación, o de divulgación científica puede hacerse, siempre y cuando no sea posible la identificación de la persona, grupo o institución de que se trata, y en caso de que la divulgación conlleve la posibilidad de identificación del paciente será indispensable el consentimiento previo y explícito del mismo.

Para efectos de garantizar el sigilo se dispone en el artículo 30 que la conservación de datos psicológicos como entrevistas, resultados de pruebas, por cualquier medio de custodia, será bajo la responsabilidad del psicólogo, razón por la cual deben conservarse en condiciones de máxima seguridad.

Se regula en el artículo 31 la presencia de terceras personas para el acto profesional, como sería el caso de alumnos en prácticas profesionales de formación, casos en los cuales se requiere siempre el consentimiento previo del paciente.

Se establece en el artículo 32 que la muerte o desaparición del paciente no releva al profesional de la psicología de la inviolabilidad del secreto profesional.

Las anteriores regulaciones relacionadas con el secreto profesional de los psicólogos aparecen consagradas de la siguiente manera:

> "ARTÍCULO 23. El profesional está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razones del ejercicio de su profesión haya recibido información.
>
> "ARTÍCULO 24. Cuando la evaluación o intervención psicológica se produce a petición del propio sujeto de quien el profesional obtiene información, esta sólo puede comunicarse a terceras personas, con expresa autorización previa del interesado y dentro de los límites de esta autorización.
>
> "ARTÍCULO 25. La información obtenida por el profesional no puede ser revelada a otros, cuando conlleve peligro o atente contra la integridad y derechos de la persona, su familia o la sociedad, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando dicha evaluación o intervención ha sido solicitada por autoridad competente, entes judiciales, profesionales de la enseñanza, padres, empleadores, o cualquier otro solicitante diferente del sujeto evaluado. Este último, sus padres o tutores tendrán derecho a ser informados del hecho de la evaluación o intervención y del destinatario del informe psicológico consiguiente. El sujeto de un informe psicológico tiene derecho a conocer el contenido del mismo, siempre que de ello no se derive un grave perjuicio para el sujeto, y aunque la solicitud de su realización haya sido hecha por otras personas o entidades;

b) Cuando las autoridades legales lo soliciten, solo en aquellos casos previstos por la ley, la información que se suministre será estrictamente la necesaria;

c) Cuando el cliente se encuentre en incapacidad física o mental demostrada que le imposibilite para recibir sus resultados o dar su consentimiento informado. En tal caso, se tomarán los cuidados necesarios para proteger los derechos de estos últimos. La información solo se entregará a los padres, tutor o persona encargada para recibir la misma;

d) Cuando se trata de niños pequeños que no pueden dar su consentimiento informado. La información solo se entregará a los padres, tutor o persona encargada para recibir la misma.

ARTÍCULO 26. Los informes psicológicos realizados a petición de instituciones u organizaciones en general estarán sometidos al mismo deber y derecho general de confidencialidad antes establecido, quedando tanto el profesional como la correspondiente instancia solicitante obligados a no darles difusión fuera del estricto marco para el que fueron recabados.

ARTÍCULO 27. Las enumeraciones o listas de sujetos evaluados en los que deban constar los diagnósticos o datos de la evaluación y que se le requieran al psicólogo por otras instancias, a efectos de planificación, obtención de recursos u otros, deberán realizarse omitiendo el nombre y datos de identificación del sujeto, cuando no sean estrictamente necesarios.

ARTÍCULO 28. De la información profesionalmente adquirida no debe nunca el profesional servirse ni en beneficio propio o de terceros, ni en perjuicio del interesado.

ARTÍCULO 29. La exposición oral, impresa, audiovisual u otra, de casos clínicos o ilustrativos con fines didácticos o de comunicación

o divulgación científica, debe hacerse de modo que no sea posible la identificación de la persona, grupo o institución de que se trata, o en el caso de que el medio utilizado conlleve la posibilidad de identificación del sujeto, será necesario su consentimiento previo y explícito.

ARTÍCULO 30. Los registros de datos psicológicos, entrevistas y resultados de pruebas en medios escritos, electromagnéticos o de cualquier otro medio de almacenamiento digital o electrónico, si son conservados durante cierto tiempo, lo serán bajo la responsabilidad personal del psicólogo en condiciones de seguridad y secreto que impidan que personas ajenas puedan tener acceso a ellos.

ARTÍCULO 31. Para la presencia, manifiesta o reservada de terceras personas, innecesarias para el acto profesional, tales como alumnos en prácticas o profesionales en formación, se requiere el previo consentimiento del usuario.

ARTÍCULO 32. El fallecimiento del usuario, o su desaparición no libera al psicólogo de las obligaciones del secreto profesional.

i) En la ley 1240 de 2008, se reglamenta la terapia respiratoria.

En esta disposición legal en el parágrafo del artículo 13 se consagra el secreto profesional.

"ARTÍCULO 13. El profesional de Terapia Respiratoria no hará a los usuarios o familiares pronósticos de las intervenciones y tratamientos prescritos por otros profesionales.

PARÁGRAFO. Entiéndase por secreto o sigilo profesional la reserva que debe guardar el terapeuta respiratorio para garantizar el derecho de la intimidad del sujeto.

j) Por medio de la ley 212 de 1995, se reglamenta la profesión de químico farmacéutico, que en el artículo 6.c, consagra la confidencialidad de la actividad del químico farmacéutico "cuando el interés de la comunidad, ***del paciente o la ley así lo exijan***. La norma citada en el aspecto que nos interesa determina:

"ARTÍCULO 6o. ***DEBERES Y OBLIGACIONES DEL QUÍMICO FARMACÉUTICO***. El Químico Farmacéutico en su ejercicio profesional deberá observar los siguientes principios:
(…..)

c) ***Respetar el carácter confidencial y personal propio de su actividad profesional cuando el interés de la comunidad, del paciente o la ley así lo exijan.***

k) Por medio de la ley 711 de 2001, se reglamenta la ocupación de la cosmetología, que en su artículo 6.j, impone guardar respeto, sigilo y lealtad con sus usuarios

"ARTÍCULO 6o. ***PRINCIPIOS***. El ejercicio de la cosmetología se rige por criterios humanísticos, de salud e imagen personal, razón por la cual deberá desarrollarse en centros destinados para ese fin o complementarios. El cosmetólogo observará los siguientes preceptos:
(….)
j) Guardará y observará compostura, respeto, sigilo y lealtad con sus usuarios, compañeros, jefes o dependientes;
(…).

l) Por medio de la Ley 376 de 1997, se reglamenta la profesión de fonoaudiología, que no contempla ninguna norma que consagre el deber de guardar el secreto sanitario.

m) Por medio de las Leyes 6ª de 1982 y 784 de 2002, se reglamenta Instrumentación Quirúrgica Profesional, que tampoco contempla ninguna norma que imponga a sus practicantes el secreto sanitario en relación con los hechos conocidos en el ejercicio profesional.

A pesar de que en relación con el ejercicio de la fonoaudiología y de la instrumentación quirúrgica profesional, no se contempla de manera expresa el mantenimiento del secreto profesional, por aplicación del principio constitucional establecido en el artículo 74 de la Carta, se ha de concluir que de todas maneras lo deben guardar, porque son aspectos privados de sus pacientes que conocen única y exclusivamente como consecuencia de su actividad profesional, y por tanto deben considerarse como parte del mandato constitucional sobre la inviolabilidad del secreto profesional.

Analizadas someramente la reglamentación legal de una docena de profesiones sanitarias, hemos de concluir en el acierto de nuestra afirmación inicial, que en realidad no es acertado hablar del "secreto médico", porque la realidad del universo de la salud y la vida, ha multiplicado las profesiones que tienen un mismo objetivo, la superación del dolor, la prolongación de la vida, y el mantenimiento de la misma en las máximas posibilidades de

confort posible, por tanto más acertada y válidamente debemos hablar del "secreto sanitario".

Con la relación anterior de leyes que regulan el ejercicio de algunas de las ciencias de la salud, se demuestra porqué es un arcaísmo hablar del secreto profesional médico y que la multidisciplinariedad de las ciencias de la salud, nos impone universalizar el tema tratado y hablar del secreto de los profesionales sanitarios, debiendo incluso proyectarse este deber de sigilo profesional a los miembros de otras ciencias que colaboran en el ámbito de la salud, de guardar igualmente el secreto profesional, cuando por la colaboración que deben prestar desde su área técnica, no médica, ni de la salud, a guardar el secreto profesional de los hechos de que tengan conocimiento en relación con la salud de los pacientes, como verdaderos miembros del grupo de científicos que en un momento determinado aúnan sus esfuerzos para curar, evitar el dolor, las molestias de la enfermedad y la muerte. Se hace referencia en este último apartado al universo de ingenieros y de diversos profesionales, ajenos a las ciencias sanitarias, que han terminado colaborando en la producción de sustancias, máquinas, procedimientos, instrumentos, prótesis y otros elementos, que surgen del conocimiento de profesionales ajenos a las ciencias de la salud, pero que terminan siendo determinantes en determinados, tratamientos, cirugías, trasplantes y procedimientos sanitarios en general.

Cuando estos profesionales, ajenos a las ciencias de la salud, deben intervenir en el tratamiento de un paciente, como consecuencia de la aplicación de tales procedimientos o elementos, es obvio, que quedan sometidos al secreto sanitario, también por aplicación del principio constitucional del artículo 74.

Y la conclusión anterior es válida, porque el secreto profesional no se consagra respecto de algunas profesiones, se consagra respecto de todas, por ejemplo en el caso de los químicos farmacéuticos que nada tengan que ver con el tratamiento de pacientes, pero sí en la investigación y producción de fármacos, quedan incluidos en la preservación del secreto profesional por efectos de los secretos industriales, secretos de patentes de invención y similares.

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL SECRETO PROFESIONAL Y DERECHOS RELACIONADOS CON ESTE.

Es importante que ahora formulemos algunos comentarios sobre las previsiones constitucionales, en las normas que conforman el bloque de constitucionalidad y legales que consagran el secreto profesional, la intimidad y su inviolabilidad.

El secreto profesional es consagrado en el segundo inciso del artículo 74 de la Carta Política al disponerse:

> "**ARTICULO 74.** Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.
> ***El secreto profesional es inviolable***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Por su parte en el artículo 15 de la misma codificación se consagra la intimidad personal y familiar y el buen nombre al disponerse:

> **"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).

En el artículo 28 de la Carta se establece el derecho a la tranquilidad de las personas y la intimidad e inviolabilidad del domicilio.

> **"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.
> (…) (Lo destacado no lo es en el texto).

La consagración de la inviolabilidad del secreto profesional a nivel constitucional es un hecho destacado, dada la trascendencia que tiene este sigilo en la vida de las personas, de la Nación y del Estado. Es difícil imaginar en una organización social o estatal en la que no existiese el secreto profesional, porque del mismo depende la estabilidad y subsistencia el Estado, de las previsiones macroeconómicas y de la integridad de las relaciones económicas, societarias e industriales, y a nivel individual, el desenvolvimiento normal de todas las relaciones sociales.

Surgen si interesantes interrogantes para efectos de trazar el alcance y límites del secreto, en relación con el cuál debemos una vez más, destacar que no existen derechos absolutos, y que, partiendo de tal premisa, necesariamente debemos reconocer la existencia de excepciones al secreto profesional.

Si ni siquiera la vida es un derecho de carácter absoluto, porque bien se sabe que existen múltiples excepciones en medio de las cuales se puede matar a otro semejante, sin que surjan responsabilidades penales de ninguna naturaleza, con mayor razón debemos insistir en que el secreto profesional no es absoluto y que en tales circunstancias es importante que destaquemos algunas situaciones en las que el profesional ligado a este deber quedar eximido del mismo.

Debemos recordar que la jurisprudencia le ha reconocido valor normativo al Preámbulo Constitucional, al mismo tiempo que la trascendencia del mismo, puesto que allí se establecen los grandes objetivos buscados con la creación del Estado Colombiano: primero se debe destacar que fue una decisión del pueblo en el ejercicio de su soberanía y que con la creación de este instrumento se pretende:

> *"…fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el*

conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo….".

Si los anteriores fueron los objetivos que justificaron la existencia del Estado Colombiano, dentro de los parámetros políticos, ideológicos y normativos allí establecidos, es obvio que los derechos, todos, absolutamente todos los derechos en su desarrollo y ejercicio son relativos, de allí que en su desenvolvimiento social tengan limitaciones por la inevitable colisión que se presenta con el ejercicio de otros derechos, de la misma manera que se debe destacar que dentro del ejercicio que se hace de todos los derechos, deben ser tenidos en cuenta los principios de necesidad[186], ponderación [187],

186 La remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella. En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración. Así, la decisión de criminalizar una conducta sólo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivos, y en razón de la imposibilidad de reprender el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pues la incursión del derecho penal en la regulación del comportamiento humano debe considerarse como el último recurso posible para enderezarlo o reprenderlo. En consecuencia, dada la falta de idoneidad del tipo penal ultraje a emblemas y símbolos patrios para proteger la existencia y seguridad del Estado, tampoco resulta necesario tipificarla penalmente para proscribirla o sancionarla, precisamente porque existen otras más idóneas para preservar este bien jurídico. Además, existen disposiciones que permiten la misma finalidad y que son de naturaleza administrativa, que no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal aun cuando la sanción impuesta sea la misma. Sentencia C 579 09. M.P. Humberto A. Sierra P.

187 Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades [16] que, en casos en los que se presenta conflicto de derechos o principios constitucionales, procede la aplicación de los métodos de ponderación, como técnicas de interpretación constitucional que buscan ejercer el control de excesos legislativos, de la arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos. De hecho, no se trata de jerarquizar normas constitucionales [17] ni de imponer reglas absolutas y generales [18], se trata de establecer criterios objetivos y verificables para evaluar si la limitación de un derecho se justifica constitucionalmente y si la restricción constituye una forma de afectación de su núcleo esencial que se encuentra prohibida en la Carta. Así, en anterior oportunidad, se dijo que con la ponderación se busca establecer "*un modelo de preferencia relativa condicionada a las circunstancias específicas de cada caso, de manera que le compete al legislador y a los operadores jurídicos, en el ámbito de sus competencias, procurar armonizar los distintos derechos y principios, y cuando ello no sea posible, es decir, cuando surjan conflictos entre ellos, entrar a definir las condiciones de prevalencia temporal del uno sobre el otro*"[19]. Sentencia C 210 97. M.P. Marco G. Monroy C.

razonabilidad [188], proporcionalidad [189] y solidaridad[190].

No sin razón la Corte Constitucional en relación con el valor normativo del Preámbulo ha sostenido:

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

188 El principio de razonabilidad, en tanto que límite a la actividad del legislador, implica la exclusión de toda decisión adoptada de manera manifiestamente absurda, injustificada o insensata, vale decir, apartándose de los designios de la recta razón. Sentencia C 205 03. M.P. Clara Inés Vargas H.

189 *En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sentencia C 022 96. M. P. Carlos Gaviria D.*

"*En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. 'Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional'*[21] Sentencia C-648 de 2001. Marco G. Monroy C.

190 El preámbulo y el artículo 95 de la Constitución Política establecen como uno de los parámetros fundamentales de nuestra sociedad la solidaridad, el cual se desenvuelve como pauta de protección de las personas que se encuentren en estado de debilidad.

"En esta medida, en el caso de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, debido a su estado de vulnerabilidad a causa del acaecimiento de un desastre, el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos. Por esta razón tanto el Estado, como la sociedad y la familia deben concurrir a la protección de este bien jurídico."(Sentencia T-1125 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Sentencia T 743 06. M.P. Nilson Pinilla P.

sus principios [191]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Las consideraciones anteriores porque casi siempre que el profesional debe reflexionar sobre su deber de guardar o preservar los secretos que le fueron confiados, debe ponderar las consecuencias que se pueden derivar de la revelación de los mismos, debiendo tener en cuenta los principios constitucionales antes enunciados para finalmente concluir en la necesidad de preservar el secreto, o por el contrario de divulgarlo para evitar daños o perjuicios mayores.

En el caso de los profesionales sanitarios, se le pueden presentar diversas y complicadas disyuntivas, casos en los cuales debemos diferenciar entre dos situaciones temporalmente diversas:

a) Cuando el hecho perjudicial o delictivo, relacionado con el secreto que recibió en el ejercicio profesional ya se produjo;

b) Cuando el hecho dañino o delictivo relacionado con el secreto profesional está en proceso de ideación o de ejecución.

En la primera hipótesis el resultado reprochable o antijurídico ya se produjo, razón por la cual la conducta a seguir por parte del profesional no ofrece mayores dificultades en la ponderación de la conducta que debe asumir.

Nos parece que, en este tipo de casos, el secreto profesional es inviolable, porque con la denuncia o delación no se obtendría ningún resultado benéfico, ni se podría evitar lo que es inevitable porque ya sucedió. En esta hipótesis el profesional sanitario estaría dentro de las excepciones legales derivadas del principio constitucional sobre la inviolabilidad del secreto profesional, es decir, el médico estaría exento del deber legal de denunciar los hechos delictivos de los que tenga conocimiento y de declarar en un proceso, si eventualmente fuera llamado a declarar en calidad de testigo.

La revelación, por el contrario, del secreto profesional, sería un aspecto negativo para toda la profesión médica, porque los pacientes comenzarían a desconfiar de sus practicantes y a reservarse determinadas informaciones por temor a que las mismas sean propagadas o denunciadas. Y a nivel personal, lo más probable es que este profesional va a poder darse cuenta de la disminución paulatina pero constante de sus pacientes, que prefieren la búsqueda de otros profesionales que les garanticen la reserva de sus secretos.

191 Sentencia C 479 92. M. P. José G. Hernández G. y Alejandro Martínez C. 13 de agosto de 1992.

Distinta es la situación que se deriva la segunda hipótesis, porque existe la posibilidad de que, como consecuencia de seguir guardando el sigilo profesional, se pueda sobrevenir un daño para terceras personas, la consumación de un hecho ilícito, o de manera general consecuencias inconvenientes, que podrían ser evitables, con el quebrantamiento del secreto profesional.

Una hipótesis factible sería la del cirujano plástico que es requerido por un delincuente, para que le transforme las características del rostro para evitar la persecución policial por los crímenes cometidos en el pasado, o que le borre las huellas digitales con el mismo propósito, o para poder consumar nuevos hechos delictivos. O la hipótesis más grave, para poder consumar un hecho delictivo que está preparando en el que la cirugía plástica hace parte del proceso ejecutivo y consumativo del delito que piensa consumar.

En esta segunda hipótesis la situación cambia radicalmente, porque de la conservación del sigilo profesional o de su desconocimiento, plantea una disyuntiva ética, de un lado preservar la incolumidad del secreto profesionalmente conocido, o develarlo para evitar la consumación un delito contra persona o personas inocentes.

Cuando se demandó una de las normas relacionadas con el secreto profesional de los abogados, de poder revelar el secreto profesional, para evitar la consumación de un hecho delictivo, el demandante entre sus propósitos de inconstitucionalidad de ese precepto, argumentó que la norma era contraria a la Carta Política, porque era una previsión muy general, puesto que no exigía la inminencia de la consumación delictiva, ni la gravedad del hecho antijurídico. Pese a tales argumentaciones la Corte Constitucional declaró la conformidad de la norma con los principios constitucionales, criterio indicador, de que los profesionales pueden revelar el secreto conocido profesionalmente, sin que su consumación sea inminente y sin que necesariamente el delito a cometer sea grave.

Esta específica hipótesis será analizada más adelante a profundidad con el análisis de la respectiva decisión, pero lo cierto es que la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C 301 de 2012 declaró la exequibilidad del literal f) del artículo 34 de la Ley 1123 de 2007 por medio de la cual se regula el ejercicio ético de la profesión de abogado, declarando la constitucionalidad de esta norma, consagratoria del secreto profesional, excepto cuando se "***tenga la necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito***". Como se puede observar la norma declarada acorde con los principios constitucionales no exige la inminencia

de la ejecución del hecho delictivo que se conoció profesionalmente, ni tampoco que sea grave, como lo pretendía el demandante, lo que nos indica es que la condición legal para poder revelar el secreto profesional es que se trate de la realización de un hecho delictivo.

En el caso utilizado como ejemplo, entran en conflicto dos derechos constitucionalmente consagrados, de un lado, la guarda del secreto profesional, y del otro la posibilidad de evitar la consumación de un delito. Al entrar en conflicto derechos constitucionales, de un lado el secreto profesional, y del otro, un bien o derecho protegido penalmente, este profesional debe tener en cuenta los principios de solidaridad y de proporcionalidad, ambos de origen constitucional, pues el primero aparece expresamente consagrado en el artículo 1º y en el numeral 2º del artículo 95 de la Carta al consagrar los deberes y obligaciones a todas las personas que vivimos en Colombia, y determinar: "Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". Por su parte el principio de proporcionalidad ha sido deducido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, partiendo del contenido de varios de los artículos de la Carta.

Ponderados los principios en conflicto, no existe la más mínima duda, que el derecho protegido por el derecho penal de una persona inocente, debe prevalecer sobre el principio de la inviolabilidad del secreto profesional, y que en esa hipótesis se concreta la aplicación del principio también constitucional de solidaridad, que le impone el deber de denunciar ante las autoridades los hechos de los que tuvo conocimiento a través del secreto profesional, para que las autoridades en la medida de lo posible, tomen las medidas indispensables para evitar la consumación de ese hecho delictivo, confesado a un profesional que lo atendió en el ejercicio de su actividad.

Distinta sería la solución de la hipótesis concreta, si el requerimiento profesional se profiere conjuntamente con amenazas de muerte en caso de acudir ante las autoridades, o aunque no se profieran estas amenazas, "el cliente" o "el paciente", dejan conocer que hacen parte de una peligrosa organización criminal. En esta última hipótesis, es claro, que además de la problemática del secreto profesional, va ínsita una tácita o velada amenaza, que en mi criterio personal, llevaría a ese profesional a una posición válida para proteger su vida y la de su familia de no acudir ante las autoridades, caso en el cual ya no estaría de por medio el secreto profesional propiamente dicho, sino la preservación de la vida personal y la de los suyos.

Es importante destacar otra hipótesis, en la que no estaría de por medio el secreto profesional, sino que sería un verdadero caso de coparticipación criminal del profesional que atiende con cobro de honorarios profesionales a una organización mafiosa, como lo describe magistralmente Mario Puzo en su obra "El Padrino", donde el abogado se convierte en un consejero a sueldo de la organización mafiosa, precisamente para garantizar el éxito de la acción criminal y para evitar la acción de la justicia. En igual situación se encontraría el médico que presta servicios profesionales a una organización delictiva para atender o para curar a los heridos y lesionados en los encuentros que la banda mafiosa tenga en enfrentamientos con la autoridad. Sería un claro caso de concurso delictivo o de coparticipación criminal de este profesional.

De todas maneras, en todos los casos de conflicto de derechos, como el planteado hipotéticamente, deben ser tenidos en cuenta los principios antes mencionados, de necesidad, ponderación, razonabilidad, proporcionalidad y solidaridad.

Como los anteriores principios casi siempre han sido definidos por la Corte Constitucional y no por el legislador, en relación y respecto de su contenido, límites y alcances de los mismos, es necesario aclarar, que al citar algunas de las jurisprudencias en las que esa Corporación ha definido dichos principios, es además necesario conceptualizar los mismos, desde la perspectiva del ser humano que se encuentra en esas dramáticas circunstancias, de tiempo, modo, lugar y condición, porque no basta con tener que ponderar dos derechos igualmente de rango constitucional, sino que es necesario comprender la tragedia de quien se encuentra ante esa crucial decisión; y desde esta perspectiva, el principio de necesidad tendría que ser analizado, si desde la perspectiva del profesional que recibió el secreto, tiene justificación o necesidad para revelarlo, si es indispensable hacerlo, debe ponderar los derechos constitucionales que colisionan y determinar la mayor preeminencia del uno sobre el otro, debe analizar la proporcionalidad de las consecuencias de revelar el secreto o no hacerlo y por sobre sin dejar de tener en cuenta el principio de solidaridad, entendido como el deber de auxiliar al que se encuentra en peligro, o en una difícil situación para su vida o su salud.

LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL SECRETO PROFESIONAL.

En el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968, de manera específica no se tutela el secreto profesional, pero si el derecho a la intimidad al determinarse: al a

> "ARTÍCULO 17.1.- ***Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación***. 2.- ***Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Igual sucede en la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 al disponerse:

> "ARTÍCULO 11. ***PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD***. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> 2. ***Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación***. (Lo destacado no lo es en el texto).
>
> 3. ***Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques***. (Lo destacado no lo es en el texto)

Es claro que al tutelarse el derecho a la intimidad en las dos codificaciones sobre derechos humanos que nos obligan, de manera indirecta se está consagrando el secreto profesional, porque todo lo conocido por un profesional en el ejercicio de una actividad profesional de carácter liberal es un secreto profesional.

Decíamos al inicio de estas reflexiones, que el secreto profesional estaba íntimamente unido con el derecho a la intimidad personal y familiar, al igual que el derecho al buen nombre y a la honra, igualmente protegidos constitucionalmente. Lo anterior porque los secretos hacen parte de esa intimidad, y así los preceptos internacionales de derechos humanos no consagren de manera expresa el secreto profesional, ha de entenderse que le dan una protección indirecta a través de la consagración del derecho a la intimidad.

EL SECRETO MÉDICO TUTELADO EN LAS ASAMBLEAS MÉDICAS INTERNACIONALES.

En la Segunda Asamblea Médica Mundial celebrada en Ginebra, Suiza en septiembre de 1948, se aprobó la conocida como Declaración de Ginebra, que es en realidad el juramento que deben prestar los médicos cuando son recibidos como miembros de la profesión médica, que sería posteriormente ratificada en las Asambleas de Sydney en agosto de 1986, en la 35ª Asamblea de Venecia en octubre de 1983, y en 46ª Asamblea de

Estocolmo en 1994, en el que los juramentados se comprometen entre otras obligaciones a: "Guardar y respetar los secretos confiados a mi, incluso después del fallecimiento del paciente".

La mencionada *DECLARACIÓN DE GINEBRA* es la siguiente:

> Adoptada por la 2ª Asamblea General de la AMM, Ginebra, Suiza, septiembre 1948 y enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sydney, Australia, agosto 1986 y la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983 y la 46ª Asamblea General de la AMM, Estocolmo, Suecia, septiembre 1994
>
> **En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica**
>
> Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad,
>
> Otorgar a mis maestros el respeto y gratitud que merecen,
>
> Ejercer mi profesión a conciencia y dignamente,
>
> Velar ante todo por la salud de mi paciente,
>
> ***Guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente,***
>
> Mantener incólume, por todos los medios a mi alcance,
>
> el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica,
>
> Considerar como hermanos y hermanas a mis colegas,
>
> No permitiré que consideraciones de afiliación política, clase social, credo, edad, enfermedad o incapacidad, nacionalidad, origen étnico, raza, sexo o tendencia sexual se interpongan entre mis deberes y mi paciente,
>
> Velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, incluso bajo amenaza, y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas,
>
> Hago estas promesas solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.

El sigilo profesional después de la muerte del paciente tiene que ver fundamentalmente con el respeto a la intimidad familiar, que tienen todas las razones para que se respete el secreto profesional después de la

muerte, sobre todo, cuando se fallece como consecuencia de determinadas patologías que de manera general tienen rechazo social.

LA NATURALEZA DE LA CONDUCTA VIOLATORIA DEL SIGILO PROFESIONAL, Y LOS DELITOS DE REVELACIÓN INDEBIDA DE SECRETOS DE ESTADO, INDUSTRIALES O COMERCIALES.

La revelación indebida del secreto profesional no constituye delito, razón por la cual se convierte en una falta disciplinaria en las respectivas leyes reglamentarias de las diversas profesiones liberales que han sido reguladas por el legislador.

Pese a lo anterior si se consagran una pluralidad de conductas en las que se tipifica el delito de revelación de secretos, teniendo casi siempre como sujeto activo del delito a los servidores públicos. Así se dispone en el C. P.:

> "ARTICULO 308. ***VIOLACION DE RESERVA INDUSTRIAL O COMERCIAL***. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis puntos sesenta y seis (26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.
>
> La pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres puntos treinta y tres (133.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.
>
> "ARTICULO 418. ***REVELACION DE SECRETO***. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

"ARTICULO 419. ***UTILIZACION DE ASUNTO SOMETIDO A SECRETO O RESERVA***. El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.

"ARTICULO 420. ***UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACION OFICIAL PRIVILEGIADA***. El servidor público que, como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

"ARTICULO 463. ***ESPIONAJE***. El que indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político, económico o militar relacionado con la seguridad del Estado, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN Y LOS DOCUMENTOS RESERVADOS.

En el Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en relación con el ejercicio del derecho constitucional de Petición, se regula lo relacionado con la solicitud de información y de documentos reservados al determinarse:

"ARTÍCULO 24. ***INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS.*** Artículo sustituido por el artículo 1º314 de la Ley 1755 de 2015. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.

3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266315 de 2008.

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

7. Los amparados por el secreto profesional.

8. Los datos genéticos humanos.

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.

Este artículo fue declarado ***EXEQUIBLE*** por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C 951 de 2014, siendo ponente la H.M. Martha Victoria Sáchica Méndez, al efectuar la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria Nro. 65 de 2012 Senado, Nro. 227 2013 Cámara

En la misma codificación se precisó que las excepciones a la reserva de ciertas informaciones y de determinados documentos no es oponible a las peticiones formuladas por las autoridades judiciales, legislativas, ni a las administrativas, que siendo competentes las soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. En tal sentido se precisó:

"ARTÍCULO 27. ***INAPLICABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES***. Artículo sustituido por el artículo 1º 389 de la Ley 1755 de 2015. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.

Este artículo fue declarado ***EXEQUIBLE*** por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C 951 de 2014, siendo ponente la H.M. Martha Victoria Sáchica Méndez, al efectuar la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria Nro. 65 de 2012 Senado, Nro. 227 2013 Cámara.

EL SECRETO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

En el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, se regula por varias normas lo relacionado con el secreto profesional al disponerse:

" ARTÍCULO 68. ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR***. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

”ARTÍCULO 125. ***DEBERES Y ATRIBUCIONES ESPECIALES***. <Artículo modificado por el artículo 471001 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, ***a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él***.
(….)

9. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor ~~certificado por la Fiscalía General de la Nación~~, que la información será utilizada para efectos judiciales.

El apartado subraya do fue declarado condicionalmente exequible por medio de la Sentencia C 186 08 y la parte tachada fue declarada inexequible por la Sentencia C 536 de 2008.

10. ***Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

“ARTÍCULO 138. ***DEBERES***. Son deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes:
(…)
2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.
(…..)
4***. Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo.***
(….)
7. Los demás establecidos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en el Código Disciplinario Único que resulten aplicables. (Lo destacado no lo es en el texto).

“ARTÍCULO 143. ***PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES***. El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales:
(….)

2. A quien viole una reserva legalmente establecida lo sancionará con multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso el funcionario que conozca de la actuación será el competente para imponer la correspondiente sanción.

(…..)
8. Al establecimiento de salud que reciba o dé entrada a persona lesionada sin dar aviso inmediato a la autoridad respectiva, lo sancionará con multa de diez (10) hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
(….) (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 149. ***PRINCIPIO DE PUBLICIDAD***. Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.

Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte.

No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 331111 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> ***En las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual y de violencia sexual, el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público. La negación de esta solicitud se hará mediante providencia motivada. Cuando cualquiera de los intervinientes en el proceso lo solicite, la autoridad competente podrá determinar la reserva de identidad respecto de sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier***

otra persona que esté bajo su guarda o custodia. (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 150. ***RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD NACIONAL O MORAL PÚBLICA***. Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

1. Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.

2. Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

"ARTÍCULO 151***. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE SEGURIDAD O RESPETO A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD***. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

"ARTÍCULO 152. ***RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE INTERÉS DE LA JUSTICIA***. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

"ARTÍCULO 152A. ***PROTECCIÓN DE LA IMAGEN DE LOS TESTIGOS.*** <Artículo adicionado por el artículo 671121 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> ***En aras de garantizar la vida e integridad personal de los testigos, el juez o tribunal podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 155. ***PUBLICIDAD***. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de a agresiones sexuales. Igualmente, aquella en la que decrete una medida cautelar. (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 212A. ***PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN***. <Artículo adicionado por el artículo 661486 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> ***Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código de Procedimiento Penal, si en la etapa de indagación e investigación la Fiscalía estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de su cónyuge, compañero permanente, o de sus parientes hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, dispondrá las medidas especiales de protección que resulten adecuadas para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento:***

a) ***Que no conste en los registros de las diligencias su profesión u oficio, domicilio o lugar de trabajo los de sus parientes, cónyuge o compañero permanente***;

b) ***Que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la Fiscalía, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario***. (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 221. ***RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS***. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. ***Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías.*** (….) (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 235. ***INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES***. <Artículo modificado por el artículo 521572 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito***. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.***

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.
(….) (Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTÍCULO 342. ***MEDIDAS DE PROTECCIÓN***. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible>Una vez formulada la acusación el juez podrá, a solicitud de la Fiscalía, cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas o testigos, ordenar:

1. Que se fije como domicilio para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía, quien las hará llegar reservadamente al destinatario.
(….) (Lo destacado no lo es en el texto).

”ARTÍCULO 345. ***RESTRICCIONES AL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA***. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
(…..) (Lo destacado no lo es en el texto).

“ARTÍCULO 383. ***OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO***. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, ***salvo las excepciones constitucionales y legales.***
(…..) (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

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

a) Abogado con su cliente;

b) Médico con paciente;

c) Psiquiatra, psicólogo o terapista con el paciente;

d) Trabajador social con el entrevistado;

e) Clérigo con el feligrés;

f) Contador público con el cliente;

g) Periodista con su fuente;

h) Investigador con el informante.

”ARTÍCULO 424. ***PRUEBA DOCUMENTAL***. Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes:

1. ***Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos***.

2. ***Las grabaciones magnetofónicas.***

3. ***Discos de todas las especies que contengan grabaciones.***

4. ***Grabaciones fonópticas o vídeos.***

5. ***Películas*** cinematográficas.

6. *Grabaciones computacionales.*

7. ***Mensajes de datos.***

8. ***El télex, telefax y similares***.

9. ***Fotografías.***

10. ***Radiografías.***

11. ***Ecografías.***

12. ***Tomografías.***

13. ***Electroencefalogramas.***

14. ***Electrocardiogramas.***

15. ***Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

Es importante destacar en relación con esta última norma, que a pesar de que el artículo no lo establezca, todos los documentos, discos, grabaciones, o cualquiera de los documentos allí enumerados, que se hayan tomado a un paciente y que hagan parte de la correspondiente historia clínica, tienen la reserva que legalmente se ha consagrado en relación con este documento, que siendo un documento privado ese esencialmente reservado, pues allí consta por escrito o por diversas formas de grabación todo lo relacionado con los secretos sanitarios. Me parece que esta norma debe ser concordada e interpretada con las previsiones del artículo 12 de la Ley 2015 del 2020, que reglamenta la historia clínica electrónica [192].

192 " ARTÍCULO 12. ***PROHIBICIÓN DE DIVULGAR DATOS***. Está prohibida la divulgación de los datos de cualquier persona consignados en la Historia Clínica Electrónica por parte de quien hubiere tenido acceso a esta información, teniendo en cuenta la normatividad vigente.
PARÁGRAFO 1o. Para los profesionales de la salud y los servidores públicos, la divulgación de la información de que trata el presente artículo constituirá falta gravísima de acuerdo con la Ley 19524 de 2019 y la Ley 235 de 1981, o normas que la modifiquen, complementen o sustituyan.
PARÁGRAFO 2o. Las EPS y las IPS responsables del manejo de la información no podrán divulgar los datos

”ARTÍCULO 12. ***PROHIBICIÓN DE DIVULGAR DATOS***. Está prohibida la divulgación de los datos de cualquier persona consignados en la Historia Clínica Electrónica por parte de quien hubiere tenido acceso a esta información, teniendo en cuenta la normatividad vigente.

PARÁGRAFO 1o. Para los profesionales de la salud y los servidores públicos, la divulgación de la información de que trata el presente artículo constituirá falta gravísima de acuerdo con la Ley 19524 de 2019 y la Ley 235 de 1981, o normas que la modifiquen, complementen o sustituyan.

PARÁGRAFO 2o. Las EPS y las IPS responsables del manejo de la información no podrán divulgar los datos por ellos administrados sin autorización expresa de la persona.

La Ley de Talento Humano en Salud, Ley 1164 de 2007, consagra en varias de sus normas el secreto profesional al disponerse:

”ARTÍCULO 27. ***DESEMPEÑO DE LA MISIÓN MÉDICA***. El Ministerio de la Protección Social, las Entidades Territoriales y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud propenderán porque el personal de salud conozca y actué en consistencia con las normas del Derecho Internacional Humanitario a la cuales se ha suscrito el país, en particular lo que respecta a la protección y asistencia de los heridos; enfermos y náufragos; protección del personal sanitario, protección general de la misión médica y protección de las unidades y medios de transporte sanitario.

PARÁGRAFO. ***No se sancionará al personal de salud por haber ejercido una actividad de salud conforme con la deontología, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad y la persona que ejerza una actividad de salud no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información protegida por el secreto profesional sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido. Se tendrá en cuenta para estos efectos los convenios internacionales***. (Lo destacado no lo es en el texto).

”ARTÍCULO 36. ***DE LOS VALORES***. El ejercicio de la profesión u ocupación se realizará teniendo en cuenta los siguientes valores:

por ellos administrados sin autorización expresa de la persona.

humanidad, dignidad, responsabilidad, prudencia y secreto, aplicándolos a sí mismo, a las otras personas, la comunidad, la profesión u ocupación, y las instituciones.
(….)
El secreto: Se debe mantener la confidencialidad, confiabilidad y credibilidad en el cumplimiento de los compromisos.

La ley Estatutaria de la Salud, 1751 de 2015, establece los derechos y deberes de las personas vinculadas con la prestación del servicio de salud al disponerse:

"ARTÍCULO 10. ***DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD***. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:
(……)
g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;
(….)
k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad, de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine;
(….) (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Ley 2015 del 2020, reglamentaria de la Historia Clínica Electrónica, se consagran las medidas que se deben tener para su guarda y custodia al mismo tiempo que el secreto de la misma al establecerse:

"ARTÍCULO 5o. ***GUARDA Y CUSTODIA***. ***Todos los prestadores de servicios de salud, públicos o privados seguirán teniendo la responsabilidad de la guarda y custodia de las historias clínicas de las personas en sus propios sistemas tecnológicos de acuerdo con las leyes vigentes sobre la materia***. ***En todo caso, también serán responsables de la guarda y custodia los demás actores de salud involucrados en el marco de interoperabilidad de la historia clínica electrónica.***

PARÁGRAFO. ***El Ministerio de Salud y de la Protección Social, reglamentará el acceso a la información por parte del personal distinto al equipo de salud, en el marco de interoperabilidad de la historia clínica electrónica, lo cual deberá garantizar la privacidad y reserva de la historia clínica***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es importante destacar la previsión de la última parte del primer inciso, donde se responsabiliza de la guarda y custodia de la historia clínica electrónica a: "…los demás actores de salud involucrados en el marco de interoperabilidad de la historia clínica electrónica", porque si en la primera parte se ha consagrado esa responsabilidad respecto de todos los prestadores de servicios de salud, aquí el deber de guarda y custodia se hace extensivo a los no prestadores de salud, es decir, ingenieros electrónicos y en general todo el personal técnico encargado del manejo y mantenimiento de los servidores, computadores, redes y equipos electrónicos en general.

"ARTÍCULO 6o. ***TITULARIDAD***. Cada persona será titular de su Historia Clínica Electrónica, a la cual tendrán acceso, además del titular, los sujetos obligados en el artículo 3o1 de la presente ley, con el previo y expreso consentimiento de la persona o paciente de acuerdo con la normatividad vigente.

"ARTÍCULO 7o. ***AUTORIZACIÓN A TERCEROS***. Solo la persona titular de la Historia Clínica Electrónica podrá autorizar el uso por terceros de la información total o parcial en ella contenida de acuerdo con la normatividad vigente, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización.

"ARTÍCULO 12. ***PROHIBICIÓN DE DIVULGAR DATOS***. Está prohibida la divulgación de los datos de cualquier persona consignados en la Historia Clínica Electrónica por parte de quien hubiere tenido acceso a esta información, teniendo en cuenta la normatividad vigente.

PARÁGRAFO 1o. Para los profesionales de la salud y los servidores públicos, la divulgación de la información de que trata el presente artículo constituirá falta gravísima de acuerdo con la Ley 19524 de 2019 y la Ley 235 de 1981, o normas que la modifiquen, complementen o sustituyan.

PARÁGRAFO 2o. Las EPS y las IPS responsables del manejo de la información no podrán divulgar los datos por ellos administrados sin autorización expresa de la persona.

”ARTÍCULO 13. ***SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y SEGURIDAD DIGITAL***. Los actores que traten información en el marco del presente título deberán establecer un plan de seguridad y privacidad de la información, seguridad digital y continuidad de la prestación del servicio, para lo cual establecerán una estrategia a través de la cual deberán realizar periódicamente una evaluación del riesgo de seguridad digital, que incluya una identificación de las mejoras a implementar en su Sistema de Administración del Riesgo Operativo.

Para lo anterior, deberán contar con normas, políticas, procedimientos, recursos técnicos, administrativos y humanos necesarios para gestionar efectivamente el riesgo mediante la adopción de los lineamientos para la administración de la seguridad de la información y la seguridad digital que emita el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o quien haga sus veces. Lo anterior, incluyendo lo señalado por la Ley 15816 de 2012 de Hábeas Data y Ley 5277 de 1999 de Comercio Electrónico, o las normas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

La norma anterior es dirigida no al equipo de salud, que actúa en el registro de la historia clínica electrónica, sino al equipo especializado en medios digitales, para garantizar la seguridad de la información contenida en esos equipos.

En la Ley 9 de 1979, Código Sanitario Nacional, igualmente se consagra el secreto sanitario al disponerse:

“**ARTICULO 481.** La información epidemiológica es de carácter confidencial y se deberá utilizar únicamente con fines sanitarios. El secreto profesional no podrá considerarse como impedimento para suministrar dicha información.

En el Decreto 780 de 2016, reglamentario del Sector Salud y Protección Social, igualmente se consagra el secreto sanitario al disponerse:

“ARTÍCULO 2.7.2.2.1.1.22. ***RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR EL ACCESO DE SUS AUXILIARES***. El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional, pero no será responsable por la revelación que ellos hagan.

”ARTÍCULO 2.7.2.2.2.18. ***RESPONSABILIDAD DE ODONTÓLOGO***. El odontólogo velará e instruirá a sus auxiliares sobre la reserva del secreto profesional, y no será responsable, por la revelación voluntaria que ellos hagan.

" ARTÍCULO 2.7.2.2.2.20. ***HISTORIA CLÍNICA COMO MATERIAL DE CONSULTA.*** Las historias clínicas pueden utilizarse como material de consulta y apoyo a los trabajos odontológicos, con sujeción a los principios del secreto profesional, de la propiedad intelectual y de conformidad con la Ley 15815943 de 2012.

Información epidemiológica, todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas del sector salud, estarán obligadas a notificar los casos de infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y defunción a causa de esta enfermedad, así como de otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), a las Direcciones Territoriales de Salud, so pena de ser sancionadas de conformidad con las normas pertinentes y sin perjuicio de que puedan llegar a incurrir en el delito de violación de medidas sanitarias consagradas en el Código Penal. El secreto profesional no podrá ser invocado como impedimento para suministrar dicha información.

PARÁGRAFO 1o. La información sobre el nombre de personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), gozará del amparo de reserva, deberá hacerse con sujeción a las disposiciones contempladas en el presente Título y a las normas sobre vigilancia y control epidemiológico que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

PARÁGRAFO 2o. Para garantizar el derecho a la intimidad, la información epidemiológica es de carácter confidencial y se utilizará solo con fines sanitarios.

"ARTÍCULO 2.8.1.5.5. ***REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL***. ***Por razones de carácter sanitario, el médico tratante, teniendo en cuenta los consejos que dicta la prudencia, podrá hacer la revelación del secreto profesional a:***

a) La persona infectada en aquello que estrictamente le concierne y convenga;

b) Los familiares de la persona infectada si la revelación es útil al tratamiento;

c) Los responsables de la persona infectada cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;

d) Los interesados por considerar que se encuentran en peligro de infección, al cónyuge, compañero permanente, pareja sexual o a su descendencia;

e) Las autoridades judiciales o de salud competentes en los casos previstos por la ley.

PARÁGRAFO 1o. El médico tratante podrá delegar en la persona encargada de la consejería al interior del equipo de salud, la revelación del secreto profesional, la responsabilidad será solidaria.

PARÁGRAFO 2o. En los casos contemplados en los literales, a), b), c), y d), del presente artículo, el secreto profesional se revelará a la persona interesada previa consejería. (Lo destacado no lo es en el texto)

"ARTÍCULO 2.8.5.2.5. ***CARÁCTER DE LA INFORMACIÓN EN ZOONOSIS. La información epidemiológica en zoonosis es de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada con propósitos sanitarios. El secreto profesional no podrá considerarse como impedimento para suministrar dicha información***. (Lo destacado no lo es en el texto)

"ARTÍCULO 2.8.8.1.2.4. ***ACCESO OBLIGATORIO A LA INFORMACIÓN***. ***Quien disponga de información relacionada con la ocurrencia de un evento de interés en salud pública, está obligado a permitir su acceso a la autoridad sanitaria y, en ningún caso, podrá considerarse el secreto profesional como un impedimento para suministrarla***. (Lo destacado no lo es en el texto)

"ARTÍCULO 2.7.2.2.1.1.25. ***HISTORIA CLÍNICA COMO MATERIAL DE CONSULTA***. ***Las historias clínicas pueden utilizarse como material de consulta y apoyo a los trabajos médicos, con***

sujeción a los principios del secreto profesional, de la propiedad intelectual y de conformidad con la ley y de conformidad con la Ley 1581<u></u>5870 de 2012. (Lo destacado no lo es en el texto)

”ARTÍCULO 2.8.1.1.2. ***DEFINICIONES TÉCNICAS***. Para los efectos del presente Título adóptense las siguientes definiciones:
(…..)
Confidencialidad: ***Reserva que deben mantener todas y cada una de las personas integrantes del equipo de salud frente a la comunidad, respecto a la información del estado de salud y a la condición misma de una persona, con el fin de garantizarle su derecho fundamental a la intimidad.***
(….)

Intimidad: Condición de la persona que le permite conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, para así lograr el libre y armónico desarrollo de su personalidad. ***Comprende tanto el respeto a la intimidad personal y familiar, como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados, al permitir que la persona controle la información sobre sí misma.***
(…..) (Lo destacado no lo es en el texto)

“ARTÍCULO 2.8.1.5.4. ***HISTORIA CLÍNICA***. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud de la persona***, como tal es un documento privado sometido a reserva, por lo tanto, únicamente puede ser conocido por terceros, previa autorización de su titular o en los casos previstos por la ley***

La historia pertenece a la persona y la institución cumple un deber de custodia y cuidado. (Lo destacado no lo es en el texto)

Por su parte el Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, consagra igualmente excepciones frente al secreto disciplinario al disponer:

“ARTÍCULO 88. ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE FORMULAR QUEJAS.*** El servidor público no está obligado a formular queja contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero

permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ***ni por hechos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente el secreto profesional***. (Lo destacado no lo es en el texto)

"ARTÍCULO 167. ***EXCEPCIONES POR OFICIO O PROFESIÓN.*** No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio:

1. Los ministros de cualquier culto admitido legalmente.

2. Los abogados.

3. Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto.

"ARTÍCULO 192. ***INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS.*** Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.

2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

3. Los amparados por el secreto profesional.

4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en la historia clínica, hojas de vida, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.

5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

PARÁGRAFO. Los documentos reservados deberán incorporarse al expediente en cuaderno separado y conservarán su condición de

forma permanente. Los sujetos procesales podrán consultarlos pero no se expedirán copias. (Lo destacado no lo es en el texto)

Igualmente, el Código de Justicia Penal Militar, Ley 1407 de 2020:

> **"ARTÍCULO 130.** ***REVELACIÓN DE SECRETOS.*** El miembro de la Fuerza Pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años.
> Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.
>
> **"ARTÍCULO 131.** ***REVELACIÓN CULPOSA.*** Si las conductas a que se refiere el artículo anterior se cometieren por culpa, la pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión.
>
> **"ARTÍCULO 245.** ***EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR.*** Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.
>
> **"ARTÍCULO 488.** ***RESTRICCIONES AL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA.*** Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:
>
> 1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
>
> 2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
>
> 3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía Penal Militar o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.
>
> 4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
>
> 5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

> **PARÁGRAFO.** En los casos contemplados en los numerales 4 y 5 del presente artículo, se procederá como se indica en el inciso 2o artículo 524 relativo a la obligación de rendir testimonio, pero a las partes se les impondrá reserva sobre lo escuchado y discutido.

El Código de Ética del Abogado, Ley 1123 de 2007, tiene previstas varias normas relacionadas con el secreto profesional.

> "**ARTÍCULO 28.** ***DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO.*** Son deberes del abogado:
> (….)
> 9. ***Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.***
> (…..)
> 21. Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada.
>
> **"ARTÍCULO 34.** Constituyen faltas de lealtad con el cliente:
> (….)
> f) <Literal subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito;[193]

En la Ley 23 de 1981, reglamentaria del ejercicio profesional de los médicos, se consagra el secreto o sigilo profesional desde distintas perspectivas como se demuestra a continuación:

> ***"ARTÍCULO 2o.*** Para los efectos de la presente ley, adóptense 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.
> (…..)

193 Sentencia C 301 12

> Guardar y respetar los secretos a mí confiados;
> (…..)
> Solemne y espontáneamente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.
>
> **Artículo 23.** ***El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de ésta***. (Lo destacado no lo es en el texto)
>
> **Artículo 24.** ***El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional, pero no será responsable por la revelación que ellos hagan***.

Este artículo ***NO*** debe entenderse modificado por la previsión en el Parágrafo 1º, del artículo 2.8.1.5.5. del Decreto 780 de 2016, Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, que reforma parcialmente la Ley 23 de 1981 en cuanto establece:

> "ARTÍCULO 2.8.1.5.5. ***REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL***. Por razones de carácter sanitario, el médico tratante, teniendo en cuenta los consejos que dicta la prudencia, podrá hacer la revelación del secreto profesional a:
>
> a) La persona infectada en aquello que estrictamente le concierne y convenga;
>
> b) Los familiares de la persona infectada si la revelación es útil al tratamiento;
>
> c) Los responsables de la persona infectada cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
>
> d) Los interesados por considerar que se encuentran en peligro de infección, al cónyuge, compañero permanente, pareja sexual o a su descendencia;
>
> e) Las autoridades judiciales o de salud competentes en los casos previstos por la ley.

PARÁGRAFO 1o. El médico tratante podrá delegar en la persona encargada de la consejería al interior del equipo de salud la revelación del secreto profesional, ***la responsabilidad será solidaria***.

PARÁGRAFO 2o. En los casos contemplados en los literales, a), b), c), y d), del presente artículo, el secreto profesional se revelará a la persona interesada previa consejería. (Lo destacado no lo es en el texto).

Mientras en el artículo 24 de la ley 23 se establece que: "***El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional, pero no será responsable por la revelación que ellos hagan***.", en el decreto Reglamentario, en el Parágrafo 1º, del artículo 2.8.1.5.5. se consagra una responsabilidad solidaria para el médico en cuanto a que se establece: "El médico tratante podrá delegar en la persona encargada de la consejería al interior del equipo de salud la revelación del secreto profesional, ***la responsabilidad será solidaria***.".

Son normas totalmente contradictorias, porque mientras en la Ley 23 no se establece responsabilidad para el médico, cuando uno de sus colaboradores revela el secreto sanitario, en este último decreto reglamentario establece una responsabilidad solidaria para el médico, es decir, una responsabilidad conjunta para el médico y para el auxiliar que revela el secreto sanitario.

Además de ser una norma absolutamente injusta y contraria a la realidad, porque nadie puede ser responsable por lo que realizan terceras personas es una norma claramente contraria a la Constitución por las razones que a continuación reseñaremos de la manera más simple y sencilla posible.

1) El poder del Estado está dividido en tres ramas, legislativa, ejecutiva y judicial, para evitar la concentración del poder, el abuso del mismo, y la dictadura, que caracterizó a la Europa de los Luises;

2) Dentro de tal concepción tripartita del Estado, el único que tiene capacidad legislativa es el Congreso de la República;

3) El ejecutivo tiene poderes legislativos de manera excepcional en los siguientes casos:

a) En el uso de facultades extraordinarias, de conformidad con las previsiones del artículo 150.10 de la Carta Política, caso en el cual solo podrá dictar Decretos Leyes por el tiempo que determine el Congreso, que en ningún caso podrá exceder los seis meses y solo podrán tratarse los temas para las cuales las solicitó, y para las que le fueron concedidas, y en ningún caso dichas facultades podrán ser concedidas para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, para decretar impuestos, ni para crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras. [194]

b) En ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes, de conformidad con las previsiones del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, función que se cumple por medio de decretos reglamentarios, resoluciones y órdenes indispensables para la cumplida ejecución de las leyes [195].

c) Podrá dictar decretos cuando se haya declarado el estado de guerra exterior [196], el estado de conmoción interior [197], o el estado de emergencia

194 ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
(….)
10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.
Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

195 ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:
(….)
11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

196 ARTICULO 212. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.
La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.
Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.
Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara. (Lo destacado no lo es en el texto).

197 ARTICULO 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con

económica y social [198]. Pero el contenido de estos decretos son limitados en el tiempo y en el contenido de las materias reguladas.

4) Cuando en el ejercicio de la facultad reglamentaria el Presidente de la República dicta decretos para reglamentar una ley, el contenido de los mismos es limitado, en cuanto a que solo puede tener disposiciones orientadas a la "cumplida ejecución de las leyes".

5) Con tales limitaciones a través de un decreto reglamentario el Presidente de la República no puede reformar las leyes, no las puede adicionar, no las puede derogar, ni modificar en ningún sentido, porque si lo hiciese estaría legislando y estaría desconociendo la conformación tripartita del Estado de Derecho Colombiano. Esa capacidad de dictar leyes, y de modificarlas, adicionarlas o derogarlas solo es competencia del Congreso de la República con la expedición de una ley que tenga por objetivo modificar, adicionar o derogar una ley anterior.

---

la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.
Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.
Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.
Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.
En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar. (Lo destacado no lo es en el texto).

198 ARTICULO 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 21221116 y 21321117 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.
Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.
Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.
El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.
El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. (Lo destacado no lo es en el texto).

6) Cuando el presidente adiciona una ley o la modifica, está excediendo la facultad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, y está invadiendo la órbita privativa del Congreso de la República.

7) Ha sido jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema de Justicia, cuando actuó como garante de la integridad de la Constitución, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que cuando se excede la potestad reglamentaria por el Presidente de la República, actúa en contravía de los preceptos de la Constitución y en tales circunstancias tales Decretos reglamentarios con inconstitucionales.

8) Si en la Ley 23 en su artículo 24, se establece la no responsabilidad del médico cuando el secreto sanitario es revelado por uno de sus colaboradores, el Decreto Reglamentario 780 de 2016, no podía modificar el contenido del artículo 24 de la ley 23, porque el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria no adquiere capacidades legislativas que solo tiene el Congreso de la República y por tanto, siendo tal artículo claramente contrario a la Carta Política, se puede inaplicar por clara inconstitucionalidad, teniendo en cuenta la primacía valorativa de la Constitución contenida en el artículo 4 de la misma [199].

Como si lo anterior no fuese suficiente, debemos recordar que en el derecho penal y disciplinario la responsabilidad es personalísima, y por tanto es imposible pensar en estos ámbitos en una responsabilidad solidaria.

Cuando en el ámbito de la responsabilidad penal se produce la participación de varias personas con el propósito de cometer un delito, estamos en presencia del fenómeno del concurso de personas en la conducta punible [200], que da lugar a la existencia de autores, coautores [201], y partícipes [202], estableciéndose

199 ARTICULO 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***.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Lo destacado no lo es en el texto).

200 ARTICULO 28. ***CONCURSO DE PERSONAS EN LA CONDUCTA PUNIBLE***. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

201 ARTICULO 29. ***AUTORES***. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.
Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.
También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.
El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

202 ARTICULO 30. ***PARTICIPES***. Son partícipes el determinador y el cómplice.

diversos niveles de responsabilidad acordes con el grado de participación que cada persona haya tenido en la consumación del hecho delictivo.

Lo anterior para demostrar la solución que da el derecho penal cuando se presenta la intervención de varias personas en la consumación de un hecho delictivo, y porqué desde esa perspectiva dogmática es imposible pensar que en estos ámbitos pudiera darse la posibilidad de una responsabilidad solidaria. En verdad, el contenido de la norma que se comenta es un verdadero *ex abrupto*. Pero a pesar de serlo, está vigente y al estar rigiendo, es perfectamente posible que alguien se le ocurra aplicarlo. El decreto reglamentario es un acto administrativo y por ser contrario a la Constitución tendría que ser demandado ante el Honorable Consejo de Estado.

> "**Artículo 30.** Las historias clínicas pueden utilizarse como material de consulta y apoyo a los trabajos médicos, con sujeción a los principios del secreto profesional y de la propiedad intelectual.
>
> **"ARTÍCULO 34.** La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. ***Es un documento privado sometido a reserva*** que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.
>
> **"ARTÍCULO 37**. Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. ***El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.***
>
> La Corte Suprema de Justicia ***SE INHIBIÓ*** de fallar sobre la constitucionalidad de este artículo. Sentencia Nro. 4 del 31 de marzo de 1982, M.P. Luis Carlos Sáchica. Salvamento de voto: Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez y Juan Hernández Sáenz. Por la misma sentencia,

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.
Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.
Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

El apartado subrayado fue declarado *EXEQUIBLE* , "(...) salvo en los casos contemplados por disposiciones legales", pero sólo en relación con las hipótesis contenidas en el artículo 38 de la misma Ley y con las salvedades que se establecen en los numerales siguientes.". por medio de Sentencia C 264 de 1996, siendo ponente el H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional:
Sentencia C 264 de 1996; Sentencia T 073ª de 1996

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

" Declarar ***EXEQUIBLE*** el primer inciso del artículo 38 de la Ley 23 de 1981." Decisión del numeral 2 de la parte resolutiva de la Sentencia C 264 de 1996, pon ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;

" Declarar ***EXEQUIBLE*** el literal a) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981". Decisión del numeral tercero de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;

"Declarar ***EXEQUIBLE*** el literal b) del artículo 38 la Ley 23 de 1981, ***"….salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello."*** Decisión del numeral cuarto de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;

"Declarar ***EXEQUIBLE*** el literal c) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 ***"….sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con***

su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad." Decisión del numeral quinto de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

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

"Declararse ***INHIBIDA*** para pronunciarse respecto de la frase "en los casos previstos por la ley" del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981. Decisión del numeral séptimo de la Sentencia C 264 de 1996, con ponencia del H. M. Eduardo Cifuentes Muñoz

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

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

ARTÍCULO 39. El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional.

En el Decreto 780 de 2016, reglamentario del Sector Salud y Protección Social, que reforma parcialmente la Ley 23, se consagran las siguientes previsiones en relación con el secreto profesional:

"ARTÍCULO 2.7.2.1.2.11. ***RESERVA DE LA INFORMACIÓN***. Quienes intervengan en el manejo de la información del Rethus garantizarán el respeto al derecho a la intimidad y al hábeas data de sus titulares, estableciendo mecanismos que eviten su difusión indebida o no autorizada y protejan aquella sometida a reserva en los casos de ley. Se prohíbe el uso de la información del Rethus con fines comerciales, de lucro o para el favorecimiento de intereses particulares.

"ARTÍCULO 2.7.2.2.1.1.25. ***HISTORIA CLÍNICA COMO MATERIAL DE CONSULTA***. Las historias clínicas pueden utilizarse como material de consulta y apoyo a los trabajos médicos, con sujeción a los principios del secreto profesional, de la propiedad intelectual y de conformidad con la ley y de conformidad con la Ley 15815870 de 2012.

"ARTÍCULO 2.8.1.5.5. ***REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL***. Por razones de carácter sanitario, el médico tratante, teniendo en cuenta los consejos que dicta la prudencia, podrá hacer la revelación del secreto profesional a:

a) La persona infectada en aquello que estrictamente le concierne y convenga;

b) Los familiares de la persona infectada si la revelación es útil al tratamiento;

c) Los responsables de la persona infectada cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;

d) Los interesados por considerar que se encuentran en peligro de infección, al cónyuge, compañero permanente, pareja sexual o a su descendencia;

e) Las autoridades judiciales o de salud competentes en los casos previstos por la ley.

PARÁGRAFO 1o. ***El médico tratante podrá delegar en la persona encargada de la consejería al interior del equipo de***

salud, la revelación del secreto profesional, la responsabilidad será solidaria. Este fue el parágrafo que se comentó un poco antes.

PARÁGRAFO 2o. En los casos contemplados en los literales, a), b), c), y d), del presente artículo, el secreto profesional se revelará a la persona interesada previa consejería.

En la sentencia C 411 de 1993 se resolvió que el secreto profesional era inviolable y por ningún motivo podía revelarse, ni siquiera para evitar la consumación de un delito; por el contrario, en la Sentencia C 301 de 2012 se sostuvo lo contrario, es decir que para evitar un delito se podría revelar el secreto profesional. Se trata de dos decisiones contradictorias dictadas por la misma Corporación, pero se encuentran separadas en el tiempo por dos décadas, y es obvio que ninguno de los magistrados que intervino en la primera decisión participó en la segunda.

Analizaremos los argumentos de las dos sentencias y expresaremos cuál nos parece acertada y cuál por el contrario es errada, manifestando desde ya, que, como todos los conceptos ideológicos, será una selección personalísima, deducida de conformidad con la formación y los valores personales de quien se dirige ante ustedes, y que en ningún momento pretendo demostrar que sea mi criterio el acertado.

La primera de las sentencias tuvo como ponente al H.M. Carlos Gaviria Díaz, tal vez uno de los más distinguidos jueces que con su brillante formación ha honrado la majestad de la justicia, distinguido por su pensamiento libertario y liberal, fue el autor de la sentencia que despenalizó la dosis personal de cannabis para el consumo [203], y el mismo que abriría el camino para el aborto, con sus salvamentos de voto [204], cuando coincidían ciertas circunstancias especiales que avalaban su aceptación. Igualmente fue pionero en defender el derecho a la muerte digna, cuando en la Sentencia C 239 de 1997, declaró la constitucionalidad del homicidio por piedad, advirtiendo de la ninguna responsabilidad del médico que lo realizara con la concurrencia de la voluntad libre del paciente, y exhortando al Congreso para que regulara todo lo relacionado con la eutanasia [205].

203 Sentencia C 221 del 5 de mayo de 1994. Personalmente discrepé de esta decisión, pero no por ello, puedo dejar de admirar su pensamiento libertario.

204 Sentencias C 133 de 1994 y C 013 de 1997.

205 ***Decreto 100 de 1980. C. Penal. "Homicidio por piedad.*** *El que matare a otro por piedad, para poner fin*

Entre los varios artículos demandados que dieron lugar a la primera de las sentencias mencionadas fue el artículo 284, parcial, del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento vigente en ese momento, que disponía:

> "ART. 284. —***Excepciones por oficio o profesión*.** No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio, ***salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro***:
>
> 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.
> 2. Los abogados.
> 3. Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto. (El apartado destacado en negrilla fue la parte demandada).

El apartado demandado fue declarado contrario a los principios constitucionales al determinarse:

> "**TERCERO.** Declárase inexequible el aparte del Artículo 284 del Decreto 2700 de 1991, que dice:"...salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro:", por las consideraciones que anteceden.

Los argumentos que sostuvieron tal decisión fueron los siguientes:

> "Del texto del artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, transcrito completamente en el aparte 2.2. (P.3), se acusa la expresión final del inciso primero, que dice: "...SALVO QUE SE TRATE DE CIRCUNSTANCIAS QUE EVITARIAN LA CONSUMACION DE UN DELITO FUTURO".
>
> A juicio de los actores, el Constituyente consagró en el artículo 74 de la Constitución, la inviolabilidad del secreto profesional, y la expresión acusada es inconstitucional, porque el Legislador sometió a condición lo que el Estatuto Superior manda en términos absolutos.

---

a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años".

Sentencia C 239 de 1997. ***"Primero***: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada. ***Segundo*:** Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna

La preservación del secreto profesional aparece como una necesidad urgente en las sociedades donde el grado de desarrollo y la complejidad de las relaciones interpersonales e intergrupales, determinan la prevalencia de la solidaridad orgánica (o por desemejanza) sobre la solidaridad mecánica (o por parecido), en términos de Dürkheim (I), pues a medida que se acentúa la división social del trabajo, cada uno de los miembros del conglomerado, que ejerce un oficio específico -y sólo uno-, requiere más del aporte de los otros, para la satisfacción de sus necesidades más apremiantes. Esto por contraste con las sociedades embrionarias donde, en esencia, todos hacen lo mismo y desempeñan a la vez múltiples funciones.

Lo anterior significa que, en una sociedad como la nuestra, la información confiada a determinados profesionales, que el propio ordenamiento señala, exige cada vez más protección en función de la confiabilidad que debe serle aneja.

La solidaridad de las personas que integran la comunidad en general y, específicamente, la República de Colombia, no sólo es un valor, que debe estar presente en el comportamiento de todas las personas residentes en el país, para viabilizar las relaciones de convivencia ("respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas." artículo 95, numeral 2 de la Carta), sino un hecho ineluctable, en la medida en que todo lo que afecta a un miembro de la comunidad, de algún modo repercute en los otros y termina afectando a la comunidad misma considerada como un todo.

Es esa solidaridad, en su doble proyección (hecho y valor), la que explica que se consagre en el artículo 15 de la Carta Política, la inviolabilidad de las comunicaciones, los documentos privados y la intimidad personal y familiar. Las relaciones que las personas establecen con el ministro del culto religioso que profesan, con el abogado, con el médico y con otros profesionales, pertenecen al fuero íntimo, personal y familiar, protegido por el mandato del artículo referido.

En razón de las relaciones que las personas se ven precisadas a establecer con los profesionales enunciados en el artículo 284

del Código de Procedimiento Penal, éstos últimos se enteran de asuntos atinentes sólo al fuero íntimo de aquéllas; y es en función de esa especialísima condición, que la Constitución ordena, en su artículo 74, la guarda rigurosa del secreto profesional, así como la preservación del buen nombre, -Artículo 15-, (II) íntimamente vinculado a aquella, pues, como atinadamente anota Helmut Coing, "El individuo puede exigir que no se le espíe; hay que dejar en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles quiere mantener sólo en su conciencia."

Ahora bien: si se compara el texto del artículo 74 de la Carta con el de la norma acusada, se encuentra que el cargo formulado por los actores es inobjetable: el Legislador sometió a condición, ("... salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro ..."), el cumplimiento de una obligación que el Constituyente impuso, a los mismos destinatarios, en términos absolutos ("El secreto profesional es inviolable").

No asiste razón, entonces, al apoderado del Ministerio de Justicia, cuando afirma que la norma acusada es armoniosa con la Carta, "pues es al legislador a quien corresponde determinar el alcance del secreto profesional, disponiendo a qué personas comprende y hasta dónde debe llegar", inferencia reñida con la forma clara y terminante en que el constituyente consagró la garantía.

Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado "inviolable". Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal).
(Hoy artículo 32 del C. P. Ley 599 de 2000, Ausencia de responsabilidad)

Esas consideraciones son suficientes para que la Corte juzgue inexequible la norma acusada, tal como lo dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

> I."La División Social del Trabajo".
>
> II."Fundamento de Filosofía del Derecho". Para evitar confusiones respecto de las citas, las anteriores son de la sentencia, y se cambiaron los números arábigos por romanos, para indicar que estas son citas de la sentencia.

El Procurador, previamente había considerado que, si el Constituyente no había hecho ninguna salvedad respecto de la inviolabilidad del secreto profesional, mal podría hacerla el legislador, al expresar:

> **"**Opina el señor Procurador que la consagración de la inviolabilidad del secreto profesional hecha por el Constituyente no contempla ninguna salvedad y, no podría entonces el legislador introducir salvedades a la excepción al deber de declarar que no hizo el Constituyente. Además, agrega que la inviolabilidad del secreto profesional garantiza la convivencia y no solo el interés personal o individual.

En sentido contrario el señor Ministro de Justicia había considerado sobre la concordancia del aparte demandado con el texto constitucional al considerar:

> "Nótese que la Constitución solo habla de que el secreto profesional es inviolable, pero en ningún momento determina su alcance ni quienes están cobijados por esta excepción de declarar, por lo tanto, es al legislador al que le corresponde desarrollar y reglamentarlo, determinando a que personas y hasta dónde puede llegar el secreto profesional.
>
> De tal manera, que una vez creada la disposición legal que establezca las personas y las circunstancias en que no están obligadas a declarar, nace la inviolabilidad del secreto profesional."

Los argumentos constitucionales que dan respaldo a la sentencia C 411 de 1993, al considerar que el Constituyente había querido consagrar un derecho absoluto respecto de los derechos a la vida y al secreto profesional, quedan descartados, pese a la claridad gramatical de los artículos de la Carta Política, en los que se consagran el derecho a la vida y el derecho-deber al secreto profesional.

Efectivamente, el artículo 11, consagratorio del derecho a la vida, y el 74 destinado a la preservación de la inviolabilidad del secreto profesional se utilizan dos expresiones idénticas, en la primera de las normas: "El derecho a la vida es inviolable….".; y en la segunda: "El secreto profesional es inviolable".

Si interpretamos las dos expresiones desde el significado puramente gramatical de las mismas, se debe concluir que se están consagrando derechos absolutos, pero es claro que no existen derechos absolutos, porque es evidente que las normas deben ser interpretadas en su conjunto, de conformidad con su contenido axiológico, y al mismo tiempo en correlación con los otros derechos universalmente reconocidos, porque dentro de relativización de la vida de los seres humanos, una es la escala axiológica teóricamente considerada en los que la vida y la libertad ocupan lugares de privilegio, pero los mismos, analizados dentro de ciertas circunstancias de tiempo, modo, condición y lugar, en que los derechos protegidos son puestos en peligro o son vulnerados, podrían dejar ese valor de preeminencia y sería ética y jurídicamente factible su vulneración o desconocimiento; es claro entonces que dentro de estas perspectivas interpretativas, debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales por prioritarios que sean, se relativizan, interpretados a la luz de circunstancias en que los hechos se producen, y dentro de las cuales deben ser analizados y valorados; la reflexión anterior nos conduce de manera necesaria a concluir que no existen derechos de carácter absoluto y que por tanto, de conformidad con circunstancias de cada caso, la vida puede ser vulnerada sin que exista responsabilidad legal para quien suprime la vida, vulnera o desconoce cualquiera otro derechos de los conocidos como fundamentales [206].

206 Ley 599 de 2000. Código Penal. ARTICULO 32. ***AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD***. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:
1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.
Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

Dentro de la axiología de los valores, la vida y la libertad serían valores absolutos, pero bien sabemos que frente a un ataque grave, injusto, actual o inminente el que se defiende puede matar a quien lo agrede; el funcionario encargado de la conservación del orden público puede matar cuando en el ejercicio de su actividad funcional, se le responde con violencia; y aún más, cuando en el cumplimiento de deberes de servidor público arriesga sus propios derechos, puesto que actúa con especial heroísmo en el ejercicio estricto de sus deberes, esto ocurre cuando mata en la guerra a los enemigos de la Patria, o destruye fortificaciones del enemigo, casos en los cuales de manera general es considerado como un verdadero héroe y condecorado con las medallas dignificantes que la Patria reserva a los mejores de sus hijos, en tales casos es recompensado con el agradecimiento eterno de los miembros de la Nación.

Si se interpretan entonces, los artículos 11 y 74 de la Carta, no desde la fría perspectiva gramatical de sus contenidos, sino desde la luz esplendorosa de los valores socialmente reconocidos, hemos de reconocer que no existen derechos, bienes o valores absolutos, sino que todos ellos son relativos y tienen que ser valorados en el momento de su vulneración de conformidad con las circunstancias de tiempo, modo, lugar y condición en que se produce su quebrantamiento.

Analizada la problemática desde la anterior perspectiva se ha de concluir, que el yerro de la decisión que consideró que la vida y el secreto profesional eran derechos absolutos, porque parte de haber hecho una interpretación gramatical de las normas, y no desde la perspectiva axiológica de los valores. La anterior posición no es de nuestra creación, porque siglos antes, pensadores y la jurisprudencia universal así lo habían reconocido,

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la disminuyente.

y entre nosotros, ha sido la posición uniforme e incontrovertible de la Corte Suprema de Justicia antes como juez constitucional, y ahora de la Corporación encargada de la conservación de la integridad de la Carta Política.

Tan débil, argumentativamente es la posición de la providencia que se ha analizado, que se sostiene, ante la evidencia de la injusticia que se está consagrando, que en situaciones extremas, "….en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal) [207]."

Es decir, traslada indebidamente a la siempre azarosa decisión judicial, la carga de declarar la ausencia de responsabilidad penal por falta de conducta punible, por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad; y calificamos de azarosa la decisión judicial, porque desde siempre se ha sabido que la justicia de los hombres es precaria, porque tan precarias y tantas son nuestras deficiencias, como precaria es nuestra condición de ser.

Esa misma Corporación, de manera acertada en relación con la inexistencia de derechos absolutos ha sostenido:

> "3. Los actores firman que el derecho al debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, tienen carácter *absoluto*. Con el anterior aserto, los demandantes quieren significar el alcance ilimitado de los derechos en mención, a raíz de lo cual se derivaría la inexequibilidad de las disposiciones legales que los restringen.

207 Ver nota 41. Se hace referencia al C.P. de 1980. Decreto 100 de 1980. Hoy se tendría que citar el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, Código Penal vigente.

ART. 29. ***Causales.*** El hecho se justifica cuando se comete:

1. En estricto cumplimiento de un deber legal.

2. **Modificado. L. 589/2000, art. 2°.** En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione.

5. Por 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.

En efecto, en los términos de la demanda, considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos *"absolutos*", el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los *"derechos absolutos*" tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho.

Sin embargo, el sistema constitucional se compone de una serie de derechos fundamentales que se confrontan entre sí. Ello, no sólo porque se trata de derechos que han surgido históricamente como consecuencia de la aparición de valores contrarios, sino porque, incluso, los que responden a sistemas axiológicos "uniformes" pueden verse enfrentados o resultar opuestos a objetivos colectivos de la mayor importancia constitucional. Así, para solo mencionar algunos ejemplos, el derecho a la libertad de expresión (C.P. art. 20) se encuentra limitado por el derecho a la honra (C.P. art. 21), al buen nombre y a la intimidad (C.P. art.

15) y viceversa ; el derecho de asociación sindical no se extiende a los miembros de la fuerza pública (C.P. art. 39); el derecho de huelga se restringe en nombre de los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales (C.P. art. 56); el derecho de petición está limitado por la reserva de ciertos documentos para proteger intereses constitucionalmente valiosos (C.P. art. 23 y 74) ; el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por "los derechos de los demás y el orden jurídico" (C.P. art. 16), etc.

No obstante, a pesar de los múltiples conflictos que, como los antes mencionados, son de común ocurrencia entre los derechos fundamentales o entre éstos e intereses constitucionalmente protegidos, resulta que la Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas.

Sin embargo, estos son casos excepcionales. En efecto, como quedó visto, la mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto - restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto. A este respecto,

ha señalado la Corporación:

*"**Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles*** [1]*".*

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra *estándares* de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de "pluralismo valorativo", la Carta adoptó un modelo en el cual las normas *iusfundamentales* tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso.

En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así, por ejemplo, las reglas del procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc.

En ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son *las mejores*. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en

> otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales. Para ello, se ha elaborado un arsenal hermenéutico que vincula al funcionario judicial con criterios de decisión - como sus propios precedentes, el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, la aplicación del principio de concordancia practica o armonización concreta, etc. - que surgen de las fuentes del derecho y que deben ser expuestos de manera clara en los motivos que fundamentan una determinada decisión judicial [208].

Nos parece, con el respeto que guardamos a la figura del ponente, y la Corporación de que hizo parte, que estamos en presencia de una sentencia errada, y se llegó a esta conclusión por las siguientes razones:

A) En la sentencia de la que discrepamos se hizo un análisis fundamentalmente gramatical y así interpretados los artículos 11 y 74 es evidente que debemos concluir que la vida y el secreto profesional son inviolables;

> B) No se tuvo en cuenta el concepto universalmente aceptado, según el cual no existen derechos absolutos, porque ni siquiera la vida, el derecho por excelencia de todos los derechos, lo es, porque tiene excepciones, en las que es legal, válido e incluso meritorio privar de la vida a otra persona;

C) La vida como tal, concebida como una especie inmaterial es inviolable, pero la vida frente a determinadas circunstancias de tiempo, modo, lugar y condición es claramente vulnerable, y su quebranto no puede generar responsabilidades de ninguna naturaleza, y es tan relativa la vida, que los héroes de todas las naciones son aquellos que defendiendo a la Patria o la libertad de los pueblos, han ocasionado más muertes, o han sido responsables determinadores de que se produjeran;

D) Se ignoraron de la misma manera, los principios que han de ser tenidos en cuenta cuando colisionan dos derechos de la misma estirpe, recordamos los principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y solidaridad. Es claro que cuando se presentan estas colisiones, es

208 Sentencia C 475 del 25 de septiembre de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes M.

necesario realizar los necesarios raciocinios, que nos lleven a concluir cual de los derechos que colisionan debe prevalecer y cuál debe ser sacrificado;

> E) No se tuvo en cuenta que en el escenario de los fenómenos reales, no enfrentamos ideas, ni conceptos filosóficos o abstractos, sino que presenciamos la realidad de la vida, que siempre nos presenta fenómenos circunstanciados, y de conformidad con las coyuntura en que se produce cada fenómeno social, la respuesta sobre la prevalencia de un determinado derecho sobre otro puede cambiar. O acaso, frente a dos homicidios, los podemos juzgar al mismo nivel de responsabilidad, cuando el hijo mata al padre para librarlo de una dolorosa agonía, cuando la enfermedad que la ocasiona ha sido calificada de terminal; o la del hijo que mata a su padre para heredarle su cuantiosa fortuna?. Desde el punto de vista jurídico son dos homicidios, pero en el primer caso será un homicidio atenuado, o incluso justificado como se resolvió en la sentencia antes citada, mientras que el segundo, será un homicidio agravado, con diferencias sustanciales a nivel de penalidad.
>
> F) No se tuvo en cuenta que en el artículo 1º de la Carta Política se determina que la República de Colombia está: " fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo ***y la solidaridad de las personas que la integran*** y en la prevalencia del interés general"; y que en el artículo 95 al consagrarse los deberes que tenemos todos los colombianos, uno de ellos es el de la solidaridad cuando se dispone: "***Obrar conforme al principio de solidaridad social***, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". En nuestro criterio es obvio que si la República está fundada en la solidaridad de las personas que la integran y si tenemos el deber de actuar con solidaridad social, respeto de los demás integrantes de la Nación, es un principio de máxima jerarquía, que impone en una colisión de principios la conservación del de mayor jerarquía axiológica.

Por las razones precedentes consideramos errada la decisión que se comenta, y nos identificamos con la segunda, que será analizada a continuación, en cuanto se resolvió que es acorde con la Constitución revelar el secreto profesional del abogado, para evitar la consumación de un delito, más no nos identificamos con algunas de sus consideraciones y lamentamos algunas que se quedaron en el tintero.

En la segunda sentencia, la C 301 de 2012, la norma demandada fue el literal f) del artículo 34 de la Ley 1123 de 2007, por medio del cual se establece el Código Disciplinario del Abogado que dispone:

> "ARTÍCULO 34. Constituyen faltas de lealtad con el cliente:
> (…)
> f) Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, ***o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito****"*

Las pretensiones del demandante que dio origen a la emisión de esta sentencia de constitucionalidad, fueron por las circunstancias propias en las que el abogado ejercer la profesión, y por la ambigüedad de la norma, porque consideró que en el ejercicio diario de la profesión de abogado, estos tienen que atender personas que "tienen problemas con la ley", y que por tanto la previsión contenida en el literal f) del artículo 34 del Código Disciplinario del Abogado terminaría afectando la confianza que debe presidir las relaciones del abogado con su cliente.

Estimó igualmente el demandante que la norma es indeterminada en cuanto no precisa la gravedad del delito, ni tampoco establece la inminencia del plan criminal de cometer un delito y que el legislador debe limitar la revelación del secreto solo cuando la consumación del delito sea inminente y que el mismo sea grave.

Las consideraciones de la Corte fueron las siguientes:

> "Según el artículo 74 de la Constitución *"el secreto profesional es inviolable"*, lo que impone el deber de reserva al profesional a quien se le confía y la oponibilidad de dicho deber a particulares y autoridades. En este sentido, la Ley 1123 de 2007 califica como falta disciplinaria la revelación o utilización de los secretos confiados por el cliente sin su autorización escrita (art 34, literal f), salvo su revelación por la necesidad de evitar la comisión de un delito.
>
> Corresponde a la Corte Constitucional determinar si la norma demandada vulnera el secreto profesional, así como también, los derechos a la defensa, a la intimidad, al buen nombre y a la igualdad.

Para resolver este problema jurídico esta Corporación analizará: (i) el fundamento, el alcance y las características del secreto profesional; (ii) la tutela del secreto profesional; (iii) la interpretación de la norma demandada conforme a la Constitución.

FUNDAMENTO, ALCANCE Y CARACTERÍSTICAS DEL SECRETO PROFESIONAL

Fundamentos del secreto profesional

La Corte Constitucional ha definido el secreto profesional como: "***la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad"[2]. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues "de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento***".

Por lo anterior, el secreto profesional nace de una relación de confianza que surge entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación:

"En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa"[4].

En este sentido, se ha resaltado que en virtud del secreto profesional el usuario de un servicio profesional transmite una serie de datos que están cubiertos por el derecho a la intimidad:

"Por otro lado, es indudable que el secreto profesional tiene relación inescindible con el derecho a la intimidad de quien es usuario de los servicios del diplomado (artículo 15 C.P.), toda vez que la única razón para que datos integrantes de la esfera reservada personal o familiar estén siendo transmitidos a otra persona es la necesidad de apoyo inherente a la gestión demandada y la consiguiente confianza que ella implica" [5].

En virtud de lo anterior, el secreto profesional tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto [6]:

*"**Se reserva para la privacidad o exclusividad, con un doble fin: primero, para no dejar indefensa a la persona, al despojarla de la introspección necesaria para vivir dignamente, con su privacidad natural. Y segundo, por la honra, buen nombre y buena fama del depositante del secreto, que deben quedar incólumes. Se habla de reserva, lo cual indica que el conocimiento se guarda para algo específico, que debe ser utilizado en la confidencialidad y exclusividad propias del oficio. Se viola el secreto cuando se divulga, no necesariamente cuando se revela ante quienes también deben, jurídicamente hablando, compartir la reserva**"* [7].

Así mismo, la tutela del secreto profesional puede estar ligada a la tutela de otras garantías fundamentales como la libertad de expresión que se vulneraría si se le exigiera al periodista revelar sus fuentes [8], el derecho a la defensa [9][10] y la inviolabilidad de comunicaciones.

Específicamente en relación con la conexidad del secreto profesional con el derecho a la defensa esta Corporación ha señalado:

*"**La conexión evidente entre el secreto profesional y otros derechos fundamentales fortalece, aún más, el derecho a la intimidad y el mandato de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En el caso de que una conversación se desarrolle bajo el marco de una ocupación que implique el depósito de confianza y la prestación de servicios personalísimos, se harán mucho más rigurosas y estrictas las exigencias jurídicas requeridas para poder ejecutar una restricción o una intervención en la privacidad. Ello es aún más evidente cuando se lleva a cabo la relación entre el abogado y su cliente, pues en este evento el secreto tendrá un vínculo inmediato y adicional con el derecho de defensa** [12]"*.

De esta manera, puede concluirse que el secreto profesional es una garantía autónoma e inviolable consagrada en el artículo 74 de la Constitución política que tiene su fundamento axiológico en el respeto del derecho a la intimidad del usuario de un servicio profesional y en otras garantías que podrían afectarse con su revelación, tales como el derecho de defensa o el buen nombre.

Características del secreto profesional

La especial naturaleza del secreto profesional lo ha dotado de una serie de características que han sido reconocidas por la jurisprudencia constitucional:

En primer lugar, el secreto profesional es un aspecto esencial en el ejercicio de determinadas profesiones, especialmente de aquellas ligadas a servicios personalísimos:

*"**Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que, de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado." (negrilla fuera de texto original) Esta Corporación ha definido el contenido de ese derecho a partir de la salvaguarda de la confianza que depositan las personas entre otras, con ocasión de ciertas ocupaciones"*[14].

En segundo lugar, el secreto profesional en Colombia es inviolable por expresa disposición del artículo 74 de la Constitución Política [15]. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado:

*"**Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un***

derecho rotulado "inviolable". Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo*"*[16].

En tercer lugar, si bien el secreto profesional surge de una relación interpersonal de confianza es oponible a terceros:

"De lo dicho se concluye que el secreto profesional ha sido consagrado en guarda de la relación del profesional con la persona que solicita y obtiene sus servicios, quien necesariamente debe hacerle conocer datos y elementos que de otra manera no le serían confiados por ella. Esa protección tiene efectos hacia el exterior de quienes han trabado la relación profesional, es decir, se trata de algo oponible a terceros" [17].

El secreto profesional en materia médica está regulado en la Ley de ética médica, la cual lo define de la siguiente manera: *"Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales"*[19].

Esta ley señala la posibilidad de que el médico revele el secreto profesional: *"a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga; b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento; c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces; d) a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley; e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia"*[20].

Sobre el secreto profesional del médico la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, señalando sus características particulares:

"Ahora bien, al estudiar el contenido y alcance del sigilo que deben guardar los profesionales de la medicina sobre los aspectos que conocen por razón de su relación profesional con los enfermos, la Corte ha considerado que el médico únicamente puede ser relevado de mantener en secreto lo que conoció, oyó, vio y entendió, por razón de su relación profesional con el paciente, cuando tal revelación comporte beneficios comprobados para el enfermo[21]*, y ante la necesidad extrema de preservar los derechos a la vida, y a la salud de las personas directamente vinculadas con él."*

(….)

De esta manera, puede concluirse que el secreto profesional se origina en la relación interpersonal de confianza que surge con la prestación de un servicio personalísimo y que tiene diversas manifestaciones en cada profesión, por lo cual no puede equipararse su ejercicio en la medicina, en las finanzas o en derecho.

Alcance del secreto profesional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha analizado en múltiples oportunidades el alcance del secreto profesional, definiendo su aplicación en eventos especialmente complejos:

La sentencia C-411 de 1993 declaró inexequible la expresión: *"... salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro"* contemplada en el artículo 284 del Decreto 2700 de 1991. Esta disposición consagraba en el Código de Procedimiento Penal la excepción del deber de declarar de los ministros de cualquier culto admitido en la República, los abogados y cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento cuando se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro [36].

La Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de esta norma al considerar que la Carta fundamental había otorgado al secreto profesional el carácter de inviolable, por lo cual no podía tener excepciones:

"Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado "inviolable". Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Esta obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal).

Esas consideraciones son suficiente para que la Corte juzgue inexequible la norma acusada, tal como lo dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia" [37].

Sin embargo, en la misma sentencia esta Corporación señaló que la revelación del secreto profesional podría considerarse en casos extremos como constitutiva de una causal justificativa del hecho:

"Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal)" [38].

Esta decisión resulta fundamental para analizar el problema jurídico planteado, pues plantea una solución respecto de la exención de responsabilidad cuando la revelación de secreto se realice para la evitar la comisión de un delito, como es interpretar que en estos eventos puede aplicarse una causal de justificación.

La sentencia SU 056 de 1995 revocó los fallos proferidos por el Juzgado Promiscuo de Fredonia y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia que habían concedido el amparo de los derechos fundamentales del accionante al considerar entre otros fundamentos que la actividad periodística también está cobijada por el secreto profesional.

En este sentido, reconoce que el secreto profesional del periodista se encuentra consagrado en el artículo 11 de la ley 51 de 1975 y se justifica en la relación de confianza del individuo que suministra la información que debe ser difundida en beneficio de la sociedad:

"Con respecto al periodista, su secreto profesional está regulado por el artículo 11 de la ley 51 de 1975. Esta norma habilita al periodista para realizar su actividad informativa con la mayor libertad de acción, aunque responsablemente, pues compeler al periodista a revelar la fuente de su información, conduce a limitar el acceso a los hechos noticiosos, porque quien conoce los hechos desea naturalmente permanecer anónimo, cubierto de cualquier represalia en su contra. Es obvio, que no es sólo el interés particular sino el interés social el que sirve de sustento a la figura del secreto profesional del periodista; su actividad requiere por consiguiente de la confianza que en él depositan los miembros de la comunidad quienes le suministran la información que debe ser difundida en beneficio de la sociedad. Naturalmente, el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que está sujeto y que se le pueden exigir, cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas" [39].

La sentencia T-073 A de 1996 ordenó a una psicóloga del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No 7 no divulgar los informes psicológicos practicados a dos miembros de ese batallón para preservar el secreto profesional y el derecho a la intimidad. En este sentido señala que el derecho profesional se presenta *"Cuando un individuo deposita su confianza en un profesional, ello genera la obligación inviolable que contrae quien conoce la intimidad de una persona, de no revelar lo conocido"* [40].

Así mismo se reconoce que la reserva es un deber que supone un vínculo jurídico para no afectar la intimidad de la persona:

"Obsérvese que se trata de algo más que de la simple discreción, pues el secreto implica un deber de reserva plena y total. Como deber, supone un vínculo jurídico, un lazo interpersonal en torno a un objeto corporal o incorporal del que se comparte el conocimiento. La reserva significa ocultar al vulgo y dejar para

sí el objeto conocido, con el fin de no alterar la intimidad de la persona" [41].

La sentencia C-264 de 1996, la Corte analizó la constitucionalidad de los artículos 37 y 38 de la Ley 23 de 1981, "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica", por considerar que vulneran los artículos 74, 95-7 y 241-4 de la Carta Política.

El artículo 37 de la Ley 23 de 1981 que señala que "*El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por las disposiciones legales",* fue declarado exequible *"bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo".*

Por su parte, el artículo 38 de la ley 23 de 1981 consagra una serie de excepciones al secreto profesional del médico:

El literal a) permite la revelación de la información *"al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga";* disposición que no fue demandada y que se funda en el carácter bilateral del secreto profesional.

Nos parece que estrictamente no es una excepción al secreto profesional, sino el deber que tiene el médico comentarle a su paciente los problemas de salud que lo aquejan, y no solamente cuando se trata de una dolencia grave como lo dispone el artículo 18 de la ley 23.

El literal b) permite la revelación de la información *"a los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento"*; el cual fue declarado exequible *"salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello"*[42]. En este sentido, la Corte consideró que *"Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente - estado mental anormal, inconsciencia o minoridad -,*

la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos".

El literal c) permite la revelación de la información *"A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces"* fue declarado exequible *"sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad"*[44]. En este sentido, la Corte señaló que la entrega de información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, no quebranta el secreto profesional médico, pues la relación médico-paciente, desde el punto de vista jurídico no puede, en este caso, prescindir de los representantes legales del menor o del incapaz.

El literal d) permite la revelación de la información *"d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley"*, fue declarada exequible *"salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente"*[45].

En este sentido, la Corte Constitucional consideró que *"En principio, siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico, hubieren sido válidamente ordenadas por un Juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo. Esta situación, sin duda, es diferente de la que se presentaría a raíz de la declaración que eventualmente se le podría exigir al médico sobre hechos o circunstancias del paciente, conocidos en razón de su relación profesional, que podrían conducir a su incriminación. En este caso, la condición*

de "alter ego" que se predica del médico, impediría que por su conducto se llegare a dicho resultado y la prueba así practicada no podría tenerse en cuenta (C.P arts. 29 y 34)"[46].

El literal e) permite la revelación de la información *"A los interesados; cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia"* bajo el entendido que *"la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo"*[47]

En este sentido, la Corte afirmó que con esta norma, el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera:

"La apertura del secreto a los interesados, "cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia", indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera. En estricto rigor, no puede afirmarse que la ley señale una condición bajo la cual resulta legítimo violar el secreto profesional. Simplemente, en la situación límite en que fatalmente debe decidirse por uno de los dos valores - confianza y vida -, se ha considerado que la preservación de la vida desplaza, en ese caso, a la conservación del secreto"[48].

Este antecedente jurisprudencial es fundamental para el análisis de la norma demandada, pues reconoce la posibilidad de que en casos excepcionales se revele información sujeta al secreto profesional, siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos restrictivos y además se busque salvaguardar el derecho de un tercero.

La sentencia T-151 de 1996 analizó el caso de un médico que se negó a manifestarle a su paciente los medicamentos que le estaba suministrando amparado en el secreto profesional, situación frente a la cual esta Corporación señaló que este derecho no podía convertirse en una barrera entre el profesional y la persona para quien desarrolla su actividad:

"Así las cosas, resulta equivocado atribuir al secreto profesional el carácter de barrera entre el profesional y la persona para quien desarrolla su actividad, pues, por el contrario, tiene el sentido de facilitar la mayor confianza y la libre circulación de informaciones entre ellas mediante la garantía de que todo cuanto en el curso de esa relación conozca el diplomado está cobijado por la reserva ante personas ajenas" [49].

La Sentencia C-538 97 analizó la constitucionalidad de los artículos 54 (parcial) de la Ley 6ª de 1992 (incorporado como artículo 659 inciso 2 del Estatuto Tributario), artículo 118 (parcial) de la Ley 222 de 1995, artículo 9 (parcial) de la Ley 43 de 1990, y artículo 80 (parcial) de la Ley 190 de 1995.

En esta sentencia, esta Corporación analizó el alcance del secreto profesional predicable de los contadores públicos y revisores fiscales señalando que si bien la profesión de contador *"está vinculada en los términos de la ley, por una obligación de mantener la reserva y el sigilo, tiene por fuera de ella un vasto campo de acción que le es característico y que la misma ley le ha trazado, donde impera la publicidad y la divulgación de informaciones, las cuales son tan esenciales para la vida comunitaria que deben refrendarse por los contadores"* [50].

En la sentencia C 062 de 1998 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo del artículo 489 del Código de Comercio, pues consideró que no se afectaba el secreto profesional al exigirle al revisor fiscal informar a la correspondiente superintendencia cualquier irregularidad de las que puedan ser causales de suspensión o de revocación del permiso de funcionamiento de tales sociedades, pues cuando el contador ejerce como revisor fiscal cumple funciones contraloras que exigen que vele por intereses superiores que afectan al Estado y a la comunidad en general:

"No puede pensarse entonces, que la existencia del secreto profesional y la confidencialidad de ciertas actuaciones sea razón suficiente para paralizar o suspender el deber constitucional que tiene todo ciudadano de colaborar con las autoridades, y que tampoco se puede crear alrededor de lo irregular, de lo ilícito,

de lo torcido, una apariencia de corrección que se ampara en lo secreto. Porque de lo que se trata, se insiste, no es de la simple regulación de una actividad profesional y su manera de cumplirse (la contabilidad), con sus cargas y deberes. Estamos frente a una función –la revisoría fiscal- que trasciende la defensa de las expectativas individuales, que está llamada a velar por intereses superiores que afectan al Estado y a la comunidad en general; que no se reduce al cumplimiento de ciertos requisitos de idoneidad técnica –como los exigidos al contador profesional para que pueda desplegar la actividad que le es propia-, sino que demanda probidad y compromiso con valores sociales que busca proteger la norma demandada al establecer ciertos mecanismos de control sobre las sociedades, y al exigir la presencia de funcionarios que vigilen el desarrollo de estas entidades.

En síntesis: una cosa es el contador que ejerce su profesión como tal, amparado (y obligado) sin duda, por el secreto profesional y otra, muy diferente, el revisor fiscal que ejerce funciones contraloras que implican el deber de denunciar conductas ilícitas o irregulares, del cual deber no puede relevarlo el hecho de que para cumplirlas cabalmente deba ser un profesional de la contabilidad"[51].

En la sentencia T-1563 de 2000[52], la Corte Constitucional analizó el caso de una EPS que solicitó a la IPS y al médico tratante su historia clínica y anexos, para transcribir las órdenes médicas en las que se asignaron las citas que requirió la actora, concluyendo que el conocimiento por parte de los funcionarios de la EPS accionada se dio en cumplimiento de su labor de auditoría, preservando en todo momento la reserva legal que recae sobre el documento, por lo cual no concedió la tutela.

En la sentencia T-526 de 2002, la Corte Constitucional tutela a la accionante la protección sus derechos fundamentales a la igualdad e intimidad y previno a una autoridad de salud para que en lo sucesivo mantenga en absoluta reserva los aspectos relativos a la situación individual de las personas que acuden a la entidad en demanda de información y atención en salud, y exija del personal vinculado a la misma el cumplimiento de las disposiciones

constitucionales relativas al respeto de los derechos fundamentales de los asociados.[53].

En la sentencia, T-440 de 2003[54], la Corte Constitucional concedió la tutela al derecho fundamental a la intimidad, en relación con el secreto profesional, de los usuarios del Banco Caja Social, en conexidad con el debido proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional anuló el decreto de pruebas que versen sobre información personal o innecesariamente personalizada o que desconozcan los principios de relevancia y de necesidad y dejó a salvo la información contenida en pruebas cuya revocatoria no es clara y versa sobre datos que no invaden la esfera personal de los usuarios y que refieren a datos genéricos de la entidad bancaria. Así mismo, señaló que podrían ser practicadas las pruebas que busquen la consecución de información genérica acerca del funcionamiento del banco conducente a identificar eventuales prácticas ilegales o perjuicios que deban ser indemnizados según lo pedido en la acción de grupo.

Igualmente reconoció que *"No obstante, la limitación de los derechos fundamentales está sometida al principio de razonabilidad aun cuando hay competencia expresa para limitarlos. En materia de revelación de información amparada por el derecho a la intimidad en conexidad con el secreto profesional, este principio se manifiesta en tres requisitos, entre otros aplicables en hipótesis diferentes. Para que a las autoridades del Estado competentes les sea permitido limitar el derecho a la intimidad accediendo a datos o documentos también protegidos por el secreto profesional en su manifestación concreta de reserva bancaria, es preciso que la divulgación de la información requerida (i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (principio de exclusión del capricho), (ii) sea relevante para la obtención de dicho fin (principio de relevancia), y (iii) sea necesaria, es decir, que no exista otro medio para alcanzar el objetivo buscado que sea menos oneroso en términos del sacrificio de la intimidad o de otros principios o derechos fundamentales (principio de necesidad)"*[55].

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado como ajustadas a la Constitución disposiciones legales

que en ciertas circunstancias específicas han limitado el deber de reserva en cabeza de las entidades bancarias.[56]

La sentencia T-824 de 2005[57] analizó el secreto profesional en materia médica y concluyó que éste comprende todo lo que los facultativos conocen en función de la relación con sus pacientes, salvo aquello que justificadamente les está permitido develar.

En la Sentencia T-708 de 2008[58] se analiza el secreto profesional al tutelar el derecho a la intimidad de un abogado que había sido objeto de una interceptación de comunicaciones con sus clientes considerando la conexidad que pueden tener en estos eventos el secreto profesional con el derecho a la defensa:

"La conexión evidente entre el secreto profesional y otros derechos fundamentales fortalece, aún más, el derecho a la intimidad y el mandato de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En el caso de que una conversación se desarrolle bajo el marco de una ocupación que implique el depósito de confianza y la prestación de servicios personalísimos, se harán mucho más rigurosas y estrictas las exigencias jurídicas requeridas para poder ejecutar una restricción o una intervención en la privacidad. Ello es aún más evidente cuando se lleva a cabo la relación entre el abogado y su cliente, pues en este evento el secreto tendrá un vínculo inmediato y adicional con el derecho de defensa"[59].

A partir de este análisis de la jurisprudencia constitucional puede concluirse que, si bien esta Corporación ha reconocido una tutela profunda del secreto profesional, también se han admitido eventos muy excepcionales en los cuales un profesional puede relevar información sometida a reserva para salvaguardar los derechos de terceros.

La tutela del secreto profesional del abogado

El secreto profesional está consagrado en el artículo 74 de la Carta Política y su vulneración se sanciona a través del numeral literal f) del artículo 34 de la ley 1123 que establece como falta disciplinaria: "f) Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente,

aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito". En consecuencia, en Colombia, en virtud de la norma demandada es posible la revelación de secreto para evitar la comisión de delitos, circunstancia que no es extraña en el ámbito internacional, pues por regla general las legislaciones disciplinarias o penales en materia de ética profesional permiten que se divulgue información reservada en eventos excepcionales y siempre y cuando exista una justa causa.
(….)

ANÁLISIS DE LA NORMA DEMANDADA

El demandante señala que la norma demandada vulnera el secreto profesional y en virtud de éste los derechos a la intimidad, a la defensa y a la igualdad por permitir que no se aplique la falta que sanciona la vulneración del secreto profesional cuando se *"revele información para evitar la comisión de un delito"*. Sin embargo, esta sala observa que la norma demandada no constituye una vulneración al secreto profesional, sino la consagración de un estado de necesidad aplicable de manera excepcional y que se debe ceñir a los criterios de las causales de exclusión de la responsabilidad contempladas en la ley disciplinaria del abogado.

Por lo anterior, se analizarán los siguientes temas para determinar si la norma demandada es constitucional: (i) La revelación excepcional del secreto profesional como una forma de estado de necesidad; (ii) la interpretación de la norma demandada de acuerdo a la Constitución y finalmente; (iii) el derecho a la igualdad y la existencia de diversos regímenes sobre el secreto profesional.

La revelación excepcional del secreto profesional como una forma de estado de necesidad

Existen eventos en los cuales los tipos penales o sancionatorios realizan alusiones a la antijuridicidad o a la culpabilidad que no constituyen elementos del tipo formulados negativamente[76], sino rezagos de los Códigos antiguos en los cuales las causales de

justificación o de exculpación se incluían en la misma norma que contemplaba el supuesto de hecho (tatbestand)[77] o eventos en los que el legislador ha querido ser más detallado en la redacción de una justificación contemplada en la parte general[78]. En este sentido, las alusiones a la antijuridicidad o a la culpabilidad contempladas en los tipos penales son aquellas que permiten excepcionalmente una conducta típica, mientras que los elementos del tipo formulados negativamente sirven para controlar una conducta generalmente adecuada.

La expresión "o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito" no constituye una forma de control de una conducta generalmente adecuada, sino por el contrario, una norma que permite excepcionalmente una conducta típica, es decir, una causal de exclusión de la responsabilidad, por cuanto el deber general de todo abogado es "guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios", tal como establece el numeral 9º del artículo 28 del Código Disciplinario del Abogado [80].

De esta manera, una interpretación sistemática de la expresión demandada con el artículo 9º del Código Disciplinario Único permite inferir que no es deber del abogado vulnerar el secreto profesional, sino que por el contrario debe respetarlo. ***0***

Esta situación se explica con una mayor precisión jurídica mediante la teoría de las normas formulada por Binding en el siglo XIX y que posteriormente ha tenido diversas reformulaciones. Para Binding es necesario distinguir entre la ley penal – hoy llamada ley penal secundaria – que iría dirigida al juez, quien tendría que aplicar una pena una vez haya verificado que una persona ha desarrollado el supuesto de hecho (*tatbestand*); y la norma penal, dirigida al ciudadano y que le exige no incurrir en el tipo penal [81].

Igualmente, la doctrina penal distingue la *"norma de valoración"* que se entiende como expresión de un *juicio de valor,* que distingue lo lícito de lo antijurídico; la norma de determinación, constituida por un *mandato* o *prohibición* dirigida al ciudadano para la no comisión de delitos; y la norma de autorización, que otorga al

individuo excepcionalmente la posibilidad de incurrir en una causal de justificación o de exculpación [82].

Desde este punto de vista, el artículo 28 del Código Disciplinario constituye una ley secundaria destinada al juez, para que establezca si aplica o no una sanción disciplinaria; y norma de autorización, que le permite de manera excepcional al individuo revelar información para evitar la comisión de un delito. En este sentido, en ningún momento puede entenderse que esta disposición sea una norma de valoración que le reste valor al secreto profesional, así como tampoco la posibilidad de que una persona mate a otro en virtud de una legítima defensa resta valor a la vida.

Con esta norma no se está desconociendo el secreto profesional ni el carácter antijurídico de su vulneración, simplemente se está reconociendo que para aplicar una sanción disciplinaria no es suficiente con el incumplimiento del deber de respetar el secreto profesional – lo cual podría seguir siendo considerado como formalmente antijurídico de acuerdo al numeral 9 del artículo 28 de la ley 1123 de 2007–, sino que además como en cualquier otra falta o delito es necesario que sea además culpable y que no incurra en una causal de exclusión de la responsabilidad.

Por lo anterior el establecimiento de eventos en los cuales el profesional no responde penal o disciplinariamente no puede considerarse como una vulneración del secreto profesional, ni tampoco de aquellos con los cuales se encuentra relacionado como el derecho a la intimidad o el derecho de defensa. Similar situación ocurre con otras causales de exclusión de la responsabilidad como la legítima defensa, las cuales a pesar de permitir excepcionalmente la vulneración de derechos constitucionalmente catalogados como inviolables como la vida, no resultan mandatos generales que exijan que el individuo cometa un homicidio, sino que permiten que el juez valore si excepcionalmente se puede excluir la responsabilidad de la persona.

En virtud de lo anterior, desde el punto de vista dogmático penal, la expresión "o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito" constituye claramente una forma

de estado de necesidad y por lo tanto debe considerarse como una alusión a esta causal de exclusión de la responsabilidad realizada en el tipo disciplinario:

i) En primer lugar, el estado de necesidad exige la existencia de un peligro actual o inminente para un bien jurídico [83], entendido como la posibilidad de que el mismo sea lesionado desde una posición ex ante, es decir, desde una perspectiva previa al hecho.

En el caso de la expresión demandada, el peligro para el bien jurídico está constituido por el riesgo de ser afectado por la comisión de un delito.

ii) En segundo lugar, se requiere la ponderación de intereses entre un bien jurídico que debe ser tutelado y otro que debe ser lesionado para salvaguardar el primero [85].

Esta ponderación de intereses implicaría la salvaguarda del bien jurídico que pudiera ser afectado por el delito que se pretende impedir y sacrificando el secreto profesional.

iii) En tercer lugar, el estado de necesidad no puede aplicarse de manera ilimitada, sino que se requiere que la conducta realizada constituya un medio idóneo para hacer frente al peligro [86].

Este requisito en palabras del numeral 4º del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007 exige el análisis de los criterios de: necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, los cuales son especialmente útiles para la solución de casos difíciles que no podrían ser estudiados a través de un criterio abstracto como la simple necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito.

En virtud del secreto profesional un profesional del derecho puede conocer situaciones en las cuales el peligro para el bien jurídico es actual o inminente como cuando se le revela información sobre el paradero de un secuestrado, de un abuso sexual sistemático de un familiar de su cliente o de un atentado inminente, eventos en los cuales la revelación del secreto puede salvaguardar un bien

jurídico de una agresión actual. Así mismo, en otras ocasiones, el profesional del derecho es un asesor al cual se le consulta en materia administrativa, tributaria, comercial, aduanera, ambiental o financiera, sobre la posibilidad de realizar una determinada actuación, casos en los cuales bastará en algunas ocasiones que el profesional del derecho realice todos sus esfuerzos para evitar que su cliente realice en el futuro una conducta punible en estos campos.

Los casos señalados anteriormente no pueden ser resueltos a través de reglas generales, que exceptúen o sancionen a quien revele la información de un delito, sino que requieren un estudio particular que establezca: (i) ***la adecuación de la revelación del secreto como una medida que efectivamente pueda impedir la comisión del delito***[87]; (ii) ***la necesidad de la medida entendida de acuerdo con la cual debe valorarse si existen medios menos lesivos para impedir la comisión del delito***[88]; (iii) ***la proporcionalidad entre el daño causado por el delito que se pretenda impedir y el daño causado con la revelación del secreto***; y (iv) ***la razonabilidad como criterio límite para la restricción de la arbitrariedad que exige que las conclusiones del análisis resulten coherentes y debidamente argumentadas*** [209]***.***

En este sentido, la doctrina penal ha reconocido que los profesionales que revelan información para evitar daños a terceros podrían invocar un estado de necesidad justificante [90] o disculpante [91], situación que otorga criterios esenciales de interpretación como la necesidad, la adecuación, la proporcionalidad y la razonabilidad para el análisis de cada evento en el cual se haya revelado información sujeta a reserva para evitar la comisión de un delito.

Interpretación de la norma demandada de acuerdo a la Constitución

209 Sentencia de la Corte Constitucional T-546 de 2002, Eduardo Montealegre Lynett: "La razonabilidad se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el intérprete. No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que las conclusiones deben ser compatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado. El capricho, por su parte, se presenta en las ocasiones en las cuales el intérprete no sustenta o argumenta debidamente sus conclusiones".

La Constitución es un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materias penales y sancionatorias [92]. En este sentido, la Carta Fundamental establece criterios fundados en los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y resocialización para la construcción y la interpretación de las normas [93], que implican el rechazo de interpretaciones inconstitucionales.

La norma demandada permite que el profesional del derecho "revele información para evitar la comisión de un delito". Sin embargo, no señala los criterios que deben observarse para la aplicación de esta forma de exclusión de la responsabilidad, circunstancia que puede permitir su interpretación arbitraria, afectando desproporcionadamente el secreto profesional e incluso las garantías del propio profesional del derecho que la invoca.

En este marco, la doctrina sancionatoria ha elaborado criterios específicos para el análisis de este tipo de situaciones especiales en las cuales se salvaguarda un bien jurídico mediante la realización de un tipo penal o disciplinario, los cuales se estudian en la figura del estado de necesidad, contemplado en materia disciplinaria del abogado en el numeral 4º, art. 22, de la ley 1123 de 2007 de acuerdo con el cual: *"No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando: (...)7. 4. Se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad"* [210].

En virtud de lo anterior, para evitar una interpretación inconstitucional de la norma que limite de manera

210 ARTÍCULO 22. ***CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA***. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando:
1. Se obre en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.
2. Se obre en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita.
4. ***Se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad***.
5. Se obre por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Se obre con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. Se actúe en situación de inimputabilidad.
No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.
(Lo destacado no lo es en el texto).

desproporcionada el secreto profesional o deje a la mera discrecionalidad del juez disciplinario la aplicación de esta forma de exclusión de la responsabilidad, esta Corporación declarará la constitucionalidad de la expresión demandada siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 del Código Disciplinario.

Adicionalmente, esta interpretación reconoce que las causales de justificación o de exclusión de la responsabilidad como el estado de necesidad permiten la solución de conflictos jurídicos [95], que de lo contrario presentarían soluciones inconstitucionales que deben ser rechazadas en una interpretación conforme a la Constitución [96]. En este sentido, el abogado que en virtud de la relación profesional con su cliente ha conocido de la futura comisión de un delito se encuentra en una situación límite entre su sanción por la revelación del secreto y su condena por omisión de denuncia, omisión de socorro u comisión por omisión al no haber impedido la comisión del delito. En estos casos, no pueden formularse reglas generales [97], sino que debe atenderse a criterios particulares de ponderación propios del estado de necesidad.

En este sentido, la interpretación sistemática del literal f) del artículo 34 de la ley 1123 de 2007 con el artículo numeral 4 de la misma ley permitirá aplicar todos los criterios del análisis del estado de necesidad a la expresión "revele información para evitar la comisión de un delito". En virtud de la calificación de la expresión demandada como un estado de necesidad el juez disciplinario deberá verificar el cumplimiento de todos los requisitos de esta forma de exoneración de responsabilidad cuando se invoque la aplicación de la expresión demandada. Por lo anterior, se deberá establecer: (i) la existencia de un peligro actual para el bien jurídico derivado de la comisión del delito que se pretende evitar con la revelación del secreto; (ii) se deberá realizar un juicio de ponderación entre el bien jurídico salvaguardado y el secreto profesional y (iii) la revelación del secreto deberá constituir un medio idóneo para hacer frente al peligro de acuerdo a los criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, contemplados en el numeral cuarto del artículo 22 del Código disciplinario del abogado.

El derecho a la igualdad y la existencia de diversos regímenes sobre el secreto profesional

Esta Corporación negará la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad de la norma demandada con base en los siguientes argumentos:

El accionante señala que la norma demandad vulnera el derecho a la igualdad, pues *"por ser el ámbito de excepción de los delitos más amplia que en las demás profesiones que deben guardar el secreto profesional"*. Sin embargo, como ya se anotó previamente, el secreto profesional puede tener un alcance distinto en cada profesión, dependiendo del radio de cercanía que la misma tenga sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y del control del Estado sobre las mismas[98].

En este sentido, no es igual la información que se transmite en el marco de la relación médico paciente, orientada al diagnóstico y al tratamiento, que la difundida en virtud de un contrato de mandato profesional o de una asesoría de carácter contable.

Adicionalmente, la regulación especial que existe frente a la revelación de secretos conocidos en virtud de una relación profesional del abogado con su cliente se justifica por diversas razones: (i) el abogado tiene mayores conocimientos jurídicos en virtud de los cuales puede conocer si su cliente va a cometer un delito y (ii) el abogado presta una asesoría de carácter jurídico con ocasión de la cual podrá ser consultado sobre el carácter delictivo de una determinada conducta futura.

Por el contrario, los eventos en los cuales se puede revelar la información en materia médica son justificadamente distintos a los autorizados en materia disciplinaria del abogado, pues no se orientan a la evitación de delitos, sino a prevenir el contagio de enfermedades o a obtener la opinión de los familiares del paciente si éste se encuentra en una situación especial, circunstancias que evidentemente no se pueden aplicar a un abogado.

En virtud de lo anterior, resulta plenamente justificado que la regulación del secreto profesional en materia disciplinaria del

> abogado sea distinta a la aplicable en relación con otras profesiones. (Sentencia C 301 12.)

La decisión que es objeto de análisis no permite la formulación de ninguna contraargumentación en la vía de sostener su acierto y su correspondencia con el texto constitucional, y es por ello que la declaración resolutiva de la sentencia que ha sido objeto de análisis ha debido ser declarada acorde con los principios constitucionales, porque es obvio, que si el secreto profesional no es un derecho absoluto, el que ejerce una profesión, y en el ejercicio de la misma, se entera de un secreto que si no se revela, llevará a la consumación de una infracción a la ley penal, ese derecho debe inclinarse reverente frente a los principios de solidaridad, razonabilidad, ponderación, y proporcionalidad, que indican que queda relevado de su deber al sigilo profesional y debe anunciar dentro de la mayor rapidez posible la inminencia de la consumación de un hecho delictivo.

Nos atrevemos si a formular una contraargumentación, cuando se da respuesta al demandante, en el sentido que la norma vulnera el principio de igualdad, por darse un tratamiento diferencial al secreto profesional por parte de los abogados, que a los practicantes de otras profesiones. Concretamente sostiene que en relación con los abogados el ámbito de excepción de los delitos es más amplia para los abogados que para las otras profesiones.

A la anterior argumentación la Corporación contestó en nuestro criterio de manera equivocada al decir que la información que se transmite en la relación médico paciente es orientada al diagnóstico y al tratamiento, que la información que se transmite en un mandato profesional de otra naturaleza o de una asesoría de carácter contable.

Luego se sostiene que en la relación profesional abogado-cliente, el abogado tiene mayores conocimientos jurídicos, por medio de los cuales puede saber si su cliente va a cometer un delito, y que, al prestar una asesoría de carácter jurídico, el abogado puede ser consultado sobre el carácter delictivo de una determinada conducta.

Para concretarnos al ámbito que nos interesa la hipótesis para excepcionar la responsabilidad de no guardar el sigilo profesional, no se plantea la consulta normal de una relación médico-paciente, es decir, aquella en la

que el paciente relata al médico los síntomas y padecimientos que sufre, y la respuesta del médico con determinado diagnóstico y el tratamiento que debe adelantarse para superar la enfermedad. Es necesario, en relación con los médicos y con cualquier otro profesional distinto a los abogados, determinar que cuando el cliente o el paciente, revela al profesional la intención de consumar un hecho delictivo, es claro que no se necesitan mayores conocimientos jurídicos para llegar a la convicción de que efectivamente la persona que le está revelando ese secreto, tiene el propósito de cometer un delito, y frente a este hipótesis es claro que ese médico o ese profesional se encuentran en la misma situación axiológica que el abogado, y deben dejar de lado el deber del secreto profesional y revelar ese propósito delictivo a las autoridades, porque calificada esa situación dramática que podría vivir cualquier profesional de cualquier profesión, porque todos se encontrarían en una situación de exención de responsabilidad, por la existencia de una causal de justificación, en este caso de un estado de necesidad.

Lo que se afirma en la sentencia analizada para justificar el acierto de la solución propuesta no corresponde a la realidad:

> "Por el contrario, los eventos en los cuales se puede revelar la información en materia médica son justificadamente distintos a los autorizados en materia disciplinaria del abogado, pues no se orientan a la evitación de delitos, sino a prevenir el contagio de enfermedades o a obtener la opinión de los familiares del paciente si éste se encuentra en una situación especial, circunstancias que evidentemente no se pueden aplicar a un abogado."

Ignora esa Honorable Corporación, la situación que le ha tocado vivir a cientos de médicos, particularmente los que realizan la medicatura rural, casos en los cuales les ha tocado prestar servicios sanitarios a los miembros de los grupos guerrilleros o a los miembros de organizaciones mafiosas heridos en sus truculentas acciones delictivas, y los secretos delictivos de conocidos de mafiosos que han requerido servicios de cirugía plástica para cambiar sus facciones y poder eludir la acción de las autoridades.

Cualquier profesional colocado en la misma hipótesis de propósitos delictivos, se encontrará en la misma situación jurídica de exención de responsabilidad, por actuar dentro de una causal justificante, en este caso, el estado de necesidad.

La misma Corporación en profusas y reiteradas decisiones ha definido los principios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta, cuando colisionan derechos fundamentales.

En relación con el principio de solidaridad, se debe precisar que aparece consagrado de manera expresa en la Carta Política y aparece mencionado entre los deberes que tienen los habitantes de la Nación. Efectivamente en el artículo 1º de la Constitución, al precisarse que Colombia es una Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo ***y la solidaridad de las personas que la conforman y en la prevalencia del interés general*** [211].

Nuevamente se la menciona al consagrarse los deberes de los habitantes del territorio nacional, en cuanto se determina que todo colombiano debe actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, en el numeral 2º del artículo 95 de la Constitución[212]. La Corte Constitucional en relación con este principio ha sostenido:

> **"3. El principio de solidaridad en la Constitución Política**
> La Carta Política identifica la naturaleza de nuestra organización institucional destacando a Colombia como un Estado Social de Derecho democrático, participativo y pluralista, fundado 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. Estos enunciados constitucionales básicos delimitan a su vez las relaciones que pueden darse entre los habitantes del país y las autoridades, al propio tiempo que el ejercicio de las acciones. Es decir, como lo ha reconocido esta Corporación, las

211 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.

212 ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.
Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.
Son deberes de la persona y del ciudadano:
1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. ***Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas***;
(….) (Lo destacado no lo es en el texto).

primeras normas del ordenamiento superior condensan la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, representando así los principios esenciales que irradian todo el espectro constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular. De lo cual se sigue que, estos principios o fórmulas constitucionales básicos se erigen como criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas superiores más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional, las relaciones de las personas con las autoridades o el ejercicio de las acciones mismas.[1]

La solidaridad, en tanto valor fundante provoca una pregunta a responder en la perspectiva ética, a saber: ¿qué modelo ético tiene la Constitución Política?

En principio, en un Estado laico no puede haber un modelo ético privilegiado, como sería, por ejemplo, el que obedece a una concepción utilitarista, bajo la cual se hace el bien por la retribución que se recibe; o también, aquel que se pliega a la tesis kantiana de hacer el bien por el bien mismo, en la órbita del imperativo categórico que quiere darle a la conducta humana un rol paradigmático frente a la comunidad.

Al respecto, el itinerario jurisprudencial de esta Corporación ofrece significativas expresiones que contribuyen ampliamente a la concreción de una respuesta constitucional, cual es la de que nuestro ordenamiento supremo no acoge un modelo ético privilegiado; antes bien, sobre la base del pluralismo y del respeto a la diferencia las instituciones colombianas están abiertas a todas las posibilidades éticas, con la indefectible condición de que las potenciales manifestaciones éticas sean compatibles para con la existencia y desarrollo de los derechos fundamentales.

En esta dimensión el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, al tiempo que, en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. Así las cosas:

El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.[2]

El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley. En sentir de la Corte:

Es la solidaridad social, a la cual todos estamos obligados y que todos, al mismo tiempo, podemos esperar de los demás: es obligación de todos y de cada uno proceder de conformidad con esa solidaridad; y cada uno de nosotros, lo mismo que la comunidad entera, tiene el derecho a que esa solidaridad se manifieste en su defensa.[3]

De otra parte, ha sostenido esta Corporación que la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización

política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios.[4]

El deber – derecho de solidaridad corre a cargo y a favor de cada miembro de la comunidad,[5] constituyéndose en patrón de conducta social de función recíproca, adquiriendo una especial relevancia en lo relativo a la cooperación de todos los asociados para la creación de condiciones favorables a la construcción y mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos.[6] Por donde, la solidaridad se despliega como columna vertebral para la articulación de voluntades en el propósito común de convivencia pacífica, desarrollo socio – cultural y construcción de Nación. No es de extrañar la trascendencia que la solidaridad ha tenido a través de la historia de la humanidad, propiciando mayores grados de civilización y desarrollo tecnológico, al igual que proveyendo a la solución de las imperiosas necesidades que suelen surgir de las grandes catástrofes naturales, de las enfermedades, de las hambrunas, de los incendios y de las mismas guerras.

En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico discurren múltiples expresiones de la solidaridad, siendo pertinente destacar, entre otras las siguientes: (i) la que le corresponde asumir al Estado, a la sociedad y a la familia frente al derecho a la vida digna; (ii) la que le atañe a las personas frente al deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad; (iii) la que le corresponde al empleador frente a la dignidad del trabajador que padece de alguna enfermedad catastrófica, manteniéndolo en su cargo, o si existe posibilidad de contagio, reubicándolo en otra plaza.

Finalmente, teniendo la solidaridad tanto móviles para su ocurrencia, no es de esperar que ella siempre despunte por generación espontánea, dado que, si bien la espontaneidad para dar de sí a quien lo necesita es una importante fuente de solidaridad, es de reconocer que ésta puede ser válidamente inducida,

promocionada, patrocinada, premiada y estimulada por el Estado en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohíja un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas.

4. Acerca de las normas sobre el deber. Egoísmo, altruismo y benevolencia. Interés personal e interés público.

4.1. Acerca de las normas sobre el deber y su cumplimiento se puede considerar en primer término el planteamiento socrático (Critón), conforme al cual el ciudadano respetuoso de la ley, de la Ciudad y de su Patria no tiene otra opción más justa que la de plegarse a los dictados de la ley; sí, la misma que lo engendró, lo cuida e instruye; y de la cual sólo puede sustraerse yéndose a país extranjero. Por lo cual, en tanto se quede en la Ciudad, el ciudadano debe hacer lo que la ley manda, sin que le sea dado atentar contra ella alegando obrar según su sentido personal de justicia. De tal suerte que si el mandato legal:

(…) envía a la guerra, para ser heridos o para morir, hay que hacerlo, que así es justo, sin huir el cuerpo, sin retroceder, sin abandonar la fila; y en guerra, en tribunal, en todas partes hay que hacer lo que manden Ciudad y Patria, o tratar de persuadirlas en lo que permita la justicia, mas no hacerles fuerza;[7]

Lo que equivale a decir que el ciudadano debe cumplir el mandato de la ley en todas las circunstancias, o con el posterior talante kantiano, que el deber inscrito en la ley se constituye en un imperativo ineludible para la persona en tanto regla de conducta, deseable. Postulado que se enmarca dentro de la moral deontológica, esto es, aquella que sostiene que ciertas acciones son correctas independientemente de sus resultados, y claro, en cuanto se adecuan a ciertos principios morales. Por contraste, el utilitarismo –en un sentido restringido- corresponde a una

concepción teleológica específica según la cual son deseables las consecuencias de las acciones que producen utilidad. Siendo por tanto correctas esas acciones.

Ahora bien, en relación con el problema lógico que suscitan las normas sobre deberes y su cumplimiento surge la tesis liberal, conforme a la cual, los deberes no se pueden imponer con prescindencia de la ley, esto es, la existencia y exigibilidad de los deberes sólo tiene validez y eficacia en tanto los preceda una ley que les permita nacer a la vida jurídica, al propio tiempo que dispone sobre la forma y oportunidad de su cumplimiento, dado que, los deberes sólo se pueden cumplir en la forma en que lo disponga la ley. Por manera que en la esfera deóntica no hay lugar para la discrecionalidad ni para la alternatividad potestativa en cabeza de los destinatarios de sus mandatos, pues, ellos deben limitarse a cumplir los respectivos deberes. Contrario a lo que ocurre con las facultades, donde la persona puede cumplir de manera alternativa, en un espectro de varias opciones.

4.2. Las personas realizan sus acciones con algún interés: individual, social o en ambos sentidos; enmarcándose, según el caso, dentro del interés personal y/o el interés público. A lo cual debe concurrir la política de interés público promoviendo el interés colectivo de las personas.

Al hacer un deslinde entre fines utilitaristas y fines no utilitaristas, cabe hacer una distinción entre los primeros, según el bienestar a promover. Así:

(…) hemos de distinguir entre egoísmo, altruismo y lo que John Stuart Mill denominó benevolencia. Un agente egoísta trata de promover su propio bienestar, independientemente de los efectos que su acción pueda tener sobre otros. El altruista se preocupa más del bienestar de los demás que del suyo propio. Un agente benevolente mira al bienestar de un grupo, del cual es miembro él mismo, dando a su utilidad ni más ni menos valor que a la de cualquier otro miembro del grupo.[9]

Es decir, mientras la conducta del altruista y el benevolente atienden al bienestar del grupo, en mayor o menor intensidad, según las

características vistas; por su parte el egoísta privilegia su propio bienestar.

4.3. En este orden de ideas, es innegable la coexistencia que se da entre el interés personal y el interés público, donde, mientras el primero se destaca por la promoción del bienestar propio, el segundo, se erige hacia la promoción del bienestar colectivo.

(…) una política irá en interés público si sus consecuencias cumplen uno o más de los valores fundamentales de la comunidad."[10]

Ahora bien, la sincronía del interés personal y del interés público depende tanto de la política de Estado como de los motivos y fines que guíen la acción de los individuos en los modelos vistos: el egoísta, el altruista y el benevolente. Siendo claro que una política que auspicie el fortalecimiento dinámico de los valores fundamentales de la comunidad se verá mejor servida con la concurrencia de múltiples voluntades benevolentes. Así las cosas, la prevalencia del interés público debe edificarse sin anular los legítimos intereses de los particulares, por lo cual, si bien éstos pueden ser limitados en virtud de lo público, tal circunstancia no puede extenderse válidamente hacia la negación del individuo." [213].

Entendido de tal manera el principio de solidaridad, es claro que analizado conjuntamente con el principio del secreto profesional, nos encontramos ante la posible colisión de estos dos derechos, caso en el que en nuestro criterio, debe prevalecer el principio de solidaridad, porque el mismo nos impulsa y nos obliga a socorrer a aquellos semejantes que se encuentren frente a un peligro grave y es claro, que evitar la comisión de un delito que perjudicará los intereses y derechos fundamentales de otra persona, debe predominar frente al hecho de la conservación de un secreto profesionalmente recibido.

Sin el reconocimiento, aceptación y práctica del principio de solidaridad, la vida en comunidad no fuere posible, porque es evidente que dentro del normal desenvolvimiento de las sociedades, de manera permanente se presentan tragedias naturales, guerras, revoluciones, graves manifestaciones delictivas que conculcan derechos fundamentales, frente a los cuales el Estado y la Nación deben responder solidariamente para auxiliar a las víctimas de tales hechos; y la solidaridad no solo en lo colectivo, sino

213 Sentencia C 459 de 11 de mayo de 2004. M.P. Jaime Araujo R.

también en las relaciones individuales, porque siempre habrá sucesos que coloquen a algunos ciudadanos en situación de peligro o de desesperanza y en necesidad de ser auxiliados en esos momentos trágicos.

El segundo principio que debe ser tenido en cuenta en la solución de este tipo de conflictos es el de la proporcionalidad, respecto del cual la Corte Constitucional ha sostenido:

> "Dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser "*proporcionales stricto sensu*"[214], esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar. Así ha dicho esta Corporación:
>
> "En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. 'Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional'

214 Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997 MP Alejandro Martínez Caballero. Sobre el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*, en la sentencia C-584 de 1997 se precisa que " Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional."

La jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5 — del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 —del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución —que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción.[215]

Esta Corte se ha pronunciado sobre las características y el método de análisis empleado en el juicio de proporcionalidad en varias sentencias, como por ejemplo en la sentencia C-916 de 2002, donde dijo lo siguiente:

"En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

"(…) En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza

215 Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. El problema constitucional que planteó la demanda fue si el Legislador podía o no derogar los tipos penales de bigamia y matrimonio ilegal, o si dicha derogación vulneraba la Carta y, en especial, desconocía la protección constitucional de la familia y del matrimonio (CP Arts. 5, 42 y 44).

normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).

"En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.
(…)
"(…) La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales.

Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

"No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate.

> Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo."[216]

Finalmente, el tercer principio que debe ser tenido en cuenta para la solución de estas eventuales colisiones de derechos es el principio de ponderación, respecto del cual la Corte Constitucional ha sostenido:

> " **7. Razonabilidad y proporcionalidad de la medida legislativa acusada**
>
> La doctrina constitucional asegura que frente la jerarquía equivalente de los principios constitucionales, los conflictos emanados de su aplicación deben resolverse a partir del balance de sus mutuas implicaciones. Esta alternativa parte del reconocimiento de que la Constitución Política rige como un todo sistemático y armónico, en el que ninguna sección ostenta una primacía formal sobre la otra [36]. El juicio de ponderación obliga así a considerar los elementos circundantes a cada principio en pugna, para determinar, luego de un análisis de alcances y consecuencias, derivado del peso mismo de cada principio, a favor de cual debe resolverse la colisión.
>
> La finalidad del juicio de ponderación es la maximización de los principios involucrados en las normas en disputa –cuando el análisis se hace respecto de normas jurídicas- de manera que ninguno de los extremos resulte anulado, sino meramente atenuado por el que lo enfrenta. En palabras de la Corte, la *"Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia*

216 Sentencia C 822 del 10 de agosto de 2005. M.P. Manuel José Cepeda E.

relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro"[37].

Sobre dicho tópico, la Corte señaló:

> "La Corte Constitucional ha precisado que en los casos de enfrentamiento de las normas constitucionales que sirven de respaldo a ciertos derechos, el principio de unidad constitucional exige interpretar la Constitución como un todo armónico y coherente, en tanto que el principio de armonización concreta "impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o la restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra". (Sentencia No. T-425 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) [38].

Vemos entonces que, si se acude a los anteriores principios, necesariamente se concluye que, frente a la inviolabilidad del secreto profesional, y su inobservancia para preservar los derechos de otra persona que van a ser conculcados con la consumación de un hecho delictivo, los principios de solidaridad, proporcionalidad, y ponderación nos llevan de manera necesaria a la revelación del secreto profesional para evitar la perpetración de un delito en perjuicio de una persona inocente.

Muchas gracias por la atención prestada.

Bogotá, 19 de noviembre de 2021.

SISTEMA EDUCATIVO COLOMBIANO

Diana Julieta Olivo Ospina.
Abogada Secretaria
Tribunal de Ética Médica el Valle del Cauca

En algunas ocasiones dentro de procesos adelantados en el TEMV hemos encontrado que profesionales de la medicina contra quienes se inicia una investigación remiten certificados de asistencia o diplomas que no reemplazan en manera alguna una especialidad médica pero que tanto el médico como su apoderado de confianza pretenden que se les brinde un valor académico y de cierta manera justificar la practica dentro del ejercicio profesional de actividades que requieren una idoneidad mayor, si bien este esfuerzo resulta infructuoso, nos hemos detenido a revisar conforme a la normatividad existente que mérito académico poseen esta clase de certificaciones y ha sido esta situación que se da con mayor frecuencia en procedimientos con fines estéticos la que ha originado nuestro interés en compartir esta pequeña charla con todos ustedes, la cual en un principio titulamos como "validez legal de los cursos educativos de mediana y corta duración" pero luego consideramos que realmente se trata de algunas notas generales sobre el sistema educativo colombiano.

En Colombia la educación se define como un proceso de formación permanente, personal cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.

En nuestra Constitución Política se dan las notas fundamentales de la naturaleza del servicio educativo. Allí se indica, por ejemplo, que se trata de un derecho de las personas, de un servicio público que tiene una función social y que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia respecto del servicio educativo con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral,

intelectual y física de los educandos. También se establece que se debe garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

Estructura General

El sistema educativo colombiano se estructura mediante niveles, que son grandes etapas del proceso de formación. Estos niveles a su vez pueden estar organizados mediante ciclos, que son etapas más cortas y que agrupan grados con objetivos educativos específicos iguales. Finalmente, los ciclos están conformados por grados, que se refieren a la ejecución ordenada del plan de estudios durante un año lectivo, por lo que cada grado tiene un año de duración y objetivos específicos para este periodo de tiempo.

Así, la educación reconocida como formal está constituida por 5 niveles: inicial (prejardín y jardín), preescolar (transición), básica (primaria cinco grados y secundaria cuatro grados), la educación media (dos grados y culmina con el título de bachiller.), y la educación superior.

La educación no formal o para el trabajo y el desarrollo humano se organiza por horas de trabajo o por créditos académicos y no se rige por el sistema anterior. Y en cuanto a la educación informal, consecuente con su definición, no está organizada y se refiere a personas e instituciones cuya finalidad no es principalmente educativa.

La educación para el trabajo y el desarrollo humano y la educación informal están regidos en Colombia por la Ley 1064 de 2006. Está regulada por el Ministerio de Educación Nacional y tiene carácter de educación continua conforme al Decreto 2020 de 2006. Se reglamenta por medio del Decreto 2888 de 2007, derogado y reemplazado por el Decreto 4904 de 2009.

Se considera Educación Informal a todas aquellas actividades que representen algún tipo de estudio o entrenamiento que no conducen a ningún tipo de grado. Esto incluye el entrenamiento a sus empleados que ocurre al interior de las empresas o los programas Preuniversitarios Esta educación, según el número de horas y el objetivo conducente, no exige una regulación por parte del Ministerio de Educación Nacional o de las Secretarías de Educación departamentales o distritales.

De conformidad con el artículo 2.6.6.8 del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación 1075 de 2015, la oferta de educación informal tiene como objetivo brindar oportunidades para complementar, actualizar, perfeccionar, renovar o profundizar conocimientos, habilidades, técnicas y prácticas este conocimiento libre y espontáneo adquirido, proveniente de personas, entidades, medios masivos de comunicación, medios impresos, tradiciones, costumbres, comportamientos sociales y otros no estructurados.

Hacen parte de esta oferta educativa aquellos cursos que tengan una duración inferior a 160 horas. Su organización, oferta y desarrollo no requieren de registro por parte de la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada y solo dará lugar a la expedición de una constancia de asistencia.

Para su ofrecimiento deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2.6.6.8 de Decreto 1075 de 26 de mayo de 2015 y es la Superintendencia de Industria y Comercio es quien regula la actividad de los servicios educativos informales.

Toda promoción que se realice, respecto de esta modalidad deberá indicar claramente que se trata de educación informal y que no conduce a título alguno o certificado de aptitud ocupacional. Decreto 4904 de 2009, artículo 5.8., es decir, el alcance y finalidad de los mismos está claramente definido por la ley, así como su valor educativo.

En la práctica, y debido a la naturaleza misma del fenómeno educativo, las fronteras entre categorías se difuminan fácilmente, sobre todo entre la educación no formal y la informal, aunque en líneas generales la primera se caracteriza por ser un proceso educativo institucionalizado y grupal, mientras que la segunda es todo proceso educativo que no es ni formal ni no-formal. Esta distinción tripartita pasó a asociarse además a un nuevo concepto que surgió también por entonces en el ámbito de la política educativa: el del aprendizaje permanente o a lo largo de toda la vida.

La educación informal es una alternativa que da la posibilidad de desarrollar procesos de aprendizaje no convencionales y en ocasiones más efectivos, ya que brinda herramientas distintas que nos son permitidas en la educación formal y no formal como la lúdica, la experiencia virtual, los juegos.

En este punto de la charla queremos regresar a la educación formal donde consideramos importante destacar lo atinente a la convalidación de títulos de educación superior obtenidos en el exterior, ya que esta clase de titulaciones se vienen aportando a las investigaciones ético profesionales cada vez con mayor frecuencia en nuestro tribunal seccional.

Convalidación de títulos obtenidos en el exterior

Es el proceso de reconocimiento que el Ministerio de Educación Nacional efectúa sobre un título de educación superior otorgado por una institución legalmente autorizada en el país de origen. Este reconocimiento permite adquirir los mismos efectos académicos y legales en Colombia que tienen los títulos otorgados por las instituciones de educación superior colombianas.

Se pueden convalidar los títulos que correspondan a un nivel de educación superior en el país de origen del título; estos deben ser de educación superior formal, deben estar culminados y debidamente apostillados o legalizados, así como traducidos al idioma español.
Las titulaciones más comunes son:

1. Técnicos y tecnólogos
2. Pregrados, *bachelors*, grados o licenciaturas
3. Maestrías y especialidades médicas
4. Doctorados

Hay tres criterios de convalidación:
Acreditación o reconocimiento, precedente administrativo y evaluación académica.

La definición de estos criterios tiene la finalidad de hacer el proceso más ágil y reconocer los sistemas de aseguramiento de la calidad. Estas son las principales características de cada uno de los criterios:

ACREDITACIÓN O RECONOCIMIENTO

Este criterio se aplica cuando se ha cumplido con todos los requisitos generales y se verifica que la institución y/o programa académico se encuentran acreditados por una agencia de acreditación reconocida en el

país de origen del título. En algunos países se habla de reconocimiento y no de acreditación.

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Este criterio se aplica cuando el título a convalidar es similar a otros ya convalidados y cuando se cumplen las siguientes características:
Programa académico igual (denominación; contenidos; carga horaria total del programa académico; duración de los periodos académicos; y modalidad).

- El título debe haber sido otorgado por la misma institución educativa.
- Deben existir al menos 3 evaluaciones académicas en el mismo sentido (denominación, contenidos, carga horaria total del programa académico, duración de los periodos académicos y metodología).
- No debe existir una diferencia superior a 4 años entre la fecha de otorgamiento del título sometido a convalidación y al menos una de las tres 3 evaluaciones académicas que constituyan precedente.

EVALUACIÓN ACADÉMICA

En este criterio, la Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior - CONACES o el órgano evaluador que el Ministerio de Educación Nacional designe para el efecto, estudia, valora y emite un concepto sobre la formación académica adquirida en el exterior por el solicitante, con relación a los programas ofertados en el territorio nacional, que permita o niegue la convalidación del título a través de un análisis técnico integral, en el que se evalúan aspectos como: i) contenidos; ii) carga horaria del programa académico; iii) duración de los periodos académicos; y, iv) modalidad. Cuando el título a convalidar no se enmarca en los criterios de acreditación o reconocimiento y precedente administrativo, se da aplicación al criterio de evaluación académica.
Todos los títulos del área de la salud se adelantan exclusivamente bajo el criterio de evaluación académica.

Sobre este particular, recordemos que en mayo de 2016 el Ministerio de Educación Nacional suspendió las convalidaciones en trámite de títulos de posgrado de cirugía plástica otorgados en el exterior por 4 universidades de Perú, Argentina y Brasil. La medida se toma luego de recibir denuncias

de presuntas irregularidades en documentación presentada por algunos médicos de las siguientes 4 universidades: la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Veiga de Almeida de Brasil y la Universidad Nacional de la Plata de Argentina.

La Fiscalía General de la Nación señaló que se habrían presentado irregularidades en el proceso de convalidación y homologación de títulos de especialización en cirugía plástica, proceso en que son investigados 43 profesionales de la salud y algunos funcionarios del Ministerio de Educación.

En cuanto a los títulos que ya fueron convalidados por parte del MEN de estas 4 universidades también haremos las verificaciones, y si se encuentra algún fraude, solicitaremos inmediatamente al Consejo de Estado la suspensión provisional de las convalidaciones a los médicos que la obtuvieron de manera ilegal o fraudulenta, como mecanismo para proteger la vida de las personas que acuden a practicarse procedimientos con ellos, pondremos los casos en conocimiento del Tribunal de Ética Médica y de la Fiscalía General de la Nación", concluyó la Viceministra de Educación Superior.

Si bien hasta el momento el TEMV no ha recibido ninguna solicitud de investigación a un médico por solicitud del MEN y poco se conoce del avance del proceso penal, consideramos importante tener presente si dentro de los títulos aportados por un profesional de la medicina en un proceso disciplinario se encuentra un título de educación superior expedido por alguna de las 4 instituciones mencionadas debe solicitarse al MEN que verifique la idoneidad de los mismos.

Agradezco mucho su atención y paciencia para escuchar sobre estos aspectos del sistema educativo colombiano y su valoración al interior de los procesos que los TEM adelantamos

ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO ÉTICO PROFESIONAL AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – CPACA.

LUIS HERNANDO VAN STRAHLEN FAJARDO
Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

A lo largo de la evolución jurídico-política, se evidenció que el incumplimiento de los deberes y obligaciones propios de las personas que ejercen funciones y servicios especiales merecía una sanción distinta a la penal, en atención a los diferentes intereses que se protegen en uno y otro campo[217]. También se reconoce que el control disciplinario puede ejercerse sobre diversos tipos de personas que ejercen ciertas competencias o facultades y sus normas regulatorias operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a individuos, que están sometidos a una sujeción especial como los servidores públicos, o a profesionales que tienen determinados deberes exclusivos como médicos, abogados o contadores[218].

Desde hace mucho tiempo también, la doctrina y la jurisprudencia reconocen en Colombia la naturaleza administrativa del control disciplinario, con algunas excepciones, lo que supone la aplicación, a partir de 1991, de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta Constitucional, postulados que integran un gran abanico de derechos y garantías del sujeto sometido a una situación especial de sujeción, como es el control disciplinario sobre quien ejerza una función administrativa[219], entre ellas el debido proceso que indudablemente también se debe observar en este último procedimiento[220].

217 Para profundizar en la individualidad del Derecho Administrativo Sancionador ver Nieto Alejandro, "*Derecho Administrativo Sancionador",* Tecnos; De Palma del Teso Ángeles, *"El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador"*, Tecnos; Ossa Arbeláez Jaime, *"Derecho Administrativo Sancionador*", Legis Editores S.A.

218 Corte Constitucional sentencia C-948 de 2002

219 Corte Constitucional, sentencia C-427 de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

220 Corte Constitucional, sentencia C-259 de 1995, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

Así, el legislador asignó la función de disciplinar a los profesionales médicos mediante un procedimiento de carácter administrativo-disciplinario, que busca velar por el ejercicio adecuado de su actividad, teniendo en cuenta la responsabilidad y los riesgos que acarrea el ejercicio de la medicina para el paciente y para la sociedad, garantizar que la actividad médica sea ejercida atendiendo a criterios éticos útiles para censurar comportamientos indeseables o reprochables descritos en la ley, en beneficio de los pacientes, del personal subalterno y paramédico, de los colegas médicos, de las entidades e instituciones vinculadas a la prestación de los servicios médicos y, por ende, en favor del interés general representado por la sociedad.[221]

Además, la potestad disciplinaria asignada mediante la Ley 23 de 1981 a los Tribunales de Ética Médica, contribuye a la salvaguarda del buen nombre, del prestigio profesional y de la responsabilidad de quienes ejercen la medicina, profesionales que, con fundamento en las disposiciones de la citada norma, conocen de antemano los parámetros a partir de los cuales pueden ser pasibles de las acciones allí establecidas.[222]

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA a quienes ejerzan función administrativa- entre otros quienes desarrollan control disciplinario-, el mencionado estatuto establece *que "sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código"* (art. 2 CPACA).

A su turno, el propio CPACA introdujo en el Capítulo III del Título III de la Parte Primera, las disposiciones sobre el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, que podríamos denominar general a falta de normas especiales o integrador en caso de vacíos en ellas si las hubiere, como lo consagra expresamente la parte inicial de su artículo 47 al disponer:[223]

"Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a

221 Corte Constitucional sentencia C-620 de 2008.

222 Corte Constitucional sentencia C-030 de 2012.

223 Así lo ha manifestado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de noviembre 15 de 2016 radicaciones Nos. 2272 y 2309

las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.
(…).”

En conclusión, en nuestra interpretación, no cabe duda que, si bien el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 hace la remisión en lo no previsto al Procedimiento Penal, lo cierto es que, lo indicado es acudir a un sistema normativo acorde con la naturaleza y finalidad de la función disciplinaria que ejercen los Tribunales de Ética Profesionales, en este caso concreto los de los médicos, lo que aparece manifiesto con mayor contundencia a partir del año 2011 con la expedición del CPACA que, como quedó dicho es la norma integradora en materia sancionatoria administrativa, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado[224].

Por esta razón, el Tribunal de Ética Médica de Bogotá ha venido realizando un ejercicio de construcción de una herramienta que permita visualizar la organización y el transito paso a paso del procedimiento disciplinario ético médico consagrado en la Ley 23 de 1981 adecuado y conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA en lo que respecta al llenado de sus vacíos y lagunas. Es por ello que fruto de ese estudio, la Corporación seccional se permite compartir, con el ánimo de discutir y generar consenso entre los miembros de la organización disciplinaria médica del país, el siguiente FLUJOGRAMA que muestra a nuestro juicio el camino que se inicia cuando se instaura una queja o denuncia contra un profesional médico, señalando en cada momento las disposiciones de procedimiento aplicables directamente o por remisión.

Muchas Gracias.

224 Ïbidem.

DIVISIÓN DEL TRABAJO Y PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL ACTO MÉDICO

JUAN FELIPE ÁLVAREZ ARBOLEDA
Abogado Asesor del Tribunal de Ética Médica de Antioquia

Como es de sobra conocido por todos los presentes, en el acto médico puede verse involucrado un solo profesional de la medicina, como sería el ejemplo de la consulta externa, o por el contrario, pueden intervenir varios profesionales de la medicina, como en el acto quirúrgico, evento en el que participan, además, no solo médicos, sino enfermeros, auxiliares de enfermería, etc.

La pluralidad de intervinientes en el acto médico supone, necesariamente, la división de funciones entre cada uno de los participantes y, por ende, la existencia de ámbitos de competencia.

Ahora bien, cuando el acto quirúrgico es exitoso no existe ningún inconveniente, pero, cuando se le causa un daño al paciente, surge la pregunta obvia de ¿Quién es el responsable? Y, ante una pluralidad de intervinientes, es necesario que podamos delimitar o establecer ámbitos de responsabilidad.

Quizás el instrumento más adecuado para este fin sea el que se conoce como principio de confianza. Éste surge de un fenómeno evidente en todas las relaciones sociales, que no es otro que el hecho de que confiamos en que cada uno de nosotros, primero, respetará el ordenamiento jurídico y, segundo, en esa medida llevará a cabalidad las funciones que le han sido encomendadas.

Así las cosas, todos nosotros nos servimos diariamente de este principio, confiamos en que las demás personas van a respetar las normas de tránsito, confiamos en que cuando tanqueamos el carro, la persona de la gasolinera nos está vendiendo la gasolina de la calidad que le pedimos y en la cantidad solicitada, etc.

Resulta que, en materia médica este principio de confianza también tiene aplicación, y se torna mucho más importante porque son muchos los escenarios clínicos en los que existen intervenciones de dos o más personas, cada una de ellas con una competencia particular y, por ende, con un ámbito de responsabilidad determinable.

Desde luego que las relaciones que surgen durante un acto quirúrgico, por ejemplo, son de una índole tan variada que no es posible valorarlas todas con el mismo rasero, por supuesto no es lo mismo hablar de la relación entre el anestesiólogo y el cirujano, que aquellas que se presentan entre este último y el instrumentador quirúrgico.

Es por lo anterior que tanto a nivel académico como jurisprudencial, la aplicación del principio de confianza varía o cambia, según la forma en la cual se divida el trabajo. Existen, particularmente, dos formas de división del trabajo en el acto médico, la división vertical y la división horizontal del trabajo, las cuales paso a explicar junto con su importancia en relación con el principio de confianza.

Empecemos, primero, dejando claro lo que se entiende por división del trabajo. Para todos es conocido que la época del médico de cabecera o de familia, que se ocupaba de todas las enfermedades que pudiera sufrir una persona a lo largo de su vida ha quedado atrás, en la práctica clínica es usual encontrar que los pacientes requieren de la intervención de diferentes profesionales de la salud. La evolución científica, las nuevas ofertas académicas con múltiples especialidades y subespecialidades, hacen imposible que un solo profesional médica pueda conocer todos los campos de la salud.

En esa medida, un paciente suele pasar inicialmente por un médico general, quien, según sea el caso lo remitirá a un especialista, quien, de necesitar alguna ayuda diagnóstica, lo remitirá a su vez a otro profesional, etc. Cada uno de quienes participan de la atención de este paciente cumple una función específica que contribuye para que el enfermo pueda ser valorado y tratado de la mejor manera posible.

Ahora bien, esta división de funciones supone algunos retos desde el punto de vista jurídico en aquellos casos en los que se causa algún daño y es necesario establecer si alguien es responsable por su ocurrencia.

Es en estos casos en los que cobra importancia el principio de división del trabajo, esto es, la forma en la cual se distribuyen las tareas entre quienes participan de un mismo acto médico.

Es indispensable dejar en claro que no toda actividad en la que concurren múltiples personas supone ya una división del trabajo. Por ello es menester tener en cuenta que:

> (…) para decir que en el desarrollo de una actividad existe una división del trabajo parece exigirse algo más que la simple pluralidad de intervinientes. (…) se exige otro requisito relacionado, en mi opinión, con el término trabajo. El término trabajo hace referencia a una actividad que requiere un esfuerzo destinado a un mismo fin. (Rodríguez, 2012, p.251)

Existen dos clases de distribución o de división del trabajo, estas son, la división horizontal y la división vertical, para definir cuál de ellas es la que rige en un caso concreto, es necesario evaluar la clase de relación que guardan entre sí los diferentes intervinientes. Como explica Rodríguez (2012) "se puede decir que la división horizontal del trabajo supone interactuación de los participantes en una relación de igualdad, mientras que en la organización vertical impera un principio de jerarquía, es decir, existe una relación de supra-subordinación." (p.188)

Vamos a iniciar por las relaciones de orden horizontal. Éstas parten de poder establecer relaciones de igualdad entre quienes participan en el cuidado de un paciente; el ejemplo que siempre se menciona para ilustrar este asunto es la división del trabajo existente entre el cirujano y el anestesiólogo durante una cirugía. Puesto que cada uno de ellos, a partir de su especialidad tiene un ámbito de competencia que no es mayor ni menor que el del otro.

¿Cómo funciona entonces el principio de confianza en estos casos? Funciona como la expectativa legitima y protegida jurídicamente que tiene tanto el anestesiólogo como el cirujano de confiar en que el otro está capacitado para desarrollar su tarea y además la está llevando a cabo conforme la Ley 23 de 1981.

Es apenas obvio que esta confianza tiene límites, como menciona Vallejo (2012) "si bien por regla general los profesionales que se encuentren en supuestos de división horizontal pueden confiar en el trabajo que cada

uno realiza, este nivel de confianza debe hallarse interrumpido cuando se observe una infracción de la diligencia debida de parte del tercero" (p.173)

Es cierto que cada profesional debe velar por ser respetuoso de la lex artis y, por supuesto de la Ley 23 de 1981, pero esto no quiere decir que pueda ser totalmente ajeno a la actuación de los demás intervinientes, si llegado el caso, observa que el otro profesional se aparta de la lex artis, deberá tomar las medidas necesarias para salvaguardar la vida e integridad del paciente. Nuevamente Vallejo menciona:

> (…) el principio de confianza pierde su efectividad, cuando el médico advierte en el momento en que se está llevando a cabo su actuación, que por parte de su colega -tercero- ha habido un descuido que es fácilmente constatable, pudiendo ser determinado por aquel de acuerdo a sus conocimientos y a los de cualquier médico medio ideal ubicado en la misma situación del autor. (Vallejo, 2012, p. 179)

En conclusión, cuanto podamos afirmar que durante un acto médico los intervinientes mantienen relaciones de carácter horizontal, el principio de confianza autoriza a que cada uno de ellos confíe en que los demás harán su labor conforme lo ordena el derecho. Por lo que, en caso de una infracción, daño o lesión al paciente, cada uno responderá únicamente de aquello que le correspondía realizar.

Por otro lado tenemos la división vertical del trabajo entendida como aquella que surge o tiene lugar cuando existen relaciones jerárquicas o de subordinación durante el ejercicio de la medicina. En estas circunstancia el principio de confianza opera de manera diferente, puesto que quien ostenta una posición de mayor rango debe ejercer tareas de vigilancia, coordinación o supervisión en relación con el desempeño de sus inferiores. En particular suelen mencionarse algunos deberes.

Deberes de control frente a la delegación y asignación de tareas: estos deberes, de acuerdo con Vallejo (2012) son anteriores a la aplicación del principio de confianza. En primer lugar, es un deber delegar en personas adecuada para el cumplimiento de la tarea, verificando su capacidades técnica o profesional. Entre mayor sea la capacidad o experiencia más confianza podrá tener el superior en el cumplimiento de sus instrucciones. En ese mismo sentido, suele hablarse de un deber de coordinación, "el cual

implica para el superior jerárquico establecer correctamente el reparto de las tareas atendiendo las circunstancias materiales, temporales y personales en las que se deba llevar a cabo la actividad." (Vallejo, 2012, p. 184)

El cumplimiento de las tareas o deberes mencionados es un indicativo de prudencia, por el contrario "El incumplimiento de estos deberes limita la posibilidad de confiar; por lo tanto, el sujeto solo podrá hacerlo si previamente ha seleccionado, instruido y coordinado las tareas del subordinado; si se cumple con estos tres deberes, el superior jerárquico no tendrá motivos para desconfiar de la idoneidad del tercero para llevar a cabo la función delegada" (Vallejo, 2012, p. 185)

Deberes de cuidado, inspección o control: adicionalmente, se presenta también la obligación del superior jerárquico de ejercer actos destinados a evaluar el adecuado cumplimiento de las tareas delegadas u ordenadas. Cuando el superior realiza un control oportuno se afirma que puede confiar en la actividad del subordinado. Es necesario resaltar que el control no tiene que ser permanente, exigir que el superior esté presente en todo momento no le permitiría a él llevar a cabo sus propias funciones. Así las cosas, los actos de vigilancia que deba realizar la persona van a depender de las capacidades, el conocimiento y la experiencia que tenga el subordinado, puesto que no es igual el control que debe ejercerse frente a alguien con muchos años de experiencia que frente a aquella persona que recién ha sido asignada al cargo.

Por último, debemos recordar que la responsabilidad es siempre individual en materia sancionatoria, por lo tanto, es necesario que podamos establecer los ámbitos de responsabilidad de cada uno de los individuos que intervienen en el actuar médico, asunto que necesita una atención prioritaria por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica para establecer lineamientos a seguir.

OBRAS CITADAS

Rodríguez, V. (2012). Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico – sanitaria. Madrid: Marcial Pons.

Vallejo, G. (2012). Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica. Tesis doctoral – Universidad de León.

EL DERECHO DEL PACIENTE A NO QUERER RECIBIR INFORMACIÓN SOBRE SU PROCESO DE ENFERMEDAD

ALEJANDRA MARÍA ZAPATA HOYOS
Abogada Secretaria del Tribunal de Ética Médica de Antioquia

"El médico que no entiende de almas no entenderá de cuerpos"
(José Narosky)

A través del tiempo han sido ingentes las luchas por ganar terreno en cuanto a la posibilidad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo, superando de a poco la corriente paternalista. En ese proceso se ha desarrollado el derecho a recibir información, como un eje fundamental para autodeterminarse, en lo que tiene que ver con aquellos aspectos que tocan directamente con la salud.

En ese escenario, parecería absurdo que luego de haber superado tantas batallas, pueda encontrarse alguna persona decidida a no ser informada sobre los pormenores de su situación de salud. A primera vista no podría darse crédito al hecho de que una persona quiera renunciar a su derecho a ser informada sobre su proceso de enfermedad y todo lo que ello implica.

Para adentrarnos en este tema, a renglón seguido, se citará un caso[225] que ilustra de manera clara esta situación y refleja una problemática latente, donde están involucrados varios actores, la familia, el equipo de salud, el médico tratante y desde luego el paciente:

> *Se trata de un paciente a quien le fue diagnosticado un Linfoma No Hodgkin. Al saber la noticia su familia decidió no contarlo a*

225 Tomado de queja presentada ante el Tribunal de Ética Médica de Antioquia en septiembre del año 2020. La investigación se encuentra en curso y aún no se ha tomado una decisión de fondo. Las opiniones aquí plasmadas, son personales y no comprometen en lo absoluto el criterio del Tribunal. No se valorará ninguna conducta médica en concreto, sino que se abordará la problemática que plantea el caso en términos generales.

su padre de manera detallada ya que sabían que, al enterarse de su estado de salud, ello le generaría un impacto negativo y podría entrar en una depresión que aceleraría su proceso de muerte.

El paciente presentó metástasis que comprometían varios órganos. La familia era consciente del pobre pronóstico y su padre no quería discutir sobre el asunto. El padre tuvo cita con psicología y manifestó no querer saber lo que tenía, la familia indica que la psicóloga sabía del pacto de silencio acordado en su núcleo familiar. Luego el padre tuvo cita con el oncólogo, quien, sin consentimiento previo del paciente, le manifestó que tenía cáncer, lo que inmediatamente generó que se descompensara y entrara en shock. La familia hace el reclamo al médico, quien manifestó que no había sido advertido de ello.
Desde ese momento el padre empeoró, no comía, no dormía, no hablaba, no se bañaba, no quería nada; es decir, entró en una profunda depresión y falleció dos semanas después de conocer el diagnóstico.

Teniendo presente la situación, es pertinente ilustrar, así sea de manera somera, algunos temas que tienen relación directa con el asunto en cuestión, los cuales se abordarán a continuación.

I. EJERCICIO Y RENUNCIA DE LOS DERECHOS

No han sido pocas las luchas a nivel mundial por la reivindicación de los derechos de las personas, a todo nivel, a saber: derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, de identidad de género, entre otros; es decir, la búsqueda del reconocimiento y respeto por los derechos que permean todas las áreas de la vida de una persona, ha sido incesante.

En nuestro país, la consagración de estos derechos se encuentra en la Constitución de 1991, donde se contempla como un fin esencial del Estado, garantizar la efectividad de los mismos. Así las cosas, toda persona goza de la posibilidad de ejercer sus derechos, sin más limitación que el respeto, a su vez, de los derechos de los demás.

Ahora bien, si una persona tiene a su disposición la posibilidad de ejercer libremente sus derechos, ello quiere decir que, por oposición, hace parte de

esa misma libertad, el negarse o abstenerse de hacerlo. Esto es indicativo de que no existen derechos absolutos, en la actualidad ni siquiera el derecho a la vida lo es, de tal manera que alguien puede renunciar a él, como lo estamos viendo con el tema de la eutanasia que ha estado en auge por estos días.

Así las cosas, tener un derecho, implica a su vez, la posibilidad de decidir si lo ejerzo o no, cuándo lo hago y bajo qué condiciones o circunstancias. Ello obviamente, excluye la coacción de un tercero, pues de ser así, sería un no ejercicio de derechos impuesto y por lo tanto, desprovisto de libertad y autonomía.

II. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN

Dentro de la evolución y desarrollo de la medicina, ha ido ganando terreno paulatinamente, el derecho del paciente a recibir información, como un componente fundamental de la posibilidad de tomar decisiones de manera consciente sobre el propio cuerpo y de contera sobre el destino de la propia vida, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Sobre ello la Corte Constitucional en sentencia T- 595 de 2017 señaló que:

> *"El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política[226], se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana y con la autodeterminación. Ha sido definido constitucionalmente como la posibilidad que tiene cada persona de escoger su propia opción de vida, limitada únicamente por los derechos de los demás y por el ordenamiento jurídico[227].*

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que este derecho fundamental *"protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. En esta medida, ha señalado que, en el artículo 16 de la Carta Política, se consagra la libertad in nuce, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad.*

226 **Artículo 16. "Libre desarrollo de la personalidad.** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico."

227 Corte Constitucional, sentencia T-407 de 2012

Así caracterizado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial"[228]

Así las cosas, entran en juego diversos derechos, que interconectados, permiten materializar la autonomía de la que gozan los sujetos para tomar de manera libre, las decisiones que interfieren directamente en todas las esferas de su vida.

En este escenario toma forma lo que se conoce como consentimiento informado; es decir, la aquiescencia para ser sometido a un tratamiento o procedimiento médico determinado, una vez se ha accedido de manera detallada, a toda la información de trascendencia, relativa a ese determinado asunto. Se trata a su vez, de una materialización del derecho a la autonomía personal, pues es el individuo el que, conociendo los pormenores de la situación, los pro, lo contra, las consecuencias, los riesgos, las posibilidades de éxito y demás, tiene el derecho a decidir si se somete o no a la intervención propuesta por su médico tratante o por el equipo de salud.

III. EL DERECHO A NO SABER

El derecho a no saber no es más que la facultad de una persona para renunciar a la obtención de determinada información sobre sí mismo.[229]

Esta decisión que toma un paciente de no querer recibir información, ha tenido desarrollo sobre todo en el campo de la genética. Ello tiene sentido debido a la trascendencia de esta clase de información en la vida de un individuo y las repercusiones que puede tener no sólo a nivel familiar sino incluso social y cultural[230]. Al respecto se ha dicho:

228 Corte Constitucional, sentencia SU-642 de 1998

229 "El derecho a no saber en el ámbito de los análisis Genéticos". Informe del experto N° 13. Fundación Salud 2000. Pág. 4. Diciembre de 2015.

230 "Información Genética y Derecho a no saber". José Ignacio Solar Cayón. Universidad de Cantabria. Pág 393 "La información genética presenta unas características sumamente especiales que la singularizan respecto del resto de las informaciones relativas a la salud. Esta información tiene un carácter permanente; afecta al núcleo más íntimo de la propia identidad personal, en cuanto da cuenta de aquellos rasgos únicos e irrepetibles que constituyen la base de la individualización y que condicionan en gran medida el resto de los rasgos biológicos; al mismo tiempo, trasciende la dimensión meramente individual, aportando información relevante acerca del grupo familiar e incluso del grupo étnico; desvela aspectos ocultos de nuestra constitución física y de nuestra

"El carácter permanente de la información genética, la imposibilidad en muchos casos de reducir los riesgos de padecer en el futuro la enfermedad detectada o de trasmitirla a los descendientes, la carencia de un tratamiento efectivo para la misma (aunque es posible diagnosticar el 95% de las enfermedades genéticas más habituales, sólo se dispone de tratamiento para un reducido número de ellas), e incluso el posible carácter estigmatizador de la información, son, sin duda, factores que pueden tener un profundo impacto psicológico sobre el individuo, afectando muy negativamente a su capacidad de decisión y, en definitiva, a sus relaciones familiares y sociales.

Por ello, no resulta extraño que haya sido en este ámbito de los datos genéticos donde se ha planteado con especial fuerza la legitimidad del derecho del individuo a desconocerlos." Subraya fuera de texto.[231]

En la legislación española, específicamente, en la Ley 41 de 2002, se consagra expresamente el derecho de toda persona a que se respete su voluntad de no ser informada. Así el artículo 4, numeral 1 de la citada ley, indica lo siguiente:

"Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. ***Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.*** *La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias".* (Negrilla fuera de texto)

salud; encierra las claves de nuestro origen biológico; posee una enorme capacidad predictiva respecto a las predisposiciones y a la salud futura tanto del sujeto como de su descendencia; y es susceptible, por el enorme potencial de desarrollo de las técnicas en este ámbito, de usos e investigaciones cuyas posibilidades se desconocen en el momento de la realización de las pruebas o de la recogida de datos. Estas características dotan a la información genética de una relevancia jurídica especial por su extraordinaria capacidad de afectación a la autonomía del sujeto y por el impacto potencialmente discriminatorio e invasivo de los derechos individuales que puede acarrear su incorrecta utilización[2]".

231 Ibídem. Pag. 396

En nuestra legislación, si bien no hay una norma que lo consagre con esa literalidad, es dable concluir, como se explicó en los acápites anteriores, que con fundamento en la autonomía y en la libertad, es posible que una persona renuncie a su derecho a ser informado.

IV. DIFERENCIA ENTRE DISENTIMIENTO, RENUNCIA A RECIBIR INFORMACIÓN Y PRIVILEGIO TERAPÉUTICO

Una vez el paciente ha recibido información vasta y suficiente sobre su padecimiento y el tratamiento o procedimiento al que puede ser sometido, éste tiene el derecho a negarse a ser intervenido, como un ejercicio de su derecho a la autonomía y a decidir sobre su propio cuerpo.

Así las cosas, el disentimiento se traduce en una negativa del paciente, en una renuncia libre, voluntaria e informada, de la intervención propuesta, conociendo las implicaciones, riesgos y consecuencias que ello puede traer para su salud. Es así mismo la materialización del derecho a la autonomía del paciente, quien tiene la libertad de escoger lo que considere mejor para sí mismo, así ello no sea lo más conveniente para su salud desde el punto de vista médico.

Sin embargo, disentir no es igual a renunciar a recibir información. En el disentimiento está inmerso el ejercicio del derecho a ser informado para luego renunciar al procedimiento o intervención propuesto. Por el contrario, el derecho a no querer ser informado implica el deseo de no conocer los pormenores del padecimiento que se sufre y en consecuencia, probablemente, del tratamiento o intervención para procurar la cura de ese padecimiento. Ello, de cierta manera, deja a la suerte o en manos de un tercero, las determinaciones sobre lo que será el futuro tratamiento.

Así las cosas, la posibilidad del derecho a no saber *"resulta especialmente chocante en el ámbito sanitario. El ejercicio de la actividad médica ha constituido sin duda uno de los espacios de micropoder que más tenazmente se ha resistido a la emancipación del individuo de tutelas paternalistas, habiéndose articulado hasta tiempos muy recientes a partir de una relación médico-paciente en la que el profesional sanitario, en virtud de su superior estatus epistemológico, se constituía en administrador plenipotenciario de la información. El derecho de éste* [paciente] *a ser informado –y el correlativo deber del profesional sanitario de informar*

de su estado de salud y de los potenciales riesgos y beneficios de un tratamiento o de una intervención constituye la garantía fundamental que posibilita la autonomía del paciente y su toma racional de decisiones. Sin embargo, paradójicamente, apenas recién conquistado el derecho a conocer, el Derecho ha de afrontar la pretensión, en sentido inverso, de reconocimiento de un derecho a no saber."[232]

El derecho del paciente a no querer recibir información no puede ceder frente a la obligación del médico de brindarla, es decir, prevalece el derecho del paciente, por lo cual el deber de informar en cabeza del profesional de la medicina, llega hasta donde empieza el derecho del paciente, sin que pueda desconocerse o vulnerarse ese derecho. Así las cosas, el deber de informar persiste y tiene sentido siempre que el paciente así lo desee.

Por otra parte, en la legislación española se encuentra consagrada la figura denominada privilegio terapéutico o necesidad terapéutica[233], en virtud de la cual, el paciente no tiene acceso a información sobre su tratamiento, pero ello sucede no por libre elección de éste, sino por decisión del médico, cuando con la debida sustentación, se pueda establecer que el conocimiento de esa información sería perjudicial para el paciente. Bajo este escenario no hay una toma de decisión del paciente y la determinación de desconocer el derecho a ser informado la toma el médico pensando en un beneficio mayor para el paciente y no por un mera liberalidad o capricho. Al respecto se ha dicho:

> *"Conforma también el privilegio terapéutico una facultad propia del equipo médico[16], siendo sus profesionales quienes determinarán qué información concreta será ocultada al paciente. Mas no debe considerarse de ningún modo como una posibilidad de ejercicio libre o discrecional, pues se encuentra sujeta a condicionantes. El primero de ellos, y el esencial, es la constancia fehaciente de que la salud del paciente, entendida esta como salud física y/o psíquica[17], sufrirá un daño grave con la recepción de la información. Estamos*

232 Ibídem. Pág 399

233 Ley 41 de 2002 "Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial. (…) 4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho."

pues ante una facultad que no puede en ningún caso nacer de una intuición, una sensación o un pálpito; por contra, debe tratarse de una situación objetiva y comprobable. A este respecto, podemos imaginar que, por ejemplo, antecedentes de ataques de ansiedad o pánico graves y/o la presencia de patologías mentales concretas o estados alterados de consciencia, o incluso una aprensión intensa del paciente bien pudieran servir de cobertura al ejercicio de un estado de necesidad terapéutica; mas un simple malestar, la amargura, la tristeza o el desasosiego no pueden servir de amparo a la necesidad terapéutica por no tratarse de cuadros catalogables como graves: el médico debe afrontar la obligación de dar malas noticias, si estas no producirán un daño intenso."[234]

Esto podría entenderse como un rezago del paternalismo, porque en este caso, esta norma, por lo menos en su tener literal, no señala la obligación para el médico de obtener la autorización de la familia, sino que lo faculta directamente para actuar.

V. RAZONES QUE LLEVAN A UNA PERSONA A NO QUERER SABER SOBRE SU PROCESO DE ENFERMEDAD

Dejando un poco de lado la fundamentación teórica y las implicaciones prácticas que tiene el hecho de no querer ser informado, es pertinente indagar por las razones que, desde el punto de vista interno, mueven a una persona para abstraerse de la realidad de su enfermedad e intentar sobrellevarla y superarla partiendo del desconocimiento mismo de ésta.

Lo anterior lleva a plantear diversos interrogantes: ¿Puede ser posible que una persona recupere su salud, o que no empeore su estado, si no tiene conocimiento ni detalles de su padecimiento? ¿Puede generar el desconocimiento algún efecto psicológico de tipo paliativo en el proceso de recuperación?

En la cotidianidad, por citar ejemplos muy simples, puede suceder que un paciente, a quien se le debe tomar la presión, arroje resultados elevados por el sólo hecho de saber que va a ser sometido a esa medición, los nervios o el medio de no obtener un buen parámetro pueden condicionar para mal ese resultado.

234 "Derecho a no saber y privilegio terapéutico de menores de edad en patología de base genética" Miguel Vieito Villar. Doctorando Universidad Pública de Navarra. Bioderecho.es – http://revistas.um.es/bioderecho. Núm. 7, 2018.

También puede suceder que a un paciente a quien deba desmontársele el oxígeno, entre en estado de ahogo cuando se estén haciendo las pruebas de su capacidad para volver a respirar por sí mismo, por el sólo temor de creer que no podrá hacerlo.

Así mismo, pueden encontrarse casos de mayor trascendencia como aquel con el cual se inició este escrito. Es muy probable que ese paciente igualmente hubiera muerto como consecuencia del cáncer, pero es igualmente factible que el hecho de haber tenido conocimiento de ello, hubiera acelerado su muerte.

Esto muestra que en muchas ocasiones saber o tener conocimiento de algo puede condicionar de manera negativamente impensable la respuesta de una persona frente a una determinada intervención, para nuestro caso en lo que tiene que ver con el estado de salud.

V.1. **Desde el punto de vista de la psiquiatría**[235]

Desde la óptica de su experiencia profesional, la psiquiatra Clara Marcela Salazar Hernández, indica que el deseo de un paciente de no conocer sobre su enfermedad puede darse debido a la negación como mecanismo de afrontamiento[236] y como mecanismo adaptativo, para tratar de protegerse al no aceptar la verdad sobre su estado de salud, para evitar una verdad dolorosa o estresante, para evitar un sufrimiento o para evitar enfrentar la realidad y sus consecuencias.

También señala que ese desconocimiento no hace posible que se recupere la salud, pero inicialmente puede ocurrir que no empeore ese estado y es debido a la negación como mecanismo adaptativo.

Agregó que, aunque no existe una escala o clasificación en psiquiatría o psicología que determine cuál va a ser la reacción del paciente, el deseo de

235 Entrevista realizada a la psiquiatra Clara Marcela Salazar Hernández en noviembre de 2021.

236 "**Afrontamiento** es cualquier actividad que el individuo puede poner en marcha, tanto de **tipo cognitivo** como de **tipo conductual**, con el fin de enfrentarse a una determinada situación. Por lo tanto, los recursos de afrontamiento del individuo están formados por todos aquellos pensamientos, reinterpretaciones, conductas, etc., que el individuo puede desarrollar para tratar de conseguir los mejores resultados posibles en una determinada situación.
Ante una situación estresante, o cuando el individuo reacciona con una determinada emoción, es posible adoptar distintos **tipos de afrontamiento."** Sociedad Española para el estudio de la ansiedad y el estrés – SEAS. http://www.ansiedadyestres.org/que-es-el-afrontamiento

no saber o no querer ser informado puede presentarse en cualquier persona con o sin antecedentes psiquiátricos, porque depende de las estrategias de afrontamiento que tenga cada quien.

Sin embargo, hay algunos pacientes que debido a sus antecedentes puede esperarse que se empeoren o agraven al conocer la verdad, tales como personas con personalidad ansiosa, antecedente de trastornos de ansiedad, trastornos depresivos, trastorno afectivo bipolar, o con historia previa de respuestas mal adaptativas a situaciones estresantes o traumáticas.

La negación puede ser útil un breve período de tiempo, pues ésta le da la oportunidad a la persona de absorber inconscientemente información impactante o preocupante a un ritmo que no hará que tenga un gran impacto emocional. Puede ser una respuesta útil a la información estresante; inicialmente la persona niega el problema, pero a medida que el pensamiento asimila la posibilidad de éste, se comienza a abordar la situación de manera más racional y a buscar ayuda para resolverla. Entonces puede que al inicio la condición general del paciente no empeore, pero la enfermedad igual seguirá su curso y evolución.

V.2. **Desde el punto de vista de la neurología**[237]

Desde el punto de vista de su experiencia profesional, la neuróloga Margarita María Giraldo Chica señala que conocer sobre la enfermedad, puede hacer que un paciente se deprima y empeore su calidad de vida. Sin embargo, hay pacientes que prefieren tener ese conocimiento y por ende la posibilidad de planificar su vida, por ejemplo, tomar decisiones trascendentales como conformar una familia y tener o no hijos, organizar su situación económica, entre otros.

Cuando se trata de enfermedades incurables, muchos pacientes prefieren no saber sobre su enfermedad y aferrarse a la esperanza de no estar enfermos. El conocer que padecen una enfermedad que no tiene cura, puede ser tomado por algunos pacientes como una sentencia de muerte, por ello, no es extraño encontrar pacientes que, frente a un diagnóstico de cáncer, por ejemplo, prefieran no saberlo para evitar el sufrimiento, sobre todo cuando son pocas las expectativas de vida.

237 Entrevista realizada a la neuróloga Margarita María Giraldo Chica, en noviembre de 2021.

Esto sucede con mayor frecuencia en las enfermedades neurodegenerativas, las cuales, en su mayoría aún no tienen cura. En estos casos el paciente es quien decide si quiere saber si tiene o no una determinada mutación genética, por ejemplo, y si no tiene solución, para algunos no tiene ningún sentido siquiera saberlo, porque no hay nada que hacer. Por ello, habrá que decir, que la toma de esa decisión, dependerá de la gravedad de la enfermedad, la fase de la misma y las posibilidades de tratamiento y recuperación.

En todo caso se debe ponderar qué clase información va a recibir el paciente y qué implicaciones tiene que conozca o no la misma.

En cuanto al interrogante sobre la posibilidad de que un paciente recupere su salud, o que no empeore su estado, si no tiene conocimiento ni detalles de su padecimiento, la citada neuróloga Margarita Giraldo señaló que ello va a depender en definitiva de la enfermedad. Así, por ejemplo, algunas enfermedades empeoran así sean intervenidas, es decir, se haga lo que se haga, y otras que, con tratamiento médico, pueden conllevar al restablecimiento de la salud. En términos generales la mayoría de las enfermedades precisan del conocimiento del paciente porque tiene que haber una participación activa en el tratamiento, en cuanto a la adherencia a la prescripción médica, la dieta, el ejercicio físico o el control de los factores de riesgo. En esos casos, si el paciente desconoce lo que tiene y la importancia de ceñirse a todas las prescripciones sobre el tratamiento, será más complejo adelantar ese proceso de recuperación.

Específicamente, en lo que tiene que ver con las enfermedades neurodegenerativas, puede que el resultado no cambie mucho a largo plazo, si el paciente conoce o no los detalles sobre su enfermedad, pero el hecho de estar enterado de todos los pormenores, sí puede tener un efecto positivo en lo que tiene que ver con la implementación de las medidas de precaución que se pueden tomar frente a toda enfermedad, pese a que ésta no tenga cura; por ejemplo, si hay un problema vascular y el paciente fuma y no hace ejercicio, evidentemente puede empeorar. Así las cosas, aún en la presencia de una enfermedad terminal o incurable, es importante observar las medidas paliativas, de modo que es transcendental que el paciente pueda conocer y apropiarse de aquello que puede agravar o empeorar su situación.

Ahora bien, si se trata de pacientes hipocondríacos, muy ansiosos, obsesivos o con trastornos de personalidad, es probable que en ellos el conocimiento de la enfermedad puede tener mayores efectos negativos que en otros pacientes y agravar esos estados de base. No obstante ello, reporta mayor beneficio para el ejercicio médico, que el paciente sepa lo que le pasa y se haga parte activa en su proceso de tratamiento y recuperación, si esto es posible.

En cuanto a los efectos paliativos que pueda llegar a tener el desconocimiento, la neuróloga Margarita Giraldo señala que en muchos casos ello puede tener beneficios. Para ello se refirió a la diferencia entre el efecto nocebo y el efecto placebo para indicar que con el efecto placebo a un paciente le pueden suministrar una sustancia inerte farmacológicamente y creer que eso le reportará beneficio a su salud y misteriosamente el paciente mejora. Por el contrario, con el efecto nocebo, al conocer por ejemplo los efectos secundarios de los medicamentos, el paciente puede llegar a enfermarse o padecer de esos efectos secundarios.

El tema de los efectos adversos es delicado, pues los pacientes no tienen claridad del alcance los mismos y la razón por la que las farmacéuticas los consignan en los prospectos de los medicamentos. Entonces, es factible que, si el folleto dice que el medicamento produce mareo, el paciente empiece a sentir esos efectos adversos, sin tener presente que todos esos efectos se traducen en situaciones que pudieron haber sufrido pacientes que consumieron el medicamento, así estén o no directamente relacionados con la molécula que se estaba probando. Así con los efectos adversos, puede suceder que saberlos se pueda traducir en una consecuencia negativa para el paciente y no saberlos puede desencadenar que el medicamente produzca el efecto deseado. En suma, sí puede haber casos en los cuales el desconocimiento tenga efectos positivos en la salud del paciente.

Visto lo anterior, y una vez conocidas las opiniones de estas profesionales de la medicina, especialistas en áreas diferentes, es posible concluir que pueden ser múltiples las razones que lleven a un sujeto a no querer conocer sobre su proceso de enfermedad, invocadas como mecanismos de defensa y autoprotección, todas ellas válidas y respetables desde el punto de vista de quien las alega, posiblemente con un núcleo común y es que se fija en ese desconocimiento, la esperanza de un futuro mejor, libre de enfermedad o por lo menos con ella bajo control. *"Y, en este sentido, apenas basta*

una reflexión un poco más detenida para darnos cuenta de que, incluso desde una óptica racional, la opción por el no conocimiento no resulta tan extraña como pudiera parecer en principio, ni siquiera en el marco de la reflexión filosófica sobre la fundamentación de los derechos humanos."[238]

En suma, esa decisión dependerá mucho del carácter de cada sujeto, de su personalidad, sus ideales, su visión de futuro, su nivel social y cultural, el hecho de tener o no una familia conformada, incluso hasta de las creencias religiosa; es decir, en la toma de la decisión de saber o permanecer en la ignorancia sobre un tema tan importante como la salud, tiene mucho que ver el proyecto de vida de cada individuo.

En lo que concierne a la información genética, se ha cuestionado si tal decisión de no saber puede ser catalogada como racional o irracional pues en principio no parece ser una decisión responsable renunciar al derecho a ser informado. Al respecto se ha indicado:

> *"Enfrentado, pues, un individuo a la alternativa de recibir o no determinada información genética, la decisión de ignorarla ¿es necesariamente irracional?*
>
> *Parece que el juicio acerca de la racionalidad de tal decisión no puede realizarse sin tener en cuenta el proyecto de vida del sujeto y sus circunstancias particulares. Desde luego, sería cuestionable la racionalidad de la decisión de ignorar hechos o informaciones que pudieran resultar relevantes para llevar a cabo el proyecto de vida elegido. Pero la selección de qué hechos o informaciones han de ser considerados relevantes sólo puede hacerse desde los propios presupuestos de ese proyecto particular y de la concepción del bien que lleva aparejada. Y, por tanto, se trata de una decisión que únicamente puede ser realizada por el propio individuo. Éste podría optar así por extender un «velo de la irrelevancia» sobre aquellas circunstancias que no contribuyeran a la mejor realización de su proyecto vital o que no resultaran coherentes con su concepción del bien. Y, actuando de esta manera, el sujeto estaría realizando un ejercicio de «ignorancia racional»"*[239]

238 "Información Genética y Derecho a no saber". José Ignacio Solar Cayón. Universidad de Cantabria. Pág. 399

239 Ibídem. Pág. 402

En todo caso, habrá que decir que la decisión de renunciar a recibir información es puramente el ejercicio de la autonomía del paciente, quien hace pleno uso de su libertad para tal efecto, según lo que estime mejor para su vida.

VI. RESPONSABLES DE VELAR POR EL CORRECTO EJERCICIO DEL DERECHO A NO QUERER RECIBIR INFORMACIÓN

Es pertinente revisar, desde el punto de vista práctico, a quién corresponde la obligación de velar porque el derecho a no querer ser informado pueda ejercerse de manera certera y que el paciente no fracase en el intento.

Debe partirse de la base de que la regla general es que un paciente desee recibir toda la información pertinente sobre su estado de salud, de hecho, múltiples quejas desde el punto de vista ético disciplinario médico, tienen origen en un deficiente procesos de información; es decir, el paciente se siente insatisfecho porque no tuvo la oportunidad de conocer, de manera previa, todos los pormenores de su padecimiento y/o de su tratamiento, al punto de afirmar que de haber recibido la debida información, la decisión hubiese sido otra.

En contraposición a esta regla general, la excepción está en aquellos eventos en los cuales no se desea tener ese conocimiento, pero no por ello estos casos excepcionales son menos importantes, porque ambos eventos hacen parte del ejercicio de la autonomía del paciente y del libre desarrollo de su personalidad. Aquí tiene plena aplicación decir que quien puede lo más, puede lo menos; es decir, si tengo derecho a estar totalmente informado, tengo el derecho a no querer estarlo y permanecer en "ignorancia" absoluta, si así lo elijo.

Así las cosas, en un primer momento parecería lógico señalar que es una obligación a cargo del profesional médico que ofrece la atención, ello, si se tiene en cuenta que la información debe ser brindada por el médico tratante, tal como lo ordena la Ley 23 de 1981.[240] Así que, podría concluirse que si

240 Artículo 15 de la Ley 23 de 1981: "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente." (Subraya fuera de texto)
Artículo 16 de la Ley 23 de 1981: "La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente

el médico es quien está obligado a informar, pues también él es el llamado a cerciorarse si el paciente quiere o no recibir esa información.

Pero, ¿Qué sucede en aquellos casos en los cuales estamos en presencia de una atención institucional o en aquellos eventos en los que, por la gravedad de la enfermedad, el paciente es atendido por múltiples profesionales de la medicina o incluso de otras áreas de la salud? Es posible que en esos casos la manifestación inicial que haga el paciente o sus familiares sobre el deseo de no recibir información se diluya y termine ocurriendo que nadie verifique la debida transmisión de esa determinación, con el consecuente riesgo de vulnerar ese derecho. Es entonces en estos supuestos donde la respuesta parece no ser tan sencilla, llevando a pensar que puede haber más de un responsable involucrado.

Así las cosas, parece ser que esa responsabilidad trasciende la esfera del profesional de la medicina. Es en primera instancia una responsabilidad de la familia del paciente, o quizá del paciente mismo en los casos en los que sea plenamente consciente de que tiene un padecimiento que afecta su salud pero que sea igualmente consciente de poder hacer la advertencia de no querer saber nada sobre ello.

Salvo que se trate de una consulta particular, donde el médico tratante es el mismo, consulta tras consulta, éste necesita quién le advierta de tal situación, previamente a la atención médica para no cometer errores y excederse en información frente a quien no la quiere escuchar. Se trata entonces de un proceso de comunicación en el cual cada uno de sus integrantes tiene a su cargo una gran responsabilidad.

Esto nos lleva a tener que reflexionar sobre la pertinencia o la necesidad de que exista un consentimiento del paciente para ser o no informado, previamente a la obtención del ya conocido consentimiento informado para la intervención, tratamiento o procedimiento. Algunos lo verán como un trámite más que entra a engrosar el ya complejo escenario del ejercicio médico, pero en el fondo se traduce en un mecanismo para la efectiva materialización del derecho a negarse a ser informado.

---

o a sus familiares o allegados". (Subraya fuera de texto)
Artículo 18 de la Ley 23 de 1981: "Si la situación del enfermo es grave el médico tiene la obligación de comunicarle a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales o materiales."

Bajo esta óptica es evidente que juegan un papel preponderante las instituciones prestadoras de servicios de salud, a nivel administrativo, pues es menester que coordinen y establezcan procedimientos que permitan garantizar que un médico, previamente al inicio de la atención, pueda tener conocimiento de la voluntad del paciente de no querer

ser informado, cuando esa voluntad ya ha sido declarada directamente o por intermedio de los familiares, acudiendo por ejemplo a un sistema de alertas, con apoyo de las herramientas tecnológicas. Esto porque el ejercicio del derecho a no saber, no se puede convertir en una tortura para el paciente, a tal punto que además de soportar su enfermedad, éste deba estar pendiente en cada consulta, de que el médico que lo atienda no vaya a vulnerarle su derecho, contándole aspectos que no quiere conocer.

En virtud de lo anterior, es indispensable establecer protocolos que brinden la opción tanto a pacientes como a familiares para que conozcan la ruta o el procedimiento que deben seguir para indicar el deseo del paciente de no recibir información y que ese derecho sea observado, no una vez, ni por un profesional de la medicina sino todas las veces que sea necesario y por todos los profesionales que intervengan en la atención en un momento dado.

VII. ¿QUIÉN PUEDE TOMAR DECISIONES POR UN PACIENTE QUE NO QUIERE RECIBIR INFORMACIÓN?

Ha quedado claro que quien no desee recibir información sobre su proceso de enfermedad, tiene la potestad de renunciar a ese derecho, y eso debe ser respetado.

Sin embargo, el médico que tiene al frente a un paciente que no desea ejercer su derecho a ser informado, puede encontrarse en una situación difícil. Puede haber casos en los cuales la familia sea la depositaria de esa información y, por lo tanto, asuma la responsabilidad de tomar las decisiones importantes sobre el curso del tratamiento del paciente.

Si se analiza el texto del artículo 18 de la Ley 23 de 1981[241], podría entenderse que más allá de consagrar la obligación del médico de informar

241 Artículo 18 de la Ley 23 de 1981: "Si la situación del enfermo es grave el médico tiene la obligación de comunicarle a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales o materiales."

a los familiares del paciente, la intencionalidad de esta norma podría ser también que esos familiares puedan asumir un papel activo frente a la situación del enfermo pues allí se señala que ese deber de informar del médico tiene lugar *"en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales o materiales"*.

En esta medida, lo allí dispuesto sería una posibilidad de que los familiares participen en la toma de las decisiones que contribuyan al bienestar del paciente, cuando en su estado de gravedad haya renunciado a conocer sobre su enfermedad o que por ese mismo estado esté en imposibilidad de decidir.

Pero también puede ocurrir que el paciente se encuentre solo en la consulta, o su realidad sea la vida en soledad, lo que pondría en aprietos al profesional de la medicina. En esos casos, ¿Quién tomaría las decisiones? ¿Cómo se daría a conocer el plan terapéutico a quien no desea escucharlo porque quizá ello no le hace bien? ¿Quedaría el médico habilitado en esos casos para tomar decisiones por su paciente o requeriría asignación expresa de esa responsabilidad? En estos eventos ¿Podría afirmarse que hay un retorno a la corriente paternalista, donde el médico es quien sabe qué es lo mejor para su paciente? En efecto, hay quienes consideran que *"el reconocimiento del derecho a no saber supondría un retorno hacia actitudes paternalistas en cuanto privaría al individuo de la posibilidad de realizar elecciones informadas, liberando al médico de su obligación de comunicar al paciente los riesgos que se ciernen sobre su salud."*[242]

Ahora bien, debe tenerse presente que no necesariamente no querer tener información sobre la enfermedad implica *per se* una renuncia al tratamiento o al deseo de recobrar la salud, de modo que esta situación refleja un gran reto al que puede verse sometido, en cualquier momento, un médico en su ejercicio profesional.

Pueden encontrarse eventos tan difíciles de ponderar como aquellos en los que el paciente no quiera saber sobre su enfermedad, pero que ésta sea de tipo infecto contagioso, caso en el cual sería perentorio que sus familiares y la pareja del paciente sí tengan ese conocimiento para tomar las medidas que eviten poner en riesgo sus propias vidas con un posible contagio.

242 "Información Genética y Derecho a no saber". José Ignacio Solar Cayón. Universidad de Cantabria. Pág. 398

Así las cosas, todo este tema del derecho a no saber, no se puede mirar haciendo abstracción de la obligación de guardar el secreto profesional, pues es un aspecto que estaría íntimamente ligado. Por lo tanto, debe tenerse presente que la Ley 23 de 1981[243] establece los casos en los cuales es válido para un médico revelar información del paciente.

En esa medida se encuentra el literal e) que permite que la información sea conocida por los interesados *"cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia"*. En virtud de ello, con el fin de evitar la puesta en peligro de otras personas, el médico está autorizado, por la propia ley, para socializar aquello que el paciente no quiere conocer y que no sólo lo afectaría a él sino a las personas que lo rodean.

En la misma línea, el literal b) del artículo 38 de la citada ley, permite al médico revelar información a los familiares del paciente, si ello es útil para el tratamiento, lo cual está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la misma ley, que se citó renglones atrás. Bajo esa perspectiva, si un paciente no quiere conocer sobre su enfermedad, pero sí está dispuesto a recibir el tratamiento para su recuperación, podría entenderse que éste sería uno de los casos en los cuales, revelar la información a la familia sería útil para ese deseo de recobrar la salud, pues serían ellos quienes tendrían la posibilidad de encargarse de ese asunto y brindar el apoyo que el paciente necesita, respetándole el derecho a no saber. Lo anterior, teniendo en cuenta en todo caso, lo dispuesto en la Sentencia C-264 de 1996, en la cual la Corte Constitucional señaló que esta revelación de la información, puede darse, "*salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello"*.

243 Artículo 38: Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;
b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;
e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

VIII. **CONCLUSIÓN**

Son mayores las dudas e interrogantes que quedan al indagar sobre un aspecto tan interesante y trascendente pero tan poco explorado como el derecho a no saber, que las posibles soluciones para abordarlo, en la práctica, de una manera asertiva. Por eso, en esta ocasión no hay lugar a brindar respuestas concluyentes sobre el deber ser o la forma correcta de procurar el respeto por el derecho a no ser informado. Es un reto de las instituciones y de los profesionales de la medicina, desarrollar estrategias para garantizar la plenitud de su ejercicio.

Lo que sí queda claro, por el momento, es que así en nuestra legislación colombiana no haya una norma que conceda al paciente, de manera expresa, el derecho a no recibir información, una interpretación bajo la perspectiva constitucional, permite concluir que hace parte del núcleo esencial de todo derecho, la posibilidad de renunciar a su ejercicio.

Ello implica que correlativamente haga parte de los deberes éticos del médico, respetar esa voluntad del paciente de no querer ser informado y para ello es menester tener la suficiente claridad conceptual para entender que esto, por ejemplo, es diferente al derecho que también se tiene a disentir del tratamiento propuesto. Además, se deben respetar los límites del secreto profesional, aunque eventualmente pueda el médico tener razones de peso para revelar información a terceros, en los casos previstos por la ley, procurando, en todo caso, la preservación del derecho a no saber del paciente.

El análisis de una presunta vulneración del derecho del paciente a no recibir información, debe realizarse partiendo de la base de que en Colombia no hay responsabilidades objetivas, lo que implica que siempre haya que estudiar, caso por caso, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se presentaron los hechos. Al momento de valorar la conducta médica, tendrá injerencia el hecho de que el médico haya tenido o no a su alcance las herramientas para conocer sobre la renuncia del paciente a ser informado y las haya utilizado de manera correcta, así, será importante verificar si esta situación ya constaba de manera previa en la historia clínica del paciente, si el médico tenía a su alcance ayudas tecnológicas o sistemas de consulta que le arrojaran alarmas sobre la situación. También tendrán que sopesarse las circunstancias atenuantes o de exclusión de la responsabilidad del profesional.

Siempre será importante consignar en la historia clínica todos los elementos psicológicos y psiquiátricos del paciente para que cada profesional que tenga acceso a ella, pueda tener una visión holística sobre el estado de éste, tanto a nivel físico como emocional, ello con miras a rescatar cada vez más el ejercicio humanizado de la medicina, donde se tenga presente que cada cuerpo, cada organismo, cada corazón y cada alma es diferente en todos los pacientes y ello necesariamente condicionará el tipo de atención que deba recibir.

TASACIÓN O DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN EN LOS PROCESOS QUE SE ADELANTAN ANTE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA EN COLOMBIA.

Dra. Claudia Lucia Segura Acevedo.
Secretaria Jurídica del Tribunal Nacional de Ética Médica.

La presente exposición tiene por objeto exponer los criterios que los Tribunales de Ética Médica, deben tener en cuenta al tasar o dosificar las sanciones que se imponen a los investigados en los procesos ético disciplinarios médicos

Para ello inicialmente partiremos de un breve repaso del concepto sobre lo que hoy en día se define como derecho disciplinario ético-profesional, tomando en cuenta su naturaleza jurídica, sus diferencias y derivaciones sustanciales con el derecho disciplinario, su relación con el sistema de fuentes normativas nacionales e internacionales y sus principales instituciones jurídico-procesales.

Es también necesario recordar que dentro del derecho comparado a través del tiempo, en los campos del derecho penal y del derecho disciplinario, se ha presentado un desarrollo muy propio de tales materias en sus componentes dogmáticos, no sólo a nivel mundial sino también en el plano legislativo y jurisprudencial colombiano, habiéndose así desplegado en varias oportunidades importantes ajustes y cambios relacionados a sus instituciones jurídico-procesales, donde evidentemente se han determinado tópicos exclusivos o de aplicación única a esas materias. Sin embargo, en muchos aspectos dogmáticos y procesales, tanto el derecho penal como el derecho disciplinario, han sido un gran apoyo, fundamento e influencia para el denominado DERECHO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL; gracias a ello actualmente varias profesiones y actividades humanas se encuentran reguladas deontológicamente mediante sus propios códigos, sin poderse desconocer que estas normas por sí mismas presentan diferentes grados de eficiencia y eficacia, cuando de resolver directamente sus asuntos

disciplinarios y sancionatorios se trata, de lo contrario la remisión a otras normas más amplias, es absolutamente necesaria.

Es bien sabido que en la actualidad, existen varios códigos deontológicos vigentes de algunas de las profesiones más tradicionales, entre otros en el campo de la salud: (i) medicina, Ley 23 de 1981; (ii) odontología, Ley 35 de 1989; (iii) enfermería, Leyes 266 de 1996 y 911 de 2004; (iv) medicina veterinaria y zootecnia, Ley 576 de 2000; (v) optometría, Ley 650 de 2001; (vi) bacteriología, Leyes 841 de 2003 y 1193 de 2008; (vii) psicología, Ley 1090 de 2006; (xi) terapia respiratoria, Ley 1240 de 2008; y muchas otros en otros campos como el derecho y la contaduría.

Así las cosas, de manera indiscutible se constata la enorme influencia que el derecho disciplinario ético-profesional, desde sus inicios ha recibido por parte derecho disciplinario y del derecho penal, y se evidencia una disparidad entre los regímenes disciplinarios de los numerosos y diferentes códigos de ética profesional que actualmente existen en Colombia, toda vez que algunos sobresalen por su garantismo procesal, mientras que los expedidos con antelación a la Constitución de 1991 están rezagados con relación a los cambios dados en la parte adjetiva o procedimental del derecho penal e incluso del derecho disciplinario.

Es un hecho que la Ley 23 de 1981 se encuentra entre los códigos ético-disciplinarios expedidos antes de que apareciera la Carta actual en 1991, a la cual se sumaron los últimos avances y cambios del derecho penal y disciplinario que se han presentado en lo corrido del siglo XXI, de tal manera que últimamente en nuestros tribunales la aplicación del Código de Ética Médica promulgado hace cuarenta años, se ha tornado un tanto complicada al acudir en remisión a las normas penales vigentes, así que debido a este inconveniente y en razón a la unidad de materia, el Consejo de Estado ha conceptuado que la mejor fórmula de solución es el reenvío de la Ley 23 de 1981 al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) o Ley 1437 de 2011.

Por la anterior razón, hemos sostenido en otros estudios efectuados, que cada día es más notoria la urgente necesidad en la actualización del Código de Ética Médica o Ley 23 de 1981, donde se permita cambiar viejos paradigmas por una moderna e idónea herramienta, que sea propia y exclusiva de la profesión médica desde el punto de vista del derecho sustantivo y adjetivo, con lo cual en forma definitiva nos podamos poner

a tono con los estándares constitucionales, legales y convencionales que actualmente rigen en materia disciplinaria ético-profesional.

Profundizando en lo anterior, se tiene que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-597 de 1996, se empezó a referir conceptualmente al "derecho disciplinario ético-profesional" que se expresa a través de las sanciones que el Estado impone con fundamento en la facultad de inspección y vigilancia de las profesiones, derivada del artículo 26 de la Constitución.

En tanto que en la Sentencia C-899 de 2011, esta alta Corte también consideró la existencia de un "derecho disciplinario frente a las profesiones", que parte de la regulación que el legislador expide para el ejercicio de una determinada profesión u oficio, con el fin de proteger a la sociedad del riesgo que aquella puede representar, y que a su vez justifica la necesidad de sancionar su ejercicio indebido o irresponsable a través del reproche del desconocimiento de las normas de conducta que cada actividad impone, "pues se exige una serie de comportamientos éticos que le den seguridad, confianza y rectitud al ejercicio de la profesión" para salvaguardar el interés general inmerso en su ejercicio.

Para tales cometidos, la Corte aseveró en esa providencia, con fundamento en la Sentencia C-530 de 2000, que le corresponde al legislador determinar la composición y señalar las funciones de los órganos encargados del control disciplinario "para asegurar que el ejercicio de la respectiva profesión se cumpla dentro de ciertos parámetros éticos y de eficiencia, eficacia y responsabilidad, acordes con el interés general que demanda la prevención de los aludidos riesgos", aclarando que la competencia para imponer dichas sanciones puede recaer en un órgano estatal, tal como sucede con los abogados y la actual Comisión Nacional de Disciplina Judicial (labor que hasta hace poco desempeñaba el Consejo Superior de la Judicatura y sus Consejos Seccionales), o puede recaer en los particulares a los que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración les atribuye dicha competencia, siendo este el caso de los tribunales de ética en general.

En lo concerniente a este último caso, el Alto Tribunal concluyó que la asignación de esa facultad sancionatoria correccional a los particulares ha llevado a que doctrinariamente se refiera la existencia de un "derecho disciplinario delegado", en la medida en que el Estado les asigna a unos sujetos cualificados el ejercicio de una típica función pública, como es la aplicación del derecho correccional a quienes ejercen una profesión u oficio.

Nótese que los anteriores pronunciamientos coinciden en desmarcar del derecho disciplinario tradicional, aquel derecho correccional ético-profesional o derecho disciplinario delegado, que se ejerce para que los órganos dispuestos por el legislador con ese fin, sancionen a los profesionales por las conductas que atentan contra los preceptos éticos de su profesión. Esto permite referirse en lo sucesivo a esta función o rama del conocimiento jurídico como un "DERECHO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL", tal como se empezó a rotular desde la expedición de la Ley 23 de 1981.

Desde el punto de vista funcional de la profesión y ética médica, es posible ubicar el derecho disciplinario ético-profesional como una manifestación de la función de control depositada mayoritariamente en los TRIBUNALES DE ETICA MÉDICA (Nacional y Seccionales), en razón a que representan la potestad sancionatoria del Estado, que asegura eficacia en su código de ética profesional mediante la adopción de correctivos que se traducen en sanciones por su inobservancia, y donde juegan un papel esencial las garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso.

En efecto, el derecho disciplinario ético-profesional se nutre del sistema de fuentes concebido en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual ha sido ampliamente delimitado por la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 230 de la Carta de 1991. Pues bien, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, los principios del derecho penal como forma paradigmática de control de la potestad punitiva se aplican *mutatis mutandi* con ciertos matices a todas las formas de actividad sancionadora del Estado, como es el derecho disciplinario ético-profesional, toda vez que consagran garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada para proteger sus derechos fundamentales y controlar la potestad sancionadora del Estado. Por tal razón, la Constitución señala que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, cuyos principios se deben aplicar en estas áreas, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal, tal como lo refirió en la ya mencionada Sentencia C-597 de 1996.

A esta rama del derecho también se integran los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Congreso de la República, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales prevalecen en el orden interno según lo determina el artículo 93 de la Constitución de 1991, en el que es posible inferir que el

derecho disciplinario ético-profesional se debe alimentar de los principios universales relacionados con el debido proceso.

Entre los principales instrumentos internacionales que sobresalen al respecto, se destaca el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial, y el artículo 11 referente a la presunción de inocencia y los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, siendo estas unas garantías procesales que se desarrollan con mayor rigor en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966.

En el plano regional, es importante tener en cuenta que el Estado colombiano es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de San José de Costa Rica", adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1969 y que a su vez fue aprobada por el Congreso de la República de Colombia con la Ley 16 de 1972, es decir que hace parte del BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD y prevalece en el ordenamiento jurídico colombiano, dada su intrínseca relación con los derechos humanos.

De tal suerte, el derecho disciplinario ético-profesional y las actuaciones procesales que se surtan en su desarrollo se encuentran sujetas al control de convencionalidad difuso. Es decir que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de la investigación y sanción de las conductas contrarias a la ética de una profesión reconocida por el legislador colombiano deben dar aplicación a los instrumentos del *corpus iuris* interamericano relacionados con esta función de control, entre ellos el artículo 8 de la Convención que consagra las garantías judiciales, el artículo 9 que hace alusión al principio de legalidad y retroactividad, los artículos 1.1 y 24 sobre el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, y las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya proferido sobre el particular.

Con fundamento en los elementos normativos y jurisprudenciales anteriormente esbozados, es posible aproximarse a una definición del DERECHO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL, el cual podría describirse como el conjunto de normas e instituciones derivadas del *ius puniendi* estatal y el DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR que propenden al adecuado ejercicio de una profesión reglamentada por el legislador colombiano.

Esto con el fin de proteger a la sociedad de los riesgos que su práctica pueda implicar, a través de la imposición de modelos de conducta de carácter deontológico consagrados en una ley de la República, a manera de códigos de ética profesional, contentivos de un mínimo de principios, derechos, deberes y prohibiciones, que a su vez disponen de un régimen sancionatorio y un procedimiento disciplinario específico para castigar al profesional que con su proceder los infringe, previo cumplimiento de todas las garantías constitucionales y convencionales relacionadas con el derecho fundamental al debido proceso.

La naturaleza jurídica de esta rama del derecho es pública, ya que se manifiesta como una función de carácter administrativo y excepcionalmente judicial para el caso de la abogacía, que usualmente es ejercida por los Consejos Profesionales, los Tribunales de Ética Profesional y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, quienes a su vez son los titulares de la acción disciplinaria ético-profesional por mandato constitucional o legal del Estado colombiano como titular del *ius puniendi* o la potestad de sancionar. Esta última es posible delegarla en los colegios profesionales bajo la satisfacción de determinados requisitos constitucionales y legales. En el ámbito de los modelos de autorización e inspección, vigilancia y control concebidos por el legislador para el ejercicio de una profesión en particular, esta acción encuentra su lugar en la función de control. Esto se debe a que representa la imposición de un correctivo cuyo objeto es dirigir o reorientar la conducta del profesional hacia el cumplimiento de unos imperativos ético-profesionales previamente establecidos, sin perder de vista que también cumple una función pedagógica y preventiva en la medida en que busca persuadir y disuadir a los demás profesionales para que no incurran en la violación de esos preceptos.

Como disciplina jurídica autónoma de orden doméstico, el DERECHO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL se nutre de las fuentes generales del derecho definidas por la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el objetivo primordial de establecer, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la verdad real en cada proceso disciplinario ético-profesional que se surta, a través de la aplicación de una serie de principios y etapas específicas.

Con base en todo lo anterior, es posible determinar entonces que la estructura de la falta disciplinaria ético-profesional consta de tres elementos esenciales: (i) la conducta, que debe ser cometida por un

profesional debidamente matriculado y en ejercicio de su profesión, por acción u omisión; (ii) una apreciación objetiva de la conducta, en razón a que esta debe ser violatoria de deberes, prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades inherentes a la profesión, definidos en la ley que la regula; y (iii) la culpabilidad, pues solamente la conducta será objeto de reproche si es cometida a título de dolo o culpa. Complementariamente, la observancia de los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de la prueba le dan el sustento y la legitimidad adecuada a esta estructura.

Ahora bien, aunque solamente la Ley 1123 de 2007 en su artículo 4 alude a la antijuridicidad como uno de los principios rectores del Código Disciplinario del Abogado, es de anotar que el incumplimiento de los deberes, prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades contenidos en la ley que regula una profesión en particular supone no solo la violación de una norma de derecho, sino también la afectación del principal bien jurídico tutelado del derecho disciplinario ético-profesional, es decir, el adecuado ejercicio de la profesión que el Estado autoriza, inspecciona, vigila y controla para proteger a la sociedad del riesgo que aquella pueda generar. De tal manera, indirectamente sí es posible inferir la existencia de antijuridicidad dentro de la estructura de la falta disciplinaria ético-profesional.

Adicionalmente, como una muestra del influjo que el derecho penal ejerce sobre el DERECHO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL, varios regímenes disciplinarios de los códigos de ética profesional disponen de causales de exclusión o justificación de la falta disciplinaria, dentro de las cuales están la fuerza mayor o caso fortuito, el estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria; y otras. No obstante, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, y en específico el principio de legalidad, se considera que estas causales son taxativas y excluyentes; es decir que solamente tienen plena aplicación en el régimen disciplinario ético-profesional que las consagra de manera precisa e inequívoca, y que no es posible acudir a la analogía para adaptar causales de exclusión de responsabilidad de otros ordenamientos jurídicos en procura de su aplicación, lo cual en todo caso no es óbice para que el operador disciplinario *mutatis mutandi* se valga de la dogmática penal o disciplinaria al momento de su valoración.

En el moderno DERECHO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL, generalmente, las faltas se clasifican en leves, graves y gravísimas, y con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, algunos regímenes disciplinarios suelen definir los criterios generales de graduación que rigen al momento de determinar la gravedad o levedad de la falta. Lo anterior sin perjuicio de los regímenes disciplinarios que definen taxativamente su catálogo de faltas gravísimas que dan lugar a la imposición de la sanción más drástica, como es la cancelación de la matrícula profesional, siendo esta una forma de sometimiento al principio de reserva de ley que busca restringir la discrecionalidad de la administración, contexto en el cual usualmente han concebido específicamente cuáles son sus faltas gravísimas.Así mismo, varios de los nuevos regímenes disciplinarios disponen específicamente cuáles son las circunstancias de atenuación o agravación de la responsabilidad del profesional que se deben tener en cuenta al momento de la aplicación de la sanción disciplinaria ético-profesional. Aún más, otros regímenes disciplinarios contemplan escalas de sanciones, a manera de esquemas de dosificación de la sanción, que operan en función de la clasificación de la falta y la existencia de antecedentes disciplinarios del profesional, y que dan lugar a la clase de falta que se debe imponer y el término por el cual regirá. Empero, hay que recordar que por el principio de legalidad, dichas causales son taxativas y excluyentes, es decir que solamente tienen plena aplicación en el régimen disciplinario ético-profesional que las consagra de manera precisa e inequívoca, y no es posible acudir a la analogía para adaptar causales de exclusión de responsabilidad de otros ordenamientos jurídicos en procura de su aplicación.

Así las cosas, y aterrizando a las sanciones que se imponen en el derecho disciplinario ético-profesional, las sanciones que generalmente se imponen cuando el profesional incurre en falta disciplinaria son las contempladas en la Ley 23 de 1981, artículo 83 que dispone lo siguiente: “A juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

a. *Amonestación privada;*
b. *Censura, que podrá ser:*
   1°. – Escrita Pero privada
   2°. – Escrita y pública
   3°. – Verbal y pública

c. *Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por seis meses.*
d. *Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por cinco años.*

Adicional a las anteriores, algunos regímenes disciplinarios son más estrictos, ya que contemplan como falta disciplinaria la cancelación de la matrícula profesional o la exclusión del ejercicio profesional, mientras que otros consagran sanciones de carácter pecuniario como la multa.

> En concordancia con lo anterior el Decreto 3380/81 adoptado por el actual Decreto 780 de 2016 dispone que:
>
> Artículo 2.7.2.2.1.2.23 Graduación de la sanción. La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta. (Art. 54 del Decreto 3380 de 1981)
>
> Artículo 2.7.2.2.1.2.24 Efectos de la Reincidencia. La reincidencia del profesional en la comisión de la falta dará lugar por lo menos a la aplicación de la sanción inmediata superior. (Art. 55 del Decreto 3380 de 1981)

Artículo 2.7.2.2.1.2.25 Definición de la reincidencia. Para los efectos del artículo anterior, entiéndase como reincidencia la comisión de la misma falta, en dos o más ocasiones, durante un período no mayor de un (1) año. (Art. 56 del Decreto 3380 de 1981)

Las sanciones en materia ética disciplinaria no tienen además de lo ya señalado, una tasación específica en la ley de ética médica. Sin embargo, en este caso, se considera que es imperativo aplicar la remisión o reenvío a lo contenido en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 o CPACA, como en efecto ocurre en los Tribunales de Ética Médica al aplicar la ley 23 de 1981 dentro del proceso disciplinario ético-profesional, debiéndose acudir a dichas normas.

Así entonces, el Artículo 49 del CPACA se refiere con claridad al CONTENIDO DE LA DECISIÓN y expone que:
(…)

“El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

1. La individualización de la **persona natural** ó jurídica a sancionar.
2. El **análisis de hechos y pruebas** con base en los cuales se impone la sanción.
3. Las **normas infringidas con los hechos probados**.
4. La decisión final de archivo o sanción y la **correspondiente fundamentación "**

Y finalmente el mismo código expone en el artículo 50 cuales deben ser los criterios para la graduación de las sanciones, en los siguientes términos:

"*Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:*

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.

2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.

3. Reincidencia en la comisión de la infracción.

4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.

5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.

6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.

7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.

8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas."

Cada uno de estos criterios se pueden aplicar a los procesos ético disciplinarios para poder fijar con más acierto la sanción a imponer teniendo en cuenta que las faltas en estos estatutos no se encuentran clasificadas como ya se anotó y que se deben aplicar criterios para imponer sanciones legales justas y adecuadas según la falta cometida y el grado de culpabilidad.

PROPUESTA DE MODIFICACION (ACTUALIZACION) DE LA LEY 23 DE 1981

Germán Gamarra Hernández
Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología
Magíster en Epidemiología Clínica
Presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

La Ley 23 de 1981, código de ética médica actualmente vigente fue expedida hace más de 40 años. Posterior a su promulgación se han producido múltiples normas legales, incluyendo una nueva Constitución Política de Colombia en el año 1991, la Ley 100 de 1993, que modificó de manera sustancial la relación médico-paciente y la Ley Estatutaria de Salud o Ley 1752 de 2015.

La Ley de Ética Médica, en su artículo 82 establece que en lo no previsto en dicha norma se aplicará el Código de Procedimiento Penal (CPP); éste último código, también ha sido modificado en más de una ocasión con posterioridad a la expedición de la Ley 23 de 1981 y, finalmente derogado por la Ley 906 de 2004, que abolió el sistema procesal de tendencia inquisitiva y escrito, estableciendo uno de tendencia acusatoria y oral.

El Ministerio de Salud y el Tribunal Nacional de Ética Médica, posterior a consulta realizada al Consejo de Estado resolvieron acoger su concepto que considera que el proceso ético disciplinario es de naturaleza administrativa y no penal, por lo que en lo no contemplado en esta ley especial debe remitirse a lo establecido en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA), En dicha norma se establece que el Proceso Administrativo Sancionatorio es un capítulo bien diferenciado dentro del Proceso Administrativo General, por lo que se considera que el Derecho Administrativo Sancionatorio no necesita acudir a las normas del Derecho Penal.

De esta forma, al ser el proceso ético disciplinario de naturaleza administrativa y no penal, no es apropiado remitir al CPP; es decir, este artículo de la Ley 23 queda derogado tácitamente, ante la naturaleza de ser un proceso disciplinario. Por lo tanto, no es correcto aplicar las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, en los procesos ético-médico disciplinarios.

Este cambio de jurisprudencia ha generado múltiples dificultades, en particular al pasar de cinco (5) a tres (3) años la facultad sancionatoria, se ha producido la preclusión de muchas investigaciones por ocurrir el fenómeno de la caducidad de la acción disciplinaria por parte del Estado. El fenómeno anterior ha provocado en muchos magistrados y en la sociedad en general, la sensación de impunidad en muchos procesos en los que se considera deberían ser sancionados de manera ejemplar, pero por la aplicación de la citada norma ya no es posible.

Lo anterior obliga a que de manera urgente se busquen soluciones; posiblemente lo más conveniente es actualizar la Ley 23 de 1981 a través del órgano legislativo del Estado. Por tal motivo, la Academia Nacional de Medicina asumió la tarea de revisar y actualizar dicha norma aprovechando un trabajo previo desarrollado por algunos representantes a la Cámara e introduciendo nuevas modificaciones a la ley que aunque no pretenden lograr una ley perfecta si buscan una ley mejor que evite varios de ls problemas anotados.

A continuación se transcriben las modificaciones propuestas al Congreso de la república de Colombia, orientadas a actualizar la Ley de Ética Médica.

TEXTO PROPUESTO POR LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA PARA SER PRESENTADO NUEVAMENTE AL CONGRESO EN LA LEGISLATURA 2021 – 2022.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. Del Objeto. La presente ley tiene como objeto modificar, actualizar y adicionar algunos artículos de la Ley 23 de 1981 "*por la cual se dictan normas en materia de ética médica*".

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 1° de la Ley 23 de 1981 el cual quedará así:

"**Artículo 1°. De los Principios**.

1.La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del ser humano y propender por la prevención de las enfermedades que le afecten, así como por el respeto de la dignidad humana. La medicina debe ejercerse para todos los seres humanos sin distinciones por razón de nacionalidad, ni de orden económico, de género, social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros del ser humano constituyen la esencia del servicio médico. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina debe propender por la protección de los derechos y garantías civiles de las personas.

2. El ser humano es una realidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, con la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.

En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como ser humano y persona que es, en relación con su dignidad y entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas preventivas, curativas, de rehabilitación y paliativas correspondientes. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

3. En todo tipo de investigaciones científicas, el médico se ajustará a los principios metodológicos, científicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos del ser humano y la persona, protegiéndola del aniquilamiento y el sufrimiento, y manteniendo incólume su integridad; aplicará tanto el principio de precaución como el consentimiento informado previstos en la presente Ley.

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 entre quienes participan en ella respetando los derechos y garantías civiles del ser humano. Todas las entidades habilitadas en el Sistema de Salud deberán establecer las medidas necesarias para garantizar el respeto a la relación médico – paciente.

5. Conforme con la tradición secular, el médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad, siempre que cuente con las condiciones que le permitan un desempeño profesional responsable, acorde con los principios de esta Ley.

Cuando quiera que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la medicina o a regentar cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias sobre la materia, así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional.

6.El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como servidor público y como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad.

Sin perjuicio de lo anterior, las autoridades deberán acudir como primera opción al apoyo médico forense de las entidades a las que la Ley les haya

asignado específicamente la función de prestar auxilio y soporte científico a la administración de justicia y demás entidades del Estado, a menos que el perito escogido acepte su designación sin el previo agotamiento de este requisito.

7. El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo. Es entendido que el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.

8. Cuando los médicos emprendan acciones reivindicatorias colectivas, por razones laborales u otras, la institución o empresa prestadora de salud, deberá garantizar los servicios médicos que salvaguarden la salud de los pacientes y de la comunidad.

9. Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas.

La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

10. **Principio de beneficencia**. El deber primordial de la profesión médica es buscar el beneficio de la especie humana en todo su ciclo vital propendiendo en cada etapa del desarrollo la recuperación de la salud, paliar o aliviar el sufrimiento del paciente y prevenir enfermedades, respetando la evidencia científica y la autonomía del paciente. Exige profesionalismo, que implica entre otras, buenas prácticas ajustadas a la *Lex artis*, entendida como el conjunto de reglas implícitas derivadas del conocimiento y la experiencia acumulada de la práctica médica, que son aplicables a casos similares teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar, respetando las características individuales de cada ser humano.

11. **Principio de autonomía médica**. Por autonomía médica se entiende la libertad de los médicos para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo, ajustadas a los fines de la medicina respetando a cada ser humano. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

La autonomía también se expresa en la adopción institucional de guías y protocolos de atención, que cuenten con la consulta previa certificada

y aceptación de los equipos médicos. La aplicación de las guías implica hacer un juicio ponderado de su pertinencia al caso examinado, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se prohíbe cualquier actuación o constreñimiento directo o indirecto que limite la autonomía médica.

De acuerdo con la autonomía médica, el profesional puede apartarse de las guías establecidas de manera justificada. El médico no podrá ser obligado a modificar su conducta profesional por terceros, auditores**,** pagadores o instituciones prestadoras de servicios de salud.

Según lo dispone el artículo 17 de la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015, se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los médicos en el marco de las normas legales vigentes. Las actuaciones realizadas por médicos en cargos directivos o administrativos, que afecten injustificadamente la seguridad de un paciente, son actos médicos que podrán ser sometidos a procesos ético-disciplinarios acorde con lo establecido en la presente ley.

En cualquier procedimiento y en los términos permitidos las instituciones velarán y garantizarán el respeto al derecho de objeción de conciencia, autonomía y ética profesional del personal médico, sin ningún tipo de discriminación.

12. **Principio de no maleficencia**: Es obligación del médico no causar daño innecesario durante el acto médico. Este principio implica un compromiso con la ética, la excelencia técnico-científica y con la educación permanente**,** dentro de normas de prudencia, diligencia, pericia y seguimiento de reglamentos aceptados; el médico debe tratar a todo ser humano con el más alto estándar profesional y dignidad, acudiendo a la evidencia científica y respetando sus necesidades biológicas, psicológicas, sociales, espirituales, y culturales.

13. **Principio de autonomía del paciente**. Se entiende por autonomía del paciente la libertad para deliberar, decidir y actuar sobre su propio estado de salud una vez se le haya dado la información clara, veraz, comprensible y oportuna. En ejercicio de este principio, las decisiones personales de los pacientes deberán ser respetadas por el médico tratante, siempre y cuando no afectan la salud pública**.**

En el caso de menores de edad y pacientes incapaces legal, **física** o mentalmente, deberá respetarse su autonomía a través de sus responsables, según

lo dispuesto por la Ley 1996 de 2019 o aquella que la adicione, modifique o sustituya.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, se tendrá en cuenta el interés superior del menor en todas las etapas del desarrollo, sujeto a las normas legales vigentes sobre la materia.

14. Principio de precaución. Se entiende por principio de precaución toda acción u omisión que deba realizarse con miras a salvaguardar la vida del ser humano en su integralidad y a no exponerlo a riesgos previsibles o de muerte, como consecuencia de la atención en circunstancias de emergencia en salud o de investigaciones, caso en el que bajo toda duda razonable sobre la prevención, el procedimiento, tratamiento, la paliación, medicamento o intervención en salud, deberá primar la protección de la vida humana y el paciente estará debidamente informado. A su vez, este principio implica la garantía de no exposición a riesgos en la realización de procedimientos que estén bajo duda científica y que éticamente deban evitarse.

15. Principio de Justicia. En cumplimiento de este principio, el médico se ve obligado a tratar a cada paciente como le corresponde, sin más ni menos atributos que los que su condición clínica amerita. La atención médica deberá ser otorgada sin privilegios ni discriminaciones relacionadas con la nacionalidad, raza, género, condición social o económica, principios morales o religiosos, ideologías o convicciones políticas, inclinación sexual, edad, discapacidad física o mental, condición legal, privación de la libertad, tipo de padecimiento (incluyendo las enfermedades infectocontagiosas), remuneración que se perciba o tráfico de influencias. Éticamente es inaceptable otorgar atención preferencial en la relación médico paciente a los enfermos del sector privado sobre los del sector público.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 7° de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"**Artículo 7º.** Cuando no se trate de casos de urgencia o emergencia, el médico podrá excusarse de prestar sus servicios o interrumpirlos, en razón a los siguientes motivos:

a) Cuando en virtud de su juicio clínico y en ejercicio de su autonomía médica, considere que el caso no corresponde a su experiencia, conocimiento o especialidad.

b) Cuando el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya, sin previo consentimiento. Lo anterior no excluye el derecho del paciente a una segunda opinión de otro profesional de la salud;

c) Cuando el paciente rehúse cumplir las indicaciones prescritas,

D) Cuando el paciente o sus allegados agredan por cualquier medio al Talento Humano en Salud;

d) Por enfermedad incapacitante del médico;

e) Durante el ejercicio institucional, con ocasión del fin de la jornada laboral o de turnos correspondientes, legítimo descanso, de licencias legalmente concedidas, de vacaciones o por cesación de su compromiso con la institución, casos en los cuales la atención médica debe ser garantizada por la institución;

f) Cuando se le solicite una actuación contraria a la constitución y la ley.

g) Cuando no tenga vínculo laboral o contractual con la institución de salud a la que esté afiliado el paciente, caso en el cual será la institución la que deba garantizar la continuidad de la atención en salud.

h) Cuando esté suspendido en su ejercicio por decisión de autoridad competente;

i) Cuando manifieste objeción de conciencia.

Parágrafo. La contagiosidad, cronicidad o incurabilidad de la enfermedad, del dolor o sufrimiento intratables del paciente, no constituyen motivo para que el médico no le brinde asistencia médica, excepto en casos en que se exponga la vida o integridad del profesional. El médico deberá disponer de los elementos de protección personal necesarios y suficientes, así como de los protocolos de bioseguridad, según las normas legales vigentes en la materia.

Artículo 4°. Modifíquese el parágrafo del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

Artículo 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

"Parágrafo. Si en circunstancias excepcionalmente graves un medicamento, dispositivo o procedimiento, aún en etapa de experimentación, se muestra como única posibilidad terapéutica, éste podrá utilizarse con la

autorización plenamente informada del paciente o de sus familiares responsables, y previa autorización de un comité de ética en investigación o un comité bioético clínico de investigación".

Artículo 5°. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 13. En su ejercicio profesional, el médico usará todos los medios a su alcance, mientras subsista la esperanza de preservar la salud, prevenir la enfermedad, curar, paliar, brindar asistencia para el ejercicio del derecho a morir dignamente y el acompañamiento profesional a cada ser humano que lo necesite, siempre y cuando se respete la autonomía del paciente.

Parágrafo 1. Las personas que se encuentran en muerte encefálica, definida según la normatividad vigente, se consideran médica, ética y legalmente como cadáveres; en este contexto el médico a cargo deberá, si cuenta con los recursos necesarios, mantener artificialmente y de modo temporal los órganos y tejidos para conservar su viabilidad con fines de donación, según las normas legales vigentes.

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 14. Del consentimiento informado. Para la práctica de un procedimiento diagnóstico o terapéutico el profesional de la medicina previamente brindará información sobre los beneficios y riesgos inherentes al mismo, sobre posibles alternativas o el riesgo de no realizarlo, de manera clara, veraz, comprensible y oportuna al paciente o a quien lo represente, a fin de lograr su comprensión para obtener su consentimiento.

Se exceptúan los casos de urgencia o emergencia que exijan una intervención inmediata o en los casos en que el paciente no se encuentre consciente o se encuentre en incapacidad legal, física o mental para manifestar su voluntad, en cuyo caso podrá ser expresada legítimamente por los responsables del paciente.

Parágrafo 1°. En caso de consentimiento por representación, subrogado o indirecto, si no existe expresión de voluntad anticipada, se tendrá en cuenta el siguiente orden:

1. Cónyuge o compañero permanente.

2. Quienes se encuentren en orden del primero al cuarto grado de consanguinidad o primero civil.

3. Curador o representantes legales.

En caso de desacuerdo o conflicto entre aquellos a quienes corresponda la decisión, se deberá conformar una junta médica ad hoc por parte de las entidades responsables de su atención en salud, que podrá solicitar su concepto al Comité Bioético Clínico Asistencial.

Parágrafo 2°. El consentimiento informado deberá constar por escrito en la historia clínica, suscrito por el paciente o su representante, podrá ser electrónico y podrá ser revocado por el paciente en cualquier momento del proceso de atención, sin menoscabo de la continuidad de la atención en salud. Será válido únicamente para el objetivo para el cual fue autorizado, salvo en los casos de complicaciones, hallazgos incidentales o reacciones inesperadas".

Artículo 7° Modifíquese el artículo 22, unificase con el artículo 23 de la Ley 23 de 1981 y se adiciona un parágrafo, el cual quedará así:

"**Artículo 22.** La retribución económica de los servicios profesionales es un derecho del médico. Si se trata del ejercicio particular de la medicina, los honorarios se fijarán por el profesional médico dentro de estándares racionalmente justificados del mercado laboral de esta profesión.

En caso de urgencia o emergencia, la atención médica no se condiciona al pago anticipado de honorarios".

"Parágrafo. Haciendo honor a la tradición hipocrática, es potestativo del médico en su práctica privada asistir sin cobrar honorarios al colega, sus padres, su cónyuge y sus hijos dependientes económicamente de él, así como a las personas que a su juicio merezcan esa excepción.

Si el pago de honorarios lo hace un tercero pagador, el médico podrá hacerlos efectivos. Lo anterior sin perjuicio del cobro y pago de los exámenes o insumos a que hubiere lugar".

Artículo 8. Modifíquese el artículo 37 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 37. Del secreto profesional. Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por ra-

zón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.

El deber de secreto profesional no cesa con la muerte del paciente. Las conclusiones de las juntas médicas o comités científicos, el comité bioético clínico asistencial y el comité bioético clínico de investigación y otros relacionados con la atención o aquellos que deban realizarse por disposición legal o reglamentaria, también estarán sometidas a secreto profesional y serán reservados. Serán protegidas las opiniones particulares de cada uno de los participantes".

Artículo 9. Modifíquese el artículo 38 de la Ley 23 de 1981 que quedará así:

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

a) A quien el paciente o su representante legal autorice de manera expresa.

b) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas incapaces legal o mentalmente. En el caso de menores de edad se tendrán en cuenta el grado de madurez y el impacto del tratamiento sobre su autonomía actual y futura, según lo dispuesto por la Ley 1996 de 2019 o aquella que la adicione, modifique o sustituya;

c) A las autoridades judiciales, o administrativas en los casos previstos por la ley; salvo que se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, a menos que se trate de informes sanitarios o epidemiológicos en donde no se haya individualizado al paciente.

d) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables, o por enfermedades graves infectocontagiosas, hereditarias o genéticas, se ponga en peligro la vida o integridad de estos, su pareja, o de su descendencia.

e) En situaciones extremas en las que se ponga en peligro la vida e integridad de los seres humanos y la salud pública".

Artículo 10. Adiciónese el artículo 45 A de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 45 A. **Estudiantes de posgrado.** Los médicos graduados que se encuentren realizando estudios de posgrado, en especialidades médico-

quirúrgicas, solo podrán efectuar actos médicos relacionados con la propia especialidad en instituciones prestadoras de servicios de salud que tengan convenios de docencia-servicio con la correspondiente institución de educación superior, bajo la estricta supervisión de especialistas graduados o del personal docente responsable de la prestación de los servicios de salud, de conformidad con las normas legales vigentes sobre la materia y siguiendo el plan de delegación de responsabilidades contenido en los anexos técnicos del correspondiente convenio de docencia-servicio entre la universidad y la institución prestadora de servicios de salud, por cada programa académico.

Se exceptúan las situaciones de urgencia o emergencia que obliguen a la actuación inmediata del estudiante de posgrado como médico graduado que es, en las que haya una ausencia justificada del especialista.

Parágrafo 1. Las actividades realizadas por los estudiantes de programas académicos de pregrado que requieran ser registradas en la historia clínica del paciente u otros registros, deberán ser consignadas por el profesional responsable y respaldadas con su firma, nombre y registro profesional.

Parágrafo 2. La relación docencia-servicio deberá procurar la calidad de los servicios y la seguridad de los pacientes con el fin de prevenir que la prestación de los servicios se vea afectada por el desarrollo de las prácticas formativas".

Artículo 11. Adiciónese el artículo 45 B de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 45 B. Atención Médica a distancia. En la atención médica sincrónica a distancia consentida, con apoyo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), en teleconsulta, teleapoyo, teleorientación o modalidades similares que involucren toma de decisiones o formulaciones; deberá quedar grabado registro del consentimiento informado, en forma tal que sean identificables y verificables las identidades de los intervinientes y sus responsabilidades frente al acto médico, conforme a las normas vigentes aplicables en la materia.

Parágrafo. En la atención médica asincrónica a distancia, como interconsulta, asistencia con telemonitoría, juntas médicas, interpretación

de evoluciones, resultados o similares, a juicio del médico responsable, se podrá solicitar o no el consentimiento informado. Deberán quedar registradas las recomendaciones, interpretaciones y decisiones tomadas, observando las normas vigentes para los registros correspondientes en la historia clínica".

Artículo 12. Modifíquese el artículo 46 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"**Artículo 46**. Para ejercer la profesión de médico se requiere, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la ley 1164 de 2007 y las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan:

a) Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida (profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique, adicione o sustituya;

b) Convalidación en el caso de títulos obtenidos en el extranjero de acuerdo con las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.

Parágrafo. El Colegio Médico Colombiano inscribirá a cada médico que cumpla los requisitos dispuestos en los numerales a y b al Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud -ReTHUS y expedirá la tarjeta profesional como identificación única de los médicos inscritos en el ReTHUS de conformidad con lo establecido en la Ley 1164 de 2007, o la norma que la modifique, adicione o sustituya".

Artículo 13. Modifíquese el artículo 48 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 48. El médico egresado de universidad extranjera que aspire a ejercer la profesión o especialidad en nuestro país convalidará el título obtenido de conformidad con la Ley.

Parágrafo. Quien quiera ejercer medicina en Colombia en cualquiera de sus especialidades, incluidas una segunda o tercera especialización, debe haber cumplido con las exigencias académicas de un postgrado en una Universidad reconocida por el Estado para ese tipo de programas; en el caso de títulos obtenidos en el extranjero, se requerirá la convalidación

respectiva, de acuerdo con las normas legales vigentes y los convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios".

Artículo 14. Modifíquese el artículo 68 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 68. **Tribunal Seccional de Ética Médica**. Los tribunales seccionales de ética médica estarán integrados por cinco (5) magistrados por regla general o, por un número impar de profesionales de la medicina elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica, escogidos de listas presentadas por el Colegio Médico Departamental o Distrital correspondiente, de las Facultades de Medicina, y la Academia de Medicina o el capítulo de la Academia Nacional de Medicina existentes en el respectivo ente territorial, cuyo número en cada lista no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número con el lleno de las cualidades que más adelante se señalan".

Parágrafo 1. El Tribunal Nacional de Ética Médica, podrá nombrar un mayor o menor número de magistrados en aquellos tribunales seccionales en donde el volumen de quejas así lo justifique, teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal presente en las regiones.

Parágrafo 2. En el caso de ausencia de una entidad territorial nominadora, las existentes postularán los candidatos, sin perjuicio de la conformación de los tribunales seccionales de ética médica.

Artículo 15. Adiciónese el artículo 81 A de la Ley 23 de 1981 el cual quedará así:

"Artículo 81A. **Requisitos sustanciales para sancionar**. Solo se podrá dictar fallo sancionatorio cuando exista certeza más allá de toda duda razonable sobre la conducta violatoria de las normas contempladas en la presente ley endilgada en el pliego de cargos, o cuando el médico investigado haya aceptado los cargos y estos estén probados. El fallo se fundamentará en las pruebas legalmente aportadas al proceso sin que puedan servir de fundamento aquellos argumentos derivados del conocimiento privado del acusado por parte de los Magistrados que integran el respectivo Tribunal; sin perjuicio del propio conocimiento médico para concluir si lo que hizo el disciplinado es conforme a la *Lex artis* o no".

"Parágrafo 1°. El fallo deberá contener:

a) Un resumen de los hechos materia del proceso;

b) Un resumen de los cargos formulados y de los descargos presentados por los intervinientes y análisis de estos, con manifestación expresa de las razones por las que se acogen o se descartan los argumentos de descargo.

c) Las razones por las cuales los cargos se consideren probados o desvirtuados, mediante evaluación de las pruebas respectivas.

d) La cita de las disposiciones legales contenidas en las normas de ética médica infringidas, de conformidad con la resolución de cargos y las razones por las cuales se absuelve o se impone determinada sanción.

e) Cuando fueren varios los implicados, se hará el análisis separado para cada uno de ellos.

f) El análisis y valoración de las pruebas recaudadas o aportadas".

"Parágrafo 2°. Son causales de exclusión de la responsabilidad ético-disciplinaria, las previstas en el Código Penal, artículo 32 o las normas que las modifiquen, sustituyan a adicionen".

Artículo 16. Adiciónese el artículo 81B de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 81 B. Prescripción. La acción de la que trata la presente ley prescribe en cinco (5) años, contados desde el día en que se cometió la última conducta objeto de investigación o desde que las consecuencias presuntamente asociadas al acto médico se hagan evidentes para el supuesto afectado por la conducta del profesional, término que se interrumpirá con el auto de formulación de cargos. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el presente artículo, es decir, por 30 meses más".

Artículo 17. Adiciónese el artículo 81C de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"**Artículo 81 C. Recursos ordinarios**. Contra las resoluciones interlocutorias, excepto las de formulación de cargos, la resolución de preclusión y la de archivo, proceden los recursos de reposición, apelación y queja.

Contra los fallos de sanción proceden los recursos de reposición, apelación y queja".

Artículo 18. Adiciónese el artículo 81 D de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 81D. Reserva. El proceso ético-profesional está sometido a reserva. Mientras no esté ejecutoriado el fallo definitivo, solamente será conocido por el médico examinado y su apoderado o por autoridad competente".

Artículo 19. Adiciónese el artículo 81 E de la Ley 23 de 1981 el cual quedará así:

"Artículo 81 E. Nulidades. Son causales de nulidad en el proceso ético-médico disciplinario:

a) La vaguedad o ambigüedad de los cargos o la omisión o imprecisión de las normas en que se fundamenten;

b) La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso".

Artículo 20. Modificase el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

Artículo 82. Los vacíos que se presenten en la aplicación de la presente ley remitirán para su solución, a las normas procesales existentes en el siguiente orden: Código Contencioso Administrativo, Código General del Proceso, Código de Procedimiento Penal, Código Único Disciplinario.

Artículo 21. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 83 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Parágrafo. Tasación. Las sanciones se aplicarán teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor, así como las modalidades y circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, y los factores atenuantes y agravantes de la falta.

Son circunstancias atenuantes al tasar la sanción del médico:

1. Es la primera falta o sanción.
2. El galeno demuestra arrepentimiento (atenuación por confesión) o intención de mitigar las consecuencias de su acción u omisión".

Artículo 22. Modificase el artículo 84 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 84. Los tribunales seccionales de Ética Médica son competentes para aplicar las sanciones a que se refiere el artículo 83 de la presente Ley".

Artículo 23. Modifíquese el artículo 91 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 91. El Ministerio de Salud y Protección Social, oído el proyecto de presupuesto para la siguiente vigencia del Tribunal Nacional de Ética Médica, señalará la remuneración que corresponda a los miembros del Tribunal Nacional y demás personal auxiliar, así como los gastos administrativos pertinentes.

Parágrafo. En el caso de los Tribunales Seccionales de Ética Médica, la entidad o las entidades territoriales correspondientes, oído el Proyecto de Presupuesto para la siguiente vigencia del Tribunal Seccional de Ética Médica, señalará(n) la remuneración que corresponda a los miembros del Tribunal Seccional y demás personal auxiliar, así como los gastos administrativos pertinentes".

Artículo 24. Modifíquese el artículo 92 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

"Artículo 92. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social incluirá en el proyecto de presupuesto de gastos correspondiente a cada vigencia las partidas indispensables para sufragar los gastos que demande el cumplimiento de la presente Ley, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42, numeral 42.18, de la Ley 715 de 2001 o las normas que la adicionen o modifiquen.

Así mismo, de acuerdo con la misma Ley, a nivel de las entidades territoriales, según el artículo 43, numeral 43.1.8, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, o las normas que las adicionen o modifiquen, corresponde a las entidades territoriales financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y vigilar la correcta utilización de los recursos.

Constituye falta grave, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales a que haya lugar, el no suministro oportuno de los recursos necesarios para el buen funcionamiento de los tribunales éticos médicos disciplinarios".

Artículo 25. Derogatorias y vigencias. La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga los artículos 85, 87, 89 y 94 de la ley 23 de 1981, las normas establecidas en el Decreto 3380 de 1981 o de cualquier otra norma que le sean contrarias.

Proyectado por: Comisión de Ética - Comité de Asuntos Legislativos

Comisión de Salud

Academia Nacional de Medicina

Agosto 3 de 2021