

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

MEMORIAS

**ENCUENTRO DE TRIBUNALES
DE ÉTICA MÉDICA
JUNIO DE 2019**

SEPTIEMBRE 2019

No. 35

© 2019 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

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

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2019

**MEMORIAS ENCUENTRO DE TRIBUNALES
DE ÉTICA MÉDICA JUNIO DE 2019**

SEPTIEMBRE 2019

No. 35

MAGISTRADOS 2019

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Hernán Jiménez Almanza

Dr. Ariel Iván Ruiz Parra

Dr. José Miguel Silva Herrera

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo



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

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

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

El servicio de **envíos**
de Colombia



Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2019.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2019

INDICE

Pag.

Editorial

LA INDAGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO

9

Dr. Germán Gamarra Hernández

Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica

ÉTICA Y POLÍTICA EN LA ACTUALIDAD RETO EN LA FORMACIÓN MÉDICA

17

Dr. Edgar Villota Ortega

Presidente Tribunal de Ética Médica de Nariño

ÉTICA MORAL Y DERECHO

25

Dr. Manuel Enrique Cadena Gutiérrez

Magistrado Tribunal de Ética Médica de Bogotá

LA DEDICACIÓN NECESARIA DEL MÉDICO A SU PACIENTE Y LAS IMPLICACIONES DE OMITIR DI- CHO DEBER

31

Dr. Tito Gregorio Francisco Mojica Rodríguez

Magistrado. Tribunal Seccional de Ética Médica de Boyacá.

ASPECTOS COMUNES ENTRE LA MEDICINA LE- GAL Y LA ÉTICA MÉDICA

39

Dra. Claudia Adriana García Fino

Directora del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias
Forenses

Pag.

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU APLICACIÓN
EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL
DISCIPLINARIO (LEY 1952 DE 2019), EN RELACIÓN
CON LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO
DISCIPLINARIO**

42

Dra. Leidy Johana Giraldo Osorio

Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

**CODIGO DE NO REANIMACION (NR)
ASPECTOS ETICOS DEL ACTO MEDICO FRENTE AL
CONCEPTO DE PROLONGACIÓN TERAPÉUTICA**

61

Dr. Federico Benítez Paz

Magistrado Tribunal de Ética Médica del Cauca

ÉTICA Y REDES SOCIALES

68

Dra. Ana María Granada Copete. Magistrada

Dra. María Cecilia Cadena Lleras. Abogada Secretaria

Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca

**LA RELACION MÉDICO – PACIENTE: TENSIONES Y
DESAÍOS QUE ENFRENTA HOY EN COLOMBIA**

88

Dra. Clemencia Mayorga Ramírez

Magistrada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá

AUTONOMÍA MÉDICA

98

Dr. Herman Redondo Gómez

Magistrado Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá

**CRITERIOS PARA LA TASACIÓN DE LA SANCIÓN
ÉTICO - DISCIPLINARIA: LA INCIDENCIA DEL RE-
SULTADO MATERIAL DE LA CONDUCTA MÉDICA**

106

Dra. Laura Isabel Buitrago Correa

Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

EL QUEJOSO EN EL PROCESO ÉTICO – MÉDICO

122

Dr. Arturo Iván Eraso Barco

Abogado Secretario

Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo

Pag.

CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE LA QUEJA: DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA VS EFICIENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA.	127
---	-----

Dr. Juan Felipe Álvarez Arboleda

Abogado. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

EL ROL DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA EN LA INTEGRIDAD CIENTÍFICA	135
---	-----

Dr. Miguel Ángel Alarcón Nivia

Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Santander

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y LA DOCTRINA PROBABLE EN EL DERECHO DISCIPLINARIO	151
---	-----

Dr. Jacob Cuellar Bermúdez

Secretario Abogado. Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

PSICOCIRUGÍA	164
---------------------	-----

Dr. Ramiro Calderón Tarazona

Magistrado. Tribunal Seccional de Ética Médica Norte de Santander

35° ANIVERSARIO DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA	171
---	-----

Dr. Néstor Harry Amorocho Pedraza

Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

EL EJERCICIO DE LAS ESPECIALIDADES POR MÉDICOS QUE NO CUENTAN CON EL AVAL DE UN TÍTULO ACADÉMICO.	173
--	-----

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Etica Médica

Editorial

LA INDAGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO

Germán Gamarra Hernández

Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología

Magíster en Epidemiología Clínica

Vice-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 el último Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica, realizado en Bogotá D.C., durante los días 8 y 9 de junio de 2019. Estos encuentros constituyen una excelente oportunidad para intercambiar conceptos sobre problemas comunes que se presentan en el ejercicio de esta noble labor; sin embargo, a pesar de la amplia variedad de temas tratados durante el encuentro, no siempre es posible aclarar las discrepancias que existen y en esta ocasión, por medio de esta nota editorial quiero precisar algunos conceptos relacionados con la investigación preliminar en el proceso ético-médico disciplinario.

La Ley 23 de 1981, el código de ética médica vigente, en algunos aspectos puede verse obsoleta y desactualizada; es una ley expedida hace casi 40 años, y posterior a la misma han surgido múltiples normas; talvez, los hechos más importantes han sido, la Constitución Política de Colombia del año 1991 y la Ley 100 de 1993, que modificó de manera sustancial la relación médico-paciente. 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, también ha sido modificado en más de una ocasión con posterioridad a la expedición de la Ley 23 de 1981. Por lo tanto, no es inusual que se presenten discrepancias, entre los diferentes tribunales, en los procedimientos que se siguen durante un proceso disciplinario.

La Ley 23 de 1981 no contempla la etapa de investigación preliminar dentro del proceso ético-médico disciplinario, pero el Código de Procedimiento

Penal sí lo establece de manera clara y precisa; define una etapa preliminar y posterior a la misma, si se encuentra mérito, se da apertura a una investigación formal que concluye con la preclusión o el pliego de cargos.

Para comprender la naturaleza de la investigación preliminar y aclarar algunos elementos de la misma, se citarán a continuación, los conceptos expuestos por la doctora Gladys León, abogada y ex secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.

“...Naturaleza de la Indagación Preliminar

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

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

a. Con el fin de individualizar e identificar el autor de una posible falta disciplinaria. b. Cuando exista duda sobre la procedencia de la apertura del proceso, por cuanto se requiere determinar, con antelación al auto de aceptación de la denuncia (Art. 75 ley 23 de 1981) si el hecho acusado existió, si es constitutivo de falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló. c. Así mismo se utiliza esta figura para determinar en caso de duda la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los tribunales. No se trata de un requisito de procedibilidad y por lo tanto no es una etapa obligatoria del proceso.

La Sentencia C-430/97 Corte Constitucional Expediente D-1596 con ponencia del Magistrado Dr. ANTONIO BARRERA CARBONE-

LL, sobre la naturaleza de la indagación preliminar señala:

“La indagación preliminar disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.”

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

La aplicación analógica de la indagación preliminar.

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

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

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

No obstante que en la Sentencia No. C-259/95 la Corte Constitucional estimó que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, “en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política y que al contrario, este precepto, conduce a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario”, al expedirse la Ley 906 de 2004, el panorama jurídico cambia totalmente y es el momento de determinar sobre el modo de aplicar la norma, en congruencia con el proceso descrito por la Ley 23 de 1981, por cuanto el proceso penal de tipo acusatorio que introduce esta ley con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, no es compatible en todas sus partes, con nuestro actual proceso, aunque es claro que la fase de indagación de

investigación preliminar es compatible con nuestro procedimiento, desde el punto de vista de la finalidad buscada en el procedimiento penal, como es la comprobación de si los hechos denunciados y sus circunstancias revisten las características de un delito desde la perspectiva de la tipicidad objetiva de la conducta. Si procede la acción penal y la identificación e individualización de los autores o partícipes de la conducta investigada a partir del recaudo de elementos probatorios.

El término de duración de la indagación preliminar.

La indagación preliminar no puede tener un término indefinido. La Corte Constitucional en Sentencia C-036/03 que declaró inexequible el término indefinido que se señalaba para la indagación preliminar regulada por el Código Disciplinario Único, cuando existía duda sobre la identificación o individualización por el autor presunto de una falta disciplinaria, precisó:

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

En otras jurisprudencias constitucionales se ha establecido que la indefinición temporal de la actuación preliminar afectaba gravemente el derecho al debido proceso del indiciado. De esta manera la investigación o indagación preliminar tiene un término definido y al vencimiento del mismo deberá dictarse auto inhibitorio, si no se han reunido los requisitos para iniciar el proceso ético disciplinario, o en caso contrario, auto de apertura de proceso.

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

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

“...PARÁGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos

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

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

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

Derechos de imputado durante la indagación Preliminar.

Es un deber de los Tribunales garantizar el debido proceso y el derecho de defensa ciñendo sus actuaciones a la más rigurosa imparcialidad y cumplimiento de los principios que en el arte de juzgar. De esta manera no cabe la menor duda sobre la obligación de comunicarle, (una vez que se encuentre individualizado) al sujeto de investigación, la existencia de una indagación preliminar con el fin de que ejerza su derecho de defensa, pudiendo controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas dentro de las cuales se encuentra la versión libre que deberá ser recibida por el magistrado que adelanta la indagación preliminar. Bastante ilustrativas sobre el tema resultan las sentencias C-175/01 C-555/01 de la Corte Constitucional.

Tal y como lo planteaba el Dr. Edgar Saavedra Rojas en demanda conjunta de inconstitucionalidad sobre los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que dio origen a la sentencia C-025/09, el efectivo ejercicio del derecho de defensa “Puede activarse antes de que se adquiera la calidad de imputado, ya que desde una pers-

pectiva interpretativa incluyente no puede existir una limitante temporal para la materialización del derecho a la defensa, como quiera que es una prerrogativa general y universal que surge a partir del momento mismo en que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso.”

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

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

De la exposición anterior se puede concluir que la indagación preliminar procede en los siguientes casos:

1. Cuando se requiere individualizar e identificar al autor de una posible falta disciplinaria.
2. Cuando exista duda sobre la procedencia de la apertura del proceso, por cuanto se requiere determinar, con antelación al auto de aceptación de la denuncia (Art. 75 ley 23 de 1981) si el hecho acusado existió, si es constitutivo de falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.
3. Para determinar, en caso de duda, la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los Tribunales. Con frecuencia se reciben quejas que corresponden a profesionales de otras carreras o a personal auxiliar.
4. Si se allegan elementos materiales probatorios, evidencia física e información por medios lícitos. Es importante, durante el análisis de las pruebas determinar que las mismas hayan sido obtenidas de manera lícita.
5. De todas formas, es necesario tener cuenta que la indagación preliminar no es una etapa obligatoria dentro del proceso ético disciplinario. La investigación preliminar tiene unos términos para su realización que

deben tenerse en cuenta al determinar las estrategias y tiempos dedicados a la investigación.

La Ley 23 de 1981, no establece los términos de prescripción en el proceso ético-médico disciplinario, por lo que después de múltiples debates y análisis al respecto, el Tribunal Nacional con el apoyo de un importante número de abogados asesores y secretarios de los tribunales seccionales durante un encuentro nacional, revisó la normatividad existente y con base en ella resolvió iniciar el conteo de la prescripción a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria, es decir del inicio formal de la etapa de investigación y a la fecha, se han emitido numerosos fallos acatando esta normatividad. El Tribunal Nacional de Ética Médica, revisó de manera amplia la jurisprudencia sobre la prescripción de los procesos ético-médico disciplinarios, sus posibles causas y en particular la ley 1474 del 12 de julio de 2011, que permite contabilizar los cinco (5) años a partir del auto de apertura de investigación.

La citada norma ha sido utilizada para definir la prescripción siempre y cuando los hechos que motivaron la investigación hubiesen ocurrido con posterioridad al 12 de julio de 2011, fecha de la promulgación de dicha ley. Sin embargo, de nuevo aparece una nueva norma expedida el 28 de enero de 2019. La Ley 1952 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario, se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”.

Los artículos de la nueva ley, que se relacionan de manera directa con el fenómeno de la prescripción y deberán ser tenidos en cuenta en los procesos ético-médico disciplinarios son:

“Artículo 32. Causales de extinción de la acción disciplinaria. Son causales de extinción acción disciplinaria las siguientes:

- 1. La muerte del sujeto disciplinable.*
- 2. La prescripción de la acción disciplinaria.*

Parágrafo: el desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria.

Artículo 33. Prescripción e interrupción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados para las faltas de ejecución instantánea desde el día de su consumación,

para las ejecución permanente o continuada, desde la realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar. La prescripción se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia. En este evento, para emitir y notificar el fallo de segunda instancia o de reposición, la autoridad disciplinaria tendrá un término de dos años contados a partir del siguiente día del vencimiento para impugnar la decisión. (...)

Cuando se investiguen varias conductas en un solo proceso, la prescripción se cumplirá independientemente para cada una de ellas.

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

Esta nueva ley, deroga el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, que ha sido el soporte jurídico utilizado el Tribunal Nacional al emitir fallos sobre la prescripción de los procesos ético disciplinarios y será remplazado por el artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 que entrará en plena vigencia dieciocho (18) meses después de su promulgación y nos obligará una vez más, en acatamiento de la misma, a iniciar el conteo de los términos de prescripción a partir del día de consumación del hecho o a partir del último acto médico en el caso de que haya existido una acción continuada.

Si tenemos en cuenta el tiempo que transcurre entre la ocurrencia de los hechos sumados al tiempo que dura la etapa de indagación preliminar, muy probablemente el fenómeno de la prescripción ocurrirá con una mayor frecuencia de lo que ocurre en la actualidad, en los procesos ético-médico disciplinarios. El conocimiento y aplicación de la norma, nos obligará a los jueces a ser más diligentes y ágiles en el trámite de los procesos con el fin de evitar, la ocurrencia del fenómeno de la prescripción y poder cumplir a cabalidad con la función de impartir justicia.

ÉTICA Y POLÍTICA EN LA ACTUALIDAD

RETO EN LA FORMACIÓN MÉDICA

Edgar Villota Ortega

Presidente.

Tribunal Seccional de Etica Medica de Nariño y Putumayo

MORAL: Del latín “mores” significa costumbre, la moral se entiende como una vivencia existencial. Constituye el Código de Comportamiento Social y Personal que defiende intereses colectivos y permite la convivencia.

ÉTICA: Del griego ethos, también 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 Aristóteles y Platón.

Los actos humanos a la luz de la ética deben ser el resultado de la propia convicción equivalente a educación social, o sabiduría de la acción ética, es una ciencia normativa, describe los actos como deben ser.

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.

Siendo el fin de la Ética Social, la convivencia entre personas.

Aquí la importancia de recordar que en la Ética Heterónoma (a diferencia de la autónoma) se recibe de fuentes externas e 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. La política desde la antigüedad hasta la modernidad, es aquel eje principal donde se articulan las decisiones de los gobiernos.

El Sociólogo Max Weber: la define: “se caracteriza por una lucha entre personas o agrupaciones, para detentar el ejercicio del poder”.

VOCACIÓN POLÍTICA

Los colombianos desde el nacimiento de la República 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. No enseñaba a elegir las autoridades, organizaba el parlamento.

Y como presidente nos daba ejemplo de cómo respetar el legislativo y decía **“el parlamento no es importante por lo que hace sino por lo que evita”** Rechazaba el autoritarismo de Bolívar.

ÉTICA 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 pasar primero por 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.

Si las comparamos con un edificio: la Ética estaría en la base, en los cimientos, una vez que los cimientos son buenos, se puede crear la columna que sostenga el edificio y aquí entraría la política.

En suma la política resulta ser la ciencia de la **autoridad**, ciencia reina entre las ciencias, que tiene por objeto la felicidad de los ciudadanos, por medio de vida activa, honorable y virtuosa.

Por definición el político debe poseer: educación, integridad, ser justo, equitativo. Si se rompe es usurpador. Si el político no tiene el perfil ético y valores, cae fácilmente en las desviaciones que lleva a la corrupción.

Cuando individuo posee ética se despierta en él un espíritu de servicio y actúa con responsabilidad.

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

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.

Plutarco: griego – En su obra “Vidas Paralelas” escribió; el hombre es el más cruel de todas las fieras, cuando a las pasiones se une el poder.

José Antonio Marina – filósofo español, escribió: no hay que ser águila para saber hasta que extremos de perversidad y bajeza puede llegar el hombre, basta pensar que la crueldad, el desamor, la tortura; son creaciones humanas de inteligencias fracasadas.

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.

La política que debería ser cúspide de las virtudes y atributos, hoy ha degenerado en un espectáculo, en un show donde los actores principales son maestros del entretenimiento, vedettes que posan para los medios, verdaderos bufones, que restan toda seriedad, credibilidad, confianza al cargo.

Ejemplo: en 2003 USA.- para Gobernador de California compitieron: un luchador de sumo, un surfista, una actriz porno, un actor de cine, etc. Tendencia de nuestro tiempo. Las elecciones adoptan la forma de una animada ficción, de un juego de fingimientos, disfraces y máscaras, para manipular emociones e ilusiones, en el que triunfa no es quien posee mejores ideas y programas, sino el que actúa mejor y encarna persuasivamente el personaje que le han fabricado los especialistas de la publicidad, ya que es el más vendible.

- Los famosos así sean actores, futbolistas, han reemplazado a los pensadores, escritores o estadistas.
- El proceso electoral es un melodrama de sentimientos

Así se consolida en el sistema político contemporáneo la traición a los ciudadanos.

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**” y mantenerse en él. Enfoque que supone rechazo a la Ética y sus valores.

En la Democracia Moderna: Existe tensión entre ética y la política y al separálas surge el relativismo moral. Entonces no se habla de gobierno ético sino de gobierno eficaz. Los grupos o elites (Plutocracia) hablan de ética pública solo como discurso. El poder adquiere un carácter corruptor.

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)

“LOS MÉDICOS Y LA POLÍTICA”

“O nos metemos al barro de la política sin untarnos, o nos resignamos impávidamente a que intervengan la medicina desde fuera y así nos impongan las reglas de juego.

Así 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.

La visión de la comunidad frente al médico se ha transformado de manera:

NEGATIVA

RADICAL INJUSTA

- La profesión más sacrificada
- Hoy se cambia el manejo del dinero ante la atención del sufrimiento humano
- Hemos perdido respeto y estima por nuestra decidida omisiva
- Entregamos nuestra influencia (filosófica, administrativa y política). A otros grupos que buscan beneficios económicos
- Aparecieron los intermediarios y cambió la forma de ejercer la Medicina
- 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.

SALUD-ÉTICA Y POLÍTICA

Si nos referimos a la situación actual, a partir de la ley 100 del 1993: se cambia el subsidio a la oferta por el subsidio a la demanda. Significa el estado se olvide de su obligación constitucional, se convierten las Instituciones Prestadoras de Salud en vendedoras de bienes y servicios.

La salud se convierte en una mercancía expuesta a la oferta y la demanda. En esa dinámica se comienza a diluir el concepto de ética y emerge con fuerza el marketing o mercantilismo, para terminar en los casos de enri-

quecimiento y corrupción que presenciamos en detrimento del servicio, del humanismo y de la ética

- Se rompe la relación Médico paciente vocacional
- Se lo convierte en cliente
- Afectando la dignidad del Médico y del paciente

Se pasa: De servicios a empresas

Paciente a cliente

Director a Gerente

Debemos retomar la Administración de la Salud con auténtico liderazgo, apoyados en una fuerte y unificada gremialidad. Hay que entrar al juego político de la sociedad moderna, (barro). No más aislamiento, debemos imponernos.

Hay que buscar el poder con criterio y ética en defensa de la salud del paciente, del Médico, entendido como capacidad de ejercer influencia sobre otros, y lograr modificar el comportamiento. Tenemos y hemos sufrido la experiencia después del 93. No desfallezcamos.

RETO EN LA FORMACIÓN MÉDICA

Colombia requiere de un nuevo tipo de Médico que entienda 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 Médica

EN EDUCACIÓN

En la formación médica aparece la ley 30, la cual **masifica** la educación universitaria facilitando la explosión de programas de salud si bien se cubren volúmenes, se cuestiona la calidad relativa especialmente a vocación y valores.

Se remplace la **Educación Clínica Integral y el contacto Médico Paciente** por la tecnología, las imágenes, el laboratorio y el lleno del computador. La gran dignificada frente al asistencialismo fue también la **Salud Pública**, perdiendo conceptos básicos de **prevención, promoción** olvidándose los indicadores de salud enfermedad favoreciendo la reaparición de patologías antes controladas.

Los nuevos médicos deberán enfrentar un sistema hostil, donde la calidad no es prioridad.

Quien como médico pretenda desafiar las leyes del mercado y la estructura del sistema puede exponerse a grandes frustraciones. Afortunadamente, en medio de este ambiente, es alentador ver a tantos jóvenes que deciden una vez más entregar su vida a esta noble profesión. Ellos son la gran esperanza para los sistemas de salud.

TRANSFORMACIÓN DE LA EDUCACIÓN MÉDICA

PROPUESTA:

Estudio, análisis y reformas que no prolonguen la **contradicción** que hoy surge entre la formación integral que contempla el conocimiento, el humanismo y los valores éticos, formando Médicos Integrales que **salen a estrellarse** con un sistema caótico, mercantilista y deshumanizante como pasa con el sistema de salud actual.

Con énfasis en la calidad y dignidad del Médico y paciente, respetando la autonomía del Médico y paciente hoy totalmente vulneradas. Hoy el sistema de salud **no acepta al profesional idóneo** ni le permite su desarrollo profesional. Lo estrella contra una jungla de intereses menos el del servicio al paciente y el **cuidado integral** de la salud.

No será hora de reformular perfiles, prioridades, viabilizar reformas entre el sector salud y educación, en el campo de la educación médica en Colombia, o actuamos ya, o llegamos a la hecatombe total. No debemos ni podemos callar la enorme crisis de salud que nos afecta a todos, pero en especial a Médicos y Pacientes.

Aun con la dignidad ofendida, en medio de una “patria boba” por la confusión de sistemas, instancias, instituciones, tramites y normatividad, los Médicos somos y debemos ser altruistas, comprometidos, éticos y hoy en día debemos luchar como quijotes por nuestra profesión

Referencias Bibliográficas

Derecho medico colombiano tomos i y ii

Política y corrupción Otto Morales medites

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.

Leyes, decretos, normas y jurisprudencias en salud y educación médica. Asociación médica mundial

Fundamentación de la metafísica de las costumbres (kant)

La Educación Médica en América Latina OPS-OM

Historia de la ética Médica. Oxford University – Jonsen, Ar.

Profesionales de la salud para el nuevo siglo. Educación Transoformadora. Frenk J, Chen I. Y Cohen J.

La Teoría de las Profesiones. Perfiles educativos Siglo XXI Freidson e.

Mentes excepcionales, educación abierta. Brown J.S. y R.P. Adler

Asignación de recursos sanitarios desde la perspectiva de la complejidad. Artaza N.

El epitafio profesional. British Journal of general practice.

Perspectivas sobre la Educación Médica en América Latina. Quintero.G.A – Ana Cecilia Santos

Conectivismo. Una teoría de aprendizaje para la era digital. Siemens G. Todos por un nuevo país: Pais Mais

ÉTICA MORAL Y DERECHO

Manuel Enrique Cadena Gutiérrez
Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

Ética, moral y derecho son tres palabras que han ocupado el pensamiento del hombre desde la antigüedad y han dado el marco de referencia para evaluar el comportamiento del hombre.

La palabra ética tiene su origen en el griego *eticos* (ἠθικός), ésta ha sido objeto de estudio de la filosofía desde el principio de la historia y se refiere a la preservación del ser del propio y del cuerpo de los demás pero además establece los principios del deber ser del hombre. La ética centra su interés en las acciones del individuo y se enfoca en los fundamentos de los comportamientos habituales para evaluar su bondad o la ausencia de ella. La ética es entendida generalmente como un ejercicio interno de la razón, cuyo objetivo es determinar qué es lo que hace que algo sea bueno para sí mismo y para la sociedad, es decir, es el análisis propio e íntimo del individuo, contrastado con su entorno. Es por esto que se le considera como un estudio de la moral (práctica, exterior y compartida socialmente).

Los filósofos a través de la historia como Aristóteles, Platón Nietzsche, Freud. se han encargado de su definición con no pocas divergencias que han trascendido a través de la historia. Aristóteles identificó la bondad con la felicidad guiada por la razón, mientras que para Kant la felicidad y la bondad de las acciones no tienen relación (se puede ser feliz en la maldad e infeliz en la bondad).

La moral es una palabra de origen latino que proviene del término *mos moris* que entraña el concepto de costumbre y se refiere ésta al conjunto de creencias, valores, normas y usos de un grupo social que determina la manera de obrar de una comunidad, por tanto, ésta orienta acerca de las acciones que son buenas o aquellas que no lo son y se consideran incorrectas en el contexto de una sociedad. A diferencia de la ética, la moral se origina

en el grupo, en la sociedad y tiene carácter circunstancial en función del tiempo y las personas que la conforman; de tal manera que una costumbre que en la edad media era moralmente válida, a la luz de la sociedad contemporánea podría no serlo.

La moral se refiere al conjunto de normas y principios en los que se basan la cultura y las costumbres de un determinado grupo social y está constituida por reglas, creencias y valores con las cuales se juzga la conducta de un individuo. La conducta se entiende como el comportamiento de una persona, vale decir la expresión de las particularidades de un individuo con las que manifiesta o exterioriza los rasgos propios de su personalidad.

El derecho es el ordenamiento jurídico que mantiene la cohesión entre los distintos grupos sociales como son la familia, la clase social, la profesión, la iglesia. Tiene carácter vinculante, con sanciones establecidas y alcanza el ámbito político, territorial y cultural; este ordenamiento jurídico propende por la cohesión entre los diferentes grupos sociales como la familia, los partidos políticos, las clases sociales, las profesiones, las iglesias, etc... Theodor Viehweg afirmaba con respecto al verdadero propósito del derecho que: *“Ninguna sociedad puede tener cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente lo que en ella se considera justo”*.

HISTORIA

Hace 10.000 años, el hombre dejó de ser cazador nómada, para convertirse en agricultor sedentario. La actividad agrícola hizo necesario establecer normas para la ocupación de la tierra y el usufructo de las cosechas, pues tribus foráneas venían a expropiarlas, constituyendo así el primer esbozo de ley. Entre 1728 y 1726 a.C, apareció el primer texto escrito conocido como el Código de Hammurabi, cuyo contenido era severo y abarcaba cerca de trescientas normas en la que se contemplaba el ámbito civil, penal y mercantil; establecía normas acerca de la monogamia y el divorcio y, en él se encontraba la conocida ley del Talió en la cual el daño se resarcía con un daño semejante. Con respecto al ejercicio médico se señalaba acerca de la culpa: *“El médico que produce la muerte de alguien libre, en el tratamiento, o quien deja ciego a un ciudadano libre, se le amputarán las manos; si quien muere es un esclavo, pagará el médico su precio; si lo dejara ciego, pagará la mitad de su precio.”*

Posteriormente aparecieron los mandamientos que entregara Dios a Moisés en el monte Sinaí, decálogo cuyo contenido se asemeja con las leyes de otros pueblos primitivos como los sumerios y los mesopotámicos, pero con la diferencia de estar centrado éste, en el monoteísmo. El siguiente paso se encuentra en Grecia, hacia el siglo VII a. C, en donde las leyes se hacen más severas pero en un contexto de igualdad entre los hombres, de tal forma que se protegiera al ciudadano del abuso del poderoso. Estas leyes evolucionaron, como lo hizo la ley de Moisés a partir de las leyes de los sumerios y mesopotámicos.

En el siglo V a. C, se inicia la transición del derecho consuetudinario, no escrito y basado en las costumbres, hacia el escrito que dio origen al derecho romano, cuya primera manifestación fue la Ley de las XII Tablas, que se originó por las diferencias entre plebeyos y patricios y vino a sentar las normas para la convivencia en los aspectos privado y público. Fue redactada y escrita por diez magistrados patricios, por lo que también se le conoce como la ley Decenviral. Según el historiador Tito Livio, estos diez varones viajaron a Grecia para conocer de primera mano, las leyes establecidas por Solón, pues eran las leyes más avanzadas y sabias de la antigüedad. El grabado original fue hecho en tablas de madera, las cuales desaparecieron en el incendio de Roma provocado por los galos en el 509 a. C.

El derecho romano es la base de la legislación civil en América Latina y, a pesar del tiempo, aún se constituye en cátedra universitaria y se invoca en los tribunales. Entre los principales autores se encuentran Ulpiano, Paulo y Modestino, quienes fundaron este cúmulo de leyes en lo que se conocía como “mores maiorum”. La invasión de los pueblos bárbaros, agregó nuevos elementos al derecho romano y entre los pueblos visigodos y ostrogodos, dejaron elementos que trascendieron a los pueblos de América latina.

LA ÉTICA Y EL DERECHO

La ética hace que el individuo mire sus valores y comportamiento alineados con el deber ser, con la mira puesta en un ideal de perfección, mientras que el derecho ofrece una normativa general que permita la convivencia en comunidad. Es por esta razón, que tradicionalmente se ha afirmado que la ética es de máximos, mientras que la ley es de mínimos.

Uno de los pilares de la ética ha sido el respeto absoluto por la persona en su autonomía, dado que es un individuo con capacidad de razonar y tomar

sus propias decisiones; sin embargo, en ocasiones, este razonamiento puede estar en desacuerdo con las leyes, mismas que tienen carácter vinculante y, de esta manera, entrar en conflicto con el acatamiento de la norma. Un ejemplo de esta situación lo constituye la objeción de conciencia, cuando una persona considera que la norma se aparta de lo que constituyen sus valores.

Es claro pensar, de todas maneras, que a la moral y al derecho en la ecuación del comportamiento humano, subyace un común denominador que es la ética, pues no podría entenderse una ley cuyo fundamente y raíz más profunda, no estuviera inmersa en la ética.

La moral es flexible y cambiante, toda vez que es moldeada por los cambios de la sociedad, hace excepciones frecuentemente, está regida por la cultura propia de cada grupo social y su vigencia es temporal, a diferencia de la ética que es inmanente, es universal y raras veces ofrece excepciones, pero su función es teórica, a diferencia de la ley, cuyo uso es eminentemente práctico, pues tiene fuerza coercitiva y castigo; controla el comportamiento exterior de los miembros de la sociedad, mediante una serie de deberes y derechos que tienen por objeto alcanzar el ordenamiento social. En opinión de José Vasconcelos *“El derecho, es la expresión social acompañada de sanciones legales, manifiesta la ética que mueve las acciones en general y a ella se subordina”*.

Esta interrelación entre los tres conceptos está enunciada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre promulgada en 1948: *“Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”*; y estos a su vez están cimentados en la ética individual.

EL JURAMENTO HIPOCRÁTICO

Su origen se remonta al siglo IV a. C y ha permanecido por espacio de veinticinco siglos y aún es vigente; es que su esencia es la aceptación de la condición humana, allí se encuentra contenido el sumum del ejercicio que es “*primum non nocere*”, propender por el bien del enfermo en todas las circunstancias, o principio de beneficencia. La traducción original es:

Juro por Apolo, médico, por Asclepio, y por Higía y Panacea, y por todos los dioses y diosas del Olimpo, tomándolos por testigos, cumplir este juramento según mi capacidad y mi conciencia: Tendré al

que me enseñó este arte en la misma estimación que a mis padres, compartiré mis bienes con él y, si lo necesitara, le ayudaré con mis bienes. Consideraré a sus hijos como si fueran mis hermanos y, si desean aprender el arte médico, se lo enseñaré sin exigirles nada en pago.

A mis hijos, a los hijos de mi maestro y a los que se obligaran con el juramento que manda la ley de la Medicina, y a nadie más, les enseñaré los preceptos, las lecciones y la práctica. Aplicaré mis tratamientos para beneficio de los enfermos, según mi capacidad y buen juicio, y me abstendré de hacerles daño o injusticia. A nadie, aunque me lo pidiera, daré un veneno ni a nadie le sugeriré que lo tome.

Del mismo modo, nunca proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. Viviré y ejerceré siempre mi arte en pureza y santidad. No practicaré la cirugía en los que sufren de cálculos, antes bien dejaré esa operación a los que se dedican a ella. Siempre que entrare en una casa, lo haré para bien del enfermo. Me abstendré de toda mala acción o injusticia y, en particular, de tener relaciones eróticas con mujeres o con hombres, ya sean libres o esclavos.

Guardaré silencio sobre lo que, en mi consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendré en secreto todo lo que pudiera ser vergonzoso si lo supiera la gente. Si fuera fiel a este juramento y no lo violara, que se me conceda gozar de mi vida y de mi arte, y ser honrado para siempre entre los hombres. Si lo quebrantara y jurara en falso, que me suceda lo contrario.

Haciendo aproximaciones para adaptarlo a las situaciones actuales, varias declaraciones internacionales han venido profundizando en el tema, pues actos censurables hicieron necesario un pronunciamiento fuerte de la sociedad, como ocurrió con el tribunal de Núremberg, encargado de juzgar a los criminales nazis en 1947. Los consensos internacionales alcanzados a través del tiempo han sido los siguientes:

- 1910 Mayo Clinic. Programa de Integridad. Principio de Honestidad
- 1947 La Declaración de Núremberg: investigación en seres humanos
- 1948 Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 1964 Declaración de Helsinki

- 1975 Declaración de Tokio
- 1983 Declaración de Venecia
- 1989 Declaración de Hong Kong
- 1996 Declaración de Somerset West
- 2000 Declaración de Edimburgo

Si bien es cierto que en el *Corpus hipocraticum* y en su fragmento del juramento hipocrático, se condensa la esencia de la deontología del ejercicio del médico, estos consensos han venido a enriquecer ese código añadiendo otros principios que complementan los enunciados originalmente como los de beneficencia y no maleficencia.

- Principio de equidad.
- Principio de autonomía.
- Principio de confidencialidad.
- Principio de respeto.
- Principio de dignidad.
- Principio de solidaridad.
- Principio de honestidad.
- Principio de lealtad.
- Principio de justicia

Existen graves amenazas para el ejercicio médico actualmente, y ellas se relacionan con los cambios que modifican radicalmente el entorno en el que se lleva a cabo la atención de los enfermos; una de ellas es el modelo económico que rige el funcionamiento de la atención en salud, en el cual el profesional ha sido relegado a ser un operario al servicio de una empresa, ocasionando un grave deterioro de la relación entre el médico y su paciente. Es en este punto donde muchas veces la ética, la moral y el derecho toman sendas diferentes y enfermos y médicos quedan en la encrucijada y puede verse comprometida la prestación del servicio.

Por otra parte, es importante reivindicar, recuperar y fortalecer el vínculo tradicional con nuestros pacientes, volviendo al juramento hipocrático, que ha conservado la esencia a pesar del paso del tiempo.

LA DEDICACIÓN NECESARIA DEL MÉDICO A SU PACIENTE Y LAS IMPLICACIONES DE OMITIR DICHO DEBER

TITO GREGORIO FRANCISCO MOJICA RODRÍGUEZ¹

Magistrado. Tribunal Seccional de Ética Médica, Boyacá.

INTRODUCCIÓN

Es mi deseo poner a consideración del Honorable Tribunal Nacional de Ética Médica y de los ilustres asistentes al Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica del año 2019 el análisis acerca de la dedicación necesaria del médico a su paciente, y de las eventuales implicaciones que se configuran al omitir dicho deber, más exactamente, me quiero referir al TIEMPO que dedica el médico en ejercicio durante la consulta médica para lograr una adecuada historia clínica que le permita prescribir los exámenes necesarios y el adecuado tratamiento para la solución del problema de salud por el cual consulta el paciente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el corto tiempo desempeñando mi rol como magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica de Boyacá, he observado que una queja bastante frecuente de los usuarios y promotores de las quejas es la poca atención que reciben de parte del médico acusado, lo cual considero se debe a las imposiciones y restricciones fijadas en el tiempo por los distintos empleadores y agentes del sistema que impiden que el médico pueda utilizar un tiempo que considere adecuado para que la relación médico – paciente sea satisfactoria para ambas partes.

He tenido en mis cuarenta años de ejercicio profesional como médico general y como especialista la pena de observar los distintos cambios que

¹ Médico Cirujano de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Oftalmología Beca Sociedad Panamericana de Oftalmología, Paraná E.R. Argentina. Coordinador de la Unidad de Oftalmología de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja. Profesor Universitario de la Cátedra de Oftalmología en la UPTC Tunja. Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica de Boyacá.

han llevado a la situación actual y que considero se han producido por la falta de carácter del honorable cuerpo médico para no haber permitido la automatización cronometrada del acto médico, que ha conllevado al gran deterioro de la relación médico – paciente, presenciando la tristeza de oír a un paciente decir en una ampliación verbal de queja en el curso de un proceso ético disciplinario médico “es que yo quiero que sancionen al médico, porque no le puso atención al paciente”.

Pero no sólo es responsabilidad de los médicos el acaecimiento de tal situación. El cambio de paradigma en el que el paciente deja de ser tratado como tal para ser catalogado como un simple usuario, o en ocasiones un cliente, variando sustancialmente los derechos que como uno u otro tendría a lugar, ha permitido que la relación médico – paciente cambie, recortando derechos a las personas que acuden a un centro médico para la rehabilitación de su salud..

Para el desarrollo de la temática bajo estudio, realizaré una revisión de la normatividad vigente de mayor relevancia que reglamenta la duración del acto médico de la consulta.

1. REVISIÓN NORMATIVA SOBRE LA MATERIA

En primera medida, encontramos la disposición legal contenida en la Ley 23 de 1981, en su artículo 10, el cual nos brinda una aproximación sobre el tiempo de dedicación al paciente. A continuación me permitiré citar en extenso la disposición legal en comento: “el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”.

Si bien es cierto se habla del tiempo necesario, la Ley 23 no especifica la cantidad, ni quién fija cuánto debe considerarse como tiempo necesario para la realización de la consulta y la atención al paciente.

Con mayor precisión, el Artículo 97 de la Resolución 5261 de 1994 nos brinda luces sobre una cantidad de tiempo mínimo necesario para el desarrollo de la consulta. A continuación me permitiré transcribir en extenso:

“ARTÍCULO 97. CONSULTA MÉDICA GENERAL. Como lo establece la Ley 100 de 1993, el MÉDICO GENERAL es la base y el motor de todo el engranaje de salud en el plan que se describe, conjuntamen-

*te con el personal paramédico y auxiliar, quienes serán la puerta de entrada al sistema. El contacto del paciente con la E.P.S. será más estrecho, frecuente y regular a través de su MÉDICO GENERAL. Será él quien establezca las pautas para la promoción y prevención. **La consulta no debe ser menor de VEINTE (20) minutos**². En este nivel de complejidad el paciente y su familia pueden acceder y colaborar más activamente en el mantenimiento, control y recuperación de su salud.”*

Este artículo establece un mínimo necesario, y no un máximo de tiempo como algunas entidades lo han normatizado e impuesto al cuerpo médico en ejercicio, siendo dicha imposición irregular y contraria a la ley, pues limita la autonomía y criterio profesional del médico.

En el mismo sentido, la resolución anteriormente citada en su Capítulo II, artículo 22 establece las definiciones para determinar la calidad de los servicios, consagrando así en el literal a del artículo 22:

*“Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, **suficiencia**, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costo-efectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y **grado de satisfacción de los usuarios**³ .”*

Es en este entendido que el médico debe agotar un tiempo mínimo necesario para la evaluación adecuada de su paciente, encaminada a la atención integral y la satisfacción plena del usuario.

Esta postura es reiterada por el Ministerio de Salud en su Concepto N° 88030 del 02 de mayo de 2012, en el cual resuelve la consulta elevada por un ciudadano acerca de si la duración de la consulta con médico general, en los términos dispuestos por el artículo 97 de la Resolución 5261 de 1994, es de obligatorio cumplimiento para las Empresas Sociales del Estado.

² Resaltado fuera del texto.

³ Resaltados fuera del texto

En dicho concepto el Ministerio de Salud reafirmó:

“En ese orden de ideas, el artículo 97 de la Resolución 5261 de 1994, se encuentra dentro del título I del Libro II, en el que se desarrolla el Plan Obligatorio de Salud, POS, para el nivel I de complejidad, dentro del que se incluye la consulta médica general, la cual es brindada bien por el profesional de manera particular o a través de una Institución Prestadora de Servicios de Salud –IPS. Considerando que las empresas sociales del Estado –ESE constituyen un tipo de Institución Prestadora de Servicios de Salud, deberán dar aplicación a las normas que rigen a las IPS, es claro que tales entidades están obligadas, a través de sus médicos generales, a realizar consultas con una duración no menor a veinte (20) minutos.”

En concordancia con lo anterior, a través del Concepto 206080 del 17 de septiembre de 2012 el Ministerio de Salud y de la Protección Social resolvió una consulta sobre la posibilidad de programar citas médicas adicionales inferiores a 20 minutos, resolviendo dicha consulta citando el artículo 97 de la Resolución 5261 de 2012, el cual estableció, como ya se ha mencionado, el tiempo de duración mínima para el desarrollo de la consulta médica en 20 minutos, por lo que no sería procedente para las IPS implementar citas médicas con duración inferior al mínimo estipulado en la norma.

Por otra parte, en el Memorando 110000 – 12810 de 2012 el Ministerio de Salud y de Protección Social reiteró que el tiempo mínimo de consulta con un médico general es de veinte minutos, en concordancia con lo establecido por la Resolución 5261 de 1994, pero señaló en tal memorando que la norma no estableció nada acerca de la duración de la consulta o cita con el médico especialista.

Es así como vemos que, pese a que existe una directriz del Gobierno Nacional en la materia, esta última está siendo desconocida por parte de múltiples agentes del sistema de salud, en un claro detrimento y regresión de los derechos de los pacientes y de quienes ejercemos la medicina en Colombia.

2. POSIBLES IMPLICACIONES

Como médicos en ejercicio, muchas veces ante la densa carga de trabajo diaria que recibimos, pasamos por alto que con cada acto médico que

realicemos, cada paciente que veamos y cada procedimiento que ordene-mos o neguemos existen una serie de eventuales implicaciones que pue-den traducirse en que el médico se vea envuelto en procesos judiciales, disciplinarios y de responsabilidad civil que puedan derivar en condenas de múltiples índoles.

Los altos riesgos que conllevan el ejercicio profesional de la medicina obligan a la observancia plena de la prudencia y la diligencia en nuestro proceder, considerando todos los recursos disponibles a la hora de atender a los pacientes que se nos asignan.

Sin embargo, el tiempo no es visto como un recurso más a tener en cuenta por parte del cuerpo médico, pero sí por las instituciones que emplean los servicios de los médicos, exigiendo una atención de un mayor número de pacientes en el mismo tiempo, sin reconocimiento de horas u honorarios adicionales, y sin importar las consecuencias que de ello pueda derivar.

Dentro de las posibles implicaciones por no dedicar al paciente el tiempo necesario, quedando precisado que el tiempo mínimo de consulta es de 20 minutos, encontramos la configuración de conductas potencialmente investigables por parte de los Tribunales de Ética Médica.

Así mismo, visto que la falta de dedicación necesaria conduce en la mayo-ría de las veces a un deterioro en la relación médico – paciente, a la ausen-cia de empatía entre las partes e incluso en la confrontación y el cambio de profesional de la medicina.

Por otra parte, al carecer de autonomía y no considerar el tiempo como un recurso más, necesario e imprescindible, el médico se expone a una eva-luación y anamnesis inexactas, el diligenciamiento erróneo o incompleto de la historia clínica, generando diagnósticos erróneos y tratamientos que se alejan de solucionar de fondo el problema de salud del paciente, expo-niendo a la persona que recibe la terapéutica a un riesgo que, desde la ética médica, se constituye como injustificado.

La falta de dedicación del tiempo necesario al paciente también puede conllevar a la configuración de eventos adversos y situaciones de riesgo antijurídico que pueden comprometer al médico en su patrimonio, al verse enfrentado a un proceso de responsabilidad civil extracontractual por los perjuicios ocasionados al paciente.

Existe incluso el riesgo de que el médico se vea involucrado en investigaciones y procesos penales en los casos en los que el paciente y la Fiscalía consideren, de manera desproporcionada, que el accionar del médico configuró conductas antijurídicas investigables desde la óptica del Derecho Penal, como lo son las lesiones personales o una omisión de socorro, sólo por dar ejemplos.

Como podemos ver, las implicaciones a las que se puede ver expuesto un médico por las imposiciones y restricciones en el uso del tiempo llegarían a comprometerlo desde múltiples aristas. El tiempo es un elemento que controla quien contrata los servicios del profesional de la medicina, pero las consecuencias por la falta de dedicación necesaria y del tiempo que requieren los pacientes únicamente la sufren los médicos como persona y como profesional.

3. CONCLUSIONES

Existen múltiples elementos en defensa de los médicos, que pueden llegar a mitigar y eliminar esos riesgos e implicaciones a los que nos enfrentamos a diario. La misma Ley 23 de 1981 permite en su artículo 6° que el médico se rehúse *“a la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran en el libre y correcto ejercicio de la profesión”*.

La imposición de límites irracionales en el control de tiempo para el desarrollo de la consulta médica se configura como una auténtica condición que interfiere en el ejercicio autónomo y adecuado de la medicina, pudiendo oponerse a que la consulta médica deba desarrollarse en un tiempo menor al que, razonablemente, estime el médico como necesario.

Así mismo, el artículo 10 de la citada ley podría ser vista como una imposición ética, pero también como una facultad que tiene el médico en ejercicio de determinar el tiempo que considere necesario y suficiente para evaluar la condición de salud de su paciente, su diagnóstico, prescripción y seguimiento de la terapéutica.

Por otra parte, debe resaltarse el acceso y aumento constante de la población usuaria y por lo tanto de la demanda, lo que implica la necesidad de la destinación de mayores recursos que redunden en más horas médico y no reducir el tiempo de la consulta para que el mismo personal atienda mayor cantidad de pacientes en el tiempo contratado.

La desactualización tecnológica de las instituciones, en especial de la salud pública, conlleva a demoras en la realización de los exámenes diagnósticos solicitados por los médicos, para llegar a un diagnóstico acertado y como consecuencia un buen tratamiento que restituya la salud del paciente.

La infraestructura del sistema nacional de salud, además de insuficiente, no cuenta con los espacios adecuados para recibir los pacientes, tanto del régimen subsidiado como del contributivo, en forma decorosa durante su proceso de atención médica.

El hecho de estar sometido al estrés del cronómetro para la realización del acto médico de consulta, conlleva desasosiego en el médico y en el paciente, produciendo el síndrome de burnout en el personal médico y la insatisfacción en el trato recibido por el paciente.

Así mismo, se considera que al no estar sometido a la marcación exacta del tiempo para la realización del acto médico de consulta puede llegar a mejorar la calidad de la atención médica y la disminución de quejas y denuncias al lograr empatía, como antes sucedía, entre el médico y su paciente. Como consuelo de nuestra situación actual, es preciso citar referentes de otros países. En Chile, hasta hace pocos años el tiempo máximo establecido para la consulta era de 10 minutos por paciente, pudiendo modificarlo con apoyo del Colegio Médico de Chile, incrementándolo a 15 minutos por paciente, sin que esta cifra se considere suficiente para la valoración adecuada del paciente. En Japón tienen el refrán de “esperar tres horas para que te atiendan sólo tres minutos”, y en Rusia el tiempo de consulta está reglamentado en diez minutos, distribuidos, 1 minuto para saludar y despedirse del paciente, tres minutos para la anamnesis, dos minutos para el examen físico, dos minutos para la prescripción y dos minutos para cumplir formalidades administrativas.

Finalmente, a manera de solicitud o sugerencia al Tribunal Nacional, se plantea la posibilidad si desde esta institución, se implementen medidas para hacer efectiva la reglamentación vigente contenida en la Ley 23 de 1981 y en la Resolución 5261 de 1994, proscribiendo la mala práctica de fijar consultas médicas con un tiempo y dedicación inferior al establecido en la ley.

REFERENCIAS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1981). Ley 23 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm

MINISTERIO DE SALUD. (1994). Resolución 5261 de 1994, por medio de la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsalud_r5261_94_pr002.htm#97

MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL. (2012). Memorando 110000 – 12810, sobre duración de consulta con especialistas. Disponible en: 2012.https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Concepto%2042476%20Duraci%C3%B3n%20de%20consulta%20con%20especialista.pdf

MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL. (2012). CONCEPTO N° 88030, sobre atención mínima en consultas con médico general. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Concepto%2088030%20Duraci%C3%B3n%20cita%20medica.pdf

MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL. (2012). CONCEPTO 206080, sobre la posibilidad de implementación de citas médicas inferiores a 20 minutos. Disponible en: www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/msps_206080_12.doc

ASPECTOS COMUNES ENTRE LA MEDICINA LEGAL Y LA ÉTICA MÉDICA¹

Claudia Adriana García Fino

Directora del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

La Ciencia en el Sistema Penal Acusatorio

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INML y CF), es el ente técnico científico de Colombia, en relación con la actividad forense del país; es una entidad que cuenta con 105 años de experiencia, cuya misión está consignada en la Ley 938 de 2004 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación-FGN-). Si bien el INML y CF se encuentra adscrito a la FGN, es una entidad con autonomía administrativa y presupuestal, lo cual asegura la total independencia de las actividades desarrolladas al interior del INML y CF.

En el artículo 35 de la Ley 938, se consigna la misión fundamental del Instituto, la cual es prestar auxilio y soporte científico y técnico a la administración de justicia en todo el territorio nacional, en lo concerniente a medicina legal y ciencias forenses; es decir, que nuestro aporte incluye la justicia que se imparte a través de los Tribunales de Ética Médica del país.

Adicionalmente en el artículo 36 de la misma Ley, se consigna que el Sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses en todo el territorio nacional, es organizado y controlado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; esta función le permite al INML y CF, dar los lineamientos y realizar los controles a todas aquellas entidades y personas que realicen pericias en temas forenses dentro del territorio nacional; es decir, que cualquier entidad o particular que ejerza labores forenses en Colombia, debe ceñirse por las guías y procedimientos establecidos por el INML y CF.

¹ Tema tratado por Claudia Adriana García Fino. Directora General de Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, durante reunión de los Tribunales de Ética Médica de Colombia. Junio de 2019

Para adentrarnos en el centro de estudio del INML y CF, es importante entender que el Objeto de Estudio del Derecho es la Conducta Humana, la cual en determinado momento trasgrede los límites impuestos por las normas de comportamiento de los hombres dentro de la sociedad.

Para que el sistema de justicia dentro de la investigación de cualquier delito, encuentre la verdad procesal, con el mayor grado de certeza, se cuenta con varios tipos de conocimiento (a través de la vivencia, de la referencia y a través de la investigación científica). De estos tres tipos de conocimiento, el que da mayor confiabilidad es el Conocimiento a través de la investigación científica, tema que es responsabilidad del INML y CF. Si bien es cierto que el servicio pericial en Colombia se puede prestar por la Policía Judicial, el INML, las entidades públicas, las entidades privadas y particulares especializados, es importante no perder de vista que todos los que presten estos servicios, deben regirse por los lineamientos del Sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses (cuyo ente rector es el INML y CF).

El Instituto, realiza pruebas periciales a solicitud de una autoridad competente y ante la necesidad de que las partes procesales impacten la mente del Juez durante la audiencia de juicio oral. En la realización de las experticias se aplica el método científico, por lo cual los resultados deben ser reproducibles en sus hallazgos y conclusiones. Quien realiza los procedimientos, adquiere el nombre de perito, quien es una persona experta en un conocimiento, profesión, oficio, arte o idioma, al servicio de la administración de justicia; por lo cual se convierte en un medio de prueba.

La pericia debe cumplir con cinco características:

- Completa: es decir, debe responder a todos los interrogantes y en todos los aspectos
- Detallada: debe describir la naturaleza o clase de exámenes, experimentos, observaciones, estudios y análisis realizados.
- Fundamentada: es decir, debe estar soportada en la ciencia y con criterios de calidad.
- Didáctica: dado que debe ilustrar al funcionario judicial en forma clara y precisa el proceso de conocimiento y sus conclusiones.
- Conclusiva: es decir, que las conclusiones a las que se llegan, deben ser coherentes con el estudio y sus fundamentos, se debe explicar el alcance de las conclusiones indicando la certeza o grado de probabilidad.

Aspectos Comunes entre la Medicina Legal y la Ética

Es importante indicar que tratándose de la ciencia, no es posible que existan peritos de parte, de tal suerte que la idoneidad científica es el fundamento que permite que los médicos que actúan como peritos en las diferentes jurisdicciones, tengan la responsabilidad ética y moral de que sus resultados sean producto de la aplicación del método científico y que no se permitan interferencias que puedan llegar a tergiversar las conclusiones emitidas.

El perito al igual que el médico, deben contar con el conocimiento especializado y certificado, de la misma manera es necesario demostrar la madurez del conocimiento y la profundidad del mismo; adicionalmente cuando se funge como perito, este médico debe contar con las habilidades que le permitan un excelente desempeño durante la audiencia de juicio oral.

Por lo anterior, dentro de los requisitos fundamentales del perito, es que su comportamiento esté ajustado a los aspectos morales de veracidad, objetividad e imparcialidad; es decir la ciencia es ciencia y sus resultados deben ser imparciales, independientemente de la parte procesal (Fiscalía o defensa) que nos esté solicitando la prueba pericial.

De la misma manera, es un requisito para ser perito, que las actuaciones sean éticas, es decir siempre deben estar ajustadas a la normatividad científica y técnica, a la normatividad legal y a la normatividad administrativa.

Si dentro de la formación y seguimiento de las actuaciones de los peritos, logramos asegurar que se sigue la ciencia, y se aplican los principios morales y éticos, lograremos que las pruebas científicas sean confiables, imparciales y útiles para la adecuada administración de justicia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO (LEY 1952 DE 2019), EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

Leidy Johana Giraldo Osorio¹

Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

La presente ponencia pretende analizar si es posible la aplicación del principio de favorabilidad, concretamente en materia de prescripción de la acción disciplinaria, en los procesos ético disciplinario ante los Tribunales de Ética Médica, en el contexto de la transición entre la Ley 734 de 2004 y la Ley 1952 de 2019, para ello es necesario: 1) Desarrollar brevemente los conceptos de legalidad y favorabilidad en el Estado Constitucional. 2) Realizar una definición conceptual de los términos validez, existencia, vigencia, eficacia, aplicabilidad e implementación de la norma, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. 3) Reseñar la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, en la transición entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 y, por último, 4) Determinar si hay identidad de los supuestos fácticos presentes en la transición de la ley penal, con los presentes para la transición entre las normas disciplinarias.

1. Principios de Favorabilidad y Legalidad

En los Estados Constitucionales, los principios son mandatos de optimización, es decir que, las autoridades deben promover los medios para que estos sean realizables en la mayor medida de las posibilidades.

¹ Abogada, Universidad de Antioquia.

Enfermera Universidad de Caldas.

Abogada Asesora del Tribunal de Ética Médica de Antioquia.

Estudiante de Maestría en Derecho Médico – Universidad Externado de Colombia.

Los principios de favorabilidad y legalidad tienen carácter constitucional junto a principios como el de juez natural, derecho de defensa, presunción de inocencia, derecho a presentar y controvertir pruebas; estos a su vez integran el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, cuya base filosófica es:

“hacer efectivo el principio pro homine, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior y primero y torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política, también llamada dogmática ius humanista, que igualmente se materializa frente a otros fenómenos jurídicos, tales como: limitar lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (principio favor libertatis), resolver la duda a favor del sindicado (principio in dubio pro reo), presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (principio de presunción de inocencia), no agravar la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (principio non reformatio in pejus), aplicar la analogía sólo cuando sea beneficiosa al inculcado (analogía in bonam partem) y preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos), entre otros². ”

Así mismo, su naturaleza fundamental deriva de estar contenidos en pactos que versan sobre derechos humanos como la Convención Americana de Derechos del Hombre³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

³ “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 27. Suspensión de Garantías (...) 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia);

Políticos⁴, ratificados por Colombia y que, por tal razón, integran el bloque de constitucionalidad.

Estos principios surgen de corrientes garantistas y tienen estrecha relación entre sí, sin embargo, el principio de favorabilidad se constituye en una especie de excepción al principio de legalidad, como pasa a exponerse:

a. El principio de legalidad está consagrado en la Constitución Política de 1.991 en los siguientes términos: *“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 palabras de la Corte Constitucional, esto implica que se exige al legislador:

“(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.”⁵

En la sentencia C-843 de 1999, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, se indicó que frente al principio de legalidad: *“no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29)”⁶*.

18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (...).” (subraya fuera de texto)

⁴ Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. (subraya fuera de texto)

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-843 de 1999, Exp D-2348. M.P: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 27 de octubre de 1999.

En materia penal, el principio de legalidad implica la protección del ciudadano frente a comportamientos arbitrarios de las autoridades administrativas o judiciales, es decir, es una garantía de seguridad jurídica, ya que cada administrado puede conocer los actos por los cuales podría ser sancionado, quién puede dictar las sanciones y en qué periodo y lugar; además, materializa una garantía de igualdad de todos los afiliados ante la ley y ante el poder punitivo del Estado, características propias de un Estado Constitucional.

“Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.

(...)

Por ello esta Corporación había precisado que no sólo ‘un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale’ sino que además la norma sancionadora ‘ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.’⁷”

A su vez, la reserva legal que caracteriza este principio de legalidad tiene dos dimensiones: i) que la ley debe definir previamente los hechos punibles (legalidad en sentido lato); es decir que, la ley que definió la conducta punible debe ser anterior a los hechos, de no ser así, prevalecería la arbitrariedad y la inseguridad jurídica ante el Estado, lo cual es contrario a un Estado Constitucional de Derecho y; ii) que la ley debe definir de manera taxativa e inequívoca las conductas punibles - principio de tipicidad- (legalidad en sentido estricto), de lo contrario, ocurriría que la definición concreta de los hechos punibles recaería sobre los jueces, quienes ante normas confusas o poco claras, podrían realizar, con posterioridad a los hechos, variadas interpretaciones de la norma, es decir que la conducta punible sería definida ex post facto por el funcionario judicial, infringiendo con ello entre otros valores constitucionales, el de igualdad.

La legalidad contiene el desarrollo dogmático que en material penal se ha

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

denominadao “principios legalistas” a saber: i) *nullum crimen sine praevia lege* an que (no puede considerarse delito el hecho que no ha sido definido así de manera expresa y previa por la ley), ii) *nulla poena sine praevia lege* (no puede aplicarsen penas que no esten definidas previamente por la ley); iii) *nemo iudex sine lege* (la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces competeters designandos por la ley); iv) *nemo damnetur nisi per legale indicum* (nadie puede ser sancionado sin un debido juicio).⁸

Así pues, puede concluirse que de este mandato de optimización deriva la prohibición de la aplicación de la ley penal a conductas o hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia, es decir, el principio de ***irretroactividad de la ley penal***, *“sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.”*⁹

b. De igual manera, el principio de favorabilidad tiene naturaleza fundamental y deriva de las mismas normas que consagran el principio de legalidad, implica la posibilidad de aplicar una norma derogada o que estando vigente aún no es aplicable, cuando ello resulte mas benévola con los intereses de un investigado.

Por ello, el principio de favorabilidad adquiere carácter de excepción a la condición de irretroactividad de la ley penal, pues justamente pretende dotar de efectos retroactivos¹⁰ a una norma que ha entrado en vigencia con posterioridad a la ocurrencia de unos hechos materia de análisis o, efectos ultractivos¹¹, a una norma que previa ocurrecía de los hechos ha perdido vigencia al ser derogada, siempre que la aplicación de la norma invocada resulte más favorable al investigado.

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II FILOSOFÍA Y LEY PENAL”, Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-559 de 1999 - Exp D-2297. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 4 de agosto de 1999.

¹⁰ Frente a la retroactividad de la norma, ha sostenido la Corte Constiucional, en Sentencia C-592 de 2005 que “cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.”

¹¹ Así mismo, sostuvo esa Corporación en la referida sentencia que la capacidad de ultractividad de una norma se da cuando en la caso de sucesión de leyes en el tiempo “la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia.”

En las normas referidas hasta ahora (Constitución Política, Convención Americana de Derechos del Hombre y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se refleja cómo, tanto la legalidad como la favorabilidad, son principios de carácter constitucional que integran el derecho fundamental al debido proceso. El carácter imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 29¹² de la Carta no deja duda al respecto y, en consonancia con estos incisos, la ley procesal penal (Ley 906 de 2004) también lo desarrolla en su artículo 6, como se verá mas adelante.

2. Conceptos de existencia, validez, eficacia, vigencia, aplicación e implementación de la norma jurídica.

Victoria Iturralde, en el texto “Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas” indica que el concepto de existencia puede distinguirse de conceptos como validez, vigencia, aplicabilidad y eficacia, en tanto estos últimos son propiedades o características que las normas jurídicas pueden tener o no, mientras que la existencia no agrega nada a la cosa, sino que *“es simplemente la posición de una cosa determinada con todas sus propiedades delante de un sujeto.”*¹³

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-873 de 2003, realizó una breve definición de estos conceptos, advirtiendo previamente que la intención de la Alta Corporación no era adscribirse a una teoría jurídica para ese propósito, pues claramente las distintas teorías del derecho adoptan definiciones de conceptos que entre ellas pueden acercarse o alejarse, es decir, en este aspecto la dogmática no da una respuesta homogénea y unívoca, y adoptar una definición estándar podría implicar la adopción de un modelo teórico, lo cual en su momento no pretendía la institución, por ello concluyó que la definición de los términos se debía realizar *“haciendo referencia a la forma en que ellos son utilizados por las demás normas constitutivas del ordenamiento jurídico colombiano (...) sin que ello*

¹² “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.”

¹³ Iturralde, Victoria. REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE VALÍDEZ Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. Doxxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vº 31 (2008). Págs. 167 - 174.

signifique que la Corte pretenda adoptar una especie de “teoría jurídica local.”¹⁴ Todo ello con el fin de determinar como operan estos conceptos en el Acto Legislativo N° 3 de 2002, su mecanismo de implementación gradual y su fuerza vinculante y posteriormente, trasladar el análisis a la aplicación de la Ley 1952 de 2019.

a. Existencia.

La definición de existencia no es pacífica, pues dependiendo de la corriente teórica desde dónde se defina existencia puede equipararse a validez (órgano competente y procedimiento establecido) o a eficacia social (efectiva aplicación), para otros, la existencia de una norma requiere de ambas condiciones, es decir, cumplimiento de requisitos de validez y de eficacia, un grupo de la doctrina considera que la definición de existencia debe realizarse aislada de dichos términos y que la existencia consiste en la promulgación o publicación de la norma, siempre y cuando el órgano que la creó tuviera poder para hacerlo¹⁵.

En palabra de la Corte Constitucional: *“La ‘existencia’ de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico, es decir, a su ingreso normativo al sistema, una vez se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos por el mismo ordenamiento para ello.”¹⁶*

b. Validez

En términos generales, la validez de una norma se refiere a su creación de conformidad con el procedimiento establecido para ello y por el órgano competente (validez formal), y que además esté en plena coherencia con el sistema de valores del ordenamiento jurídico (validez sustancial), Iturralde define que *“es válida toda norma, disposición o fuente normativa que haya sido creada de conformidad con todas las normas que disciplina su creación.”¹⁷*

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

¹⁵ Iturralde, Victoria. REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE VALÍDEZ Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. Doxxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, V° 31 (2008). Págs. 167 - 174.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

¹⁷ Iturralde, Victoria. REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE VALÍDEZ Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. Doxxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, V° 31 (2008). Pág. 161.

Para la Corte Constitucional: *“La ‘validez’ de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión.”¹⁸*

c. Eficacia

La eficacia puede ser determina en dos sentidos, uno sociólogo, que se refiere a la manera en que la norma es cumplida y aceptada y, otro jurídico, que hace referencia a la capacidad de la norma de producir efectos jurídicos vinculantes.

En palabras de Guastini,¹⁹ el término eficacia se puede entender como: a) la capacidad de producir efectos jurídicos (adquisición de un derecho, imposición de una sanción) y b) la aplicabilidad que las autoridades administrativas o judiciales le den a la norma cuando se verifican los supuestos de hecho que ella prevé. La eficacia tiene que ver con el momento en el cual se aplica la norma, el momento en el cual ya no se puede aplicar y en qué casos debe aplicarse.

Por su parte, la Corte definió: *“El sentido jurídico de “eficacia” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo.”²⁰*

d. Vigencia

Se refiere a la entrada en vigor de la norma desde una perspectiva temporal y cronológica, está íntimamente vinculada a la eficacia jurídica pues señala el momento en el cual la norma puede empezar a generar efectos jurídicos.

La definición de la Corte indica que la vigencia de una norma es el: *“lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos.”²¹*

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

¹⁹ GUASTINI, Ricardo. LA SINTAXIS DEL DERECHO. Marcial Pons. Madrid, 2016. Pag 224 – 225.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

e. Aplicación

Se refiere al uso de la norma en una situación específica, en la cual se verifican los supuestos de hecho para los cuales ella genera efectos jurídicos.

En palabras de la Corte: La “*aplicación*” de las normas es el proceso a través del cual sus disposiciones son interpretadas y particularizadas frente a situaciones fácticas concretas por parte de los funcionarios competentes para ello, sean administrativos o judiciales.²²”

f. Implementación

La Corte Constitucional definió este concepto indicando que:

“La ‘implementación’ de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma o por aquellas que la desarrollen -, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja.”²³”

3. Reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional frente a la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal:

En 2002 se profirió por el Constituyente Derivado el Acto Legislativo 3 de 2002, cuyo propósito principal fue instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, haciendo una transición de un modelo con características mixtas a un modelo de tendencia acusatoria, dicha transformación exigía reformas normativas que permitieran los cambios buscados en el proceso penal; el insumo fundamental para ello fue la reforma constitucional que incidió sobre los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de 1.991 (AL 3 de 2002).

Grosso modo, para el establecimiento del nuevo sistema penal, el acto legislativo exigía reformas al Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Penitenciario y al Estatuto de la Fiscalía.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

El mismo Acto Legislativo 3 de 2002 en su artículo 5²⁴, determinó que su vigencia se daba a partir de la aprobación del mismo (19 de diciembre de 2002), pero que la implementación del nuevo sistema penal sería gradual y sucesiva, iniciando el 1 de enero de 2005 y dejó a la ley el establecimiento de las condiciones para dicha implementación.

En contraste con esta situación, en la sentencia C-873 de 2003, la Corte Constitucional debió realizar el juicio de constitucionalidad de varias normas de la Ley 600 y del Decreto Ley 261 de 2000 que para la fecha regulaban el proceso penal en Colombia, para ello, previamente la Alta Corporación determinó si dicho análisis debía considerar las reformas introducidas por el Acto Legislativo N° 3 de 2002 a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, o si, por tratarse de acusación de normas que precisamente el acto legislativo exigía reformar, estas debían ser valoradas a la luz de la originaria Constitución de 1991, en la cual se desarrollaba un sistema penal de carácter mixto, teniendo en cuenta que para ese momento no se habían creado las normas que desarrollarían el Acto Legislativo 3 de 2002 y el modelo penal de tendencia acusatoria.

En esta sentencia la Corte determinó que el juicio de constitucionalidad debía realizarse a luz de los artículos originarios de la Constitución de 1991, es decir, sin considerar las reformas introducidas por el citado acto legislativo, esta fue la reflexión realizada:

“(...) teniendo en cuenta que las normas acusadas en este proceso son precisamente partes del Código de Procedimiento Penal y del Estatuto de la Fiscalía actualmente vigentes, sería un contrasentido examinar su constitucionalidad a la luz de las normas trazadas, no por el Constituyente de 1991, sino por el Acto Legislativo que expresamente prevé reformas a las normas vigentes.”²⁵”

“No es viable que la Corte, al interpretar y aplicar las normas constitucionales contenidas en el Acto Legislativo No. 3 de 2002, se ade-

²⁴ Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

lante a la entrada en vigor del sistema acusatorio que se pretende instaurar en el país, puesto que ello equivaldría a desconocer la voluntad constituyente plasmada en forma expresa en los aludidos artículos 4º y 5º Transitorios.²⁶”

Este análisis constitucional permitió precisar las características de validez, existencia y eficacia jurídica del Acto Legislativo N°3 de 2002, definiendo que el mismo entraba a regir (vigencia) a partir de su aprobación y promulgación (existencia), pero que su aplicación (eficacia jurídica):²⁷ sería gradual, en virtud a su implementación sucesiva; es decir que, el constituyente derivado difirió la producción de efectos jurídicos de dicha reforma constitucional²⁸.

Así pues, la Corte estableció que la implementación del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria sería desarrollada en tres etapas: la primera, entre el 19 de diciembre de 2002, fecha de aprobación y promulgación de acto legislativo, hasta el 1 de enero de 2005, fecha de inicio de implementación; la segunda, entre el 1º de enero de 2005 y el 31 de diciembre de

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

²⁷ “Es claro, como se señaló, que (i) los límites conceptuales que separan las anteriores nociones y permiten distinguirlas son en ciertos casos difusos, y (ii) la relación que se establece entre ellas no es una que siempre permita catalogar a algunas como presupuestos de las otras, ni establecer secuencias lógicas en virtud de las cuales la primera de ellas dé lugar a las siguientes —por ejemplo, en el sentido de que la ‘validez’ de las normas no siempre es un presupuesto de su ‘eficacia’ ni presupone su ‘vigencia’, aunque su ‘eficacia’, su ‘vigencia’ y su ‘validez’ sí presuponen su ‘existencia’, y su ‘aplicación’ e ‘implementación’ presuponen su eficacia jurídica.

(...)

De allí que, como ya se precisó en los acápites precedentes, sea indispensable prestar cuidadosa atención a lo dispuesto en el artículo 5º Transitorio de dicho Acto Legislativo, puesto que es a través de esta disposición que el Congreso, actuando como constituyente derivado, instrumentalizó su decisión de implementar en forma gradual y sucesiva el nuevo sistema de procedimiento penal que adoptó, en tanto medida de política criminal del Estado colombiano. Por lo mismo, al definirse en dicho artículo 5º la dinámica del proceso mediante el cual se habrá de dar eficacia jurídica a la enmienda constitucional contenida en el citado Acto Legislativo, la Corte debe atenerse a sus términos al momento de determinar el parámetro de constitucionalidad aplicable en el presente caso.” Sentencia C-873 de 2003, Corte Constitucional.

²⁸ “En ese sentido, como se ha explicado, el Congreso de la República eligió, en tanto medida de política criminal instrumentalizada en una norma constitucional, dar aplicación e implementación graduales y sucesivas a las normas constitutivas del nuevo sistema, en los términos de los artículos 4º y 5º Transitorios del Acto Legislativo, citados varias veces en esta providencia.” Sentencia C-873 de 2003, Corte Constitucional.

2008, etapa de transición y coexistencia de sistemas penales y; la tercera, a partir del 31 de diciembre de 2008 cuando terminara su implementación y fuera plenamente aplicable el sistema de tendencia acusatoria.

Posterior a este juicio de constitucionalidad, el 1 de septiembre de 2004, es promulgada la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, ésta norma en el artículo 533²⁹ reproduce el citado artículo 5 del acto legislativo en materia de aplicabilidad (eficacia jurídica) y determinó de conformidad con el mandato constitucional un régimen especial para la implementación³⁰ gradual y sucesivo, a partir del 1 de enero de 2005.

La Ley 906 de 2004 en el año 2005, es sometida a análisis de constitucionalidad, las expresiones acusadas en esta ocasión son las contenidas en el inciso tercero del artículo 6° que hace parte del título preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales”, la norma demandada reza:

“Artículo 6°. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

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

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

El argumento de la demanda radicó en que, en virtud a la disposición normativa del inciso 3, se daba una flagrante violación al principio de favorabilidad, pues prohibía la aplicación de la norma en el juzgamiento de hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

En el análisis de constitucionalidad hecho por la Corte, fue necesario desarrollar el concepto de legalidad en inescindible conexión con el principio de irretroactividad de la ley penal, para determinar si en la transición de

²⁹ Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005.

³⁰ Ley 906 de 2004, LIBRO VII, RÉGIMEN DE IMPLEMENTACIÓN, CAPITULO I, artículos 528, 529 y 530.

sistemas penales, era posible o no, la aplicación del principio de favorabilidad, dotando de efectos retroactivos a la Ley 906 de 2004.

La valoración del citado artículo se realizó de manera íntegra, por lo que la Corporación concluyó que, en primer lugar, éste consagra el principio de legalidad y, así mismo, el principio de irretroactividad de la ley penal como un mecanismo de protección frente a acciones arbitrarias de las autoridades y, en segundo lugar, que debe realizarse una interpretación armónica del citado artículo, en procura de develar el espíritu del legislador, mediante una hermenéutica de interpretación finalista y sistemática, que además, contenga un ejercicio de ponderación de principios,³¹ en virtud a ello, definió la Corte que la prohibición consignada en el inciso tercero estaba orientada a rechazar la aplicación arbitraria y desfavorable de la norma penal de manera retroactiva, pero que ello no implica el desconocimiento del principio de favorabilidad que encarna otros principio del Estado Constitucional. En su providencia indicó:

*“Es propio de una sociedad en cambio característica de regímenes democráticos, la existencia de ordenamientos jurídicos de carácter dinámico que implican evolución materializada en **sucesión de leyes**, las que tienen existencia y aplicación durante el período de su vigencia que abarca desde la promulgación hasta la derogación, y en donde el principio de **irretroactividad** es manifestación del de legalidad penal, máxima expresión de la seguridad jurídica, sólo a ceder por la aplicación retroactiva o ultraactiva de norma de similar estirpe más favorable.”³²*

Además, puntualizó que *“tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.”³³*

Señaló también la Corte que en Colombia por voluntad del Constituyente Primario, se decidió adoptar un sistema penal bajo un modelo de tendencia

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

acusatoria, estableciendo un método de *implementación gradual*, para lo cual precisó *tiempos* (a partir del 1° de enero de 2005) y *espacios* (en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira) y que, el legislador al proferir la Ley 906 de 2004 actuó en plena consonancia con las disposiciones constitucionales, que determinaron la producción de efectos jurídicos del nuevo sistema acusatorio a partir del 1 de enero de 2005, por ello, el legislador estableció que el nuevo Código de Procedimiento Penal regiría para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005.

La regla establecida por la Corte en este análisis fue:

“El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso en materia penal que no puede desconocerse en ninguna circunstancia. Así frente a las expresiones ‘Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia’ contenidas en el tercer inciso del artículo 6° de la Ley 906 de 2004, ha de entenderse que al tiempo que comportan la formulación expresa del principio de irretroactividad de la ley penal y constituyen una precisión inherente a la aplicación como sistema de las normas en él contenidas, en manera alguna pueden interpretarse en el sentido de impedir la aplicación del principio de favorabilidad.”³⁴

Aclaró además que el principio de favorabilidad implica la aplicación de la norma mas favorable al investigado, no solo en el caso de sucesión de leyes con identidad de objeto de regulación, sino también, en los casos de coexistencia de legislaciones que regulan la misma materia.

De esta manera, en el análisis de constitucionalidad, la Corte declaró la exequibilidad del inciso 3 del artículo 6 de la Ley 906 de 2004 y afirmó que para ser respetuosos de las garantías constitucionales “la única interpretación posible del mismo en el marco de la Constitución es la que se desprende de la conjugación de los principios de legalidad, irretroactividad de la ley y favorabilidad penal.”³⁵

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.

4. Aplicación del principio de Favorabilidad en materia de prescripción entre la Ley 734 de 2004 y la Ley 1952 de 2019.

Si bien entre el derecho penal y el derecho disciplinario existen especificidades que los distancian dogmáticamente por el modelo de responsabilidad que cada uno de ellos estructura, tienen elementos en común que los acercan, especialmente porque ambos son especies, con autonomía e independencia teórica, del género que es el derecho sancionador.

“La relación de la Dogmática Disciplinaria con la Dogmática Penal se da, de especie a especie, mediando un tránsito por el género que las cobija, esto es, el Derecho sancionador.

De manera clara se ha dicho que la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, y la del Derecho disciplinario, el aseguramiento de los deberes funcionales.³⁶”

En este sentido, toda vez que ambas ramas del derecho materializan *el ius punendi*³⁷ en cabeza del Estado y que como especies de un mismo género tiene conexión entre sí, son trasladables al derecho disciplinario las reglas jurisprudenciales que en el marco del derecho penal ha desarrollado la Corte Constitucional en materia de favorabilidad.

Bajo este escenario es preciso analizar si en virtud de la favorabilidad, los supuestos normativos a los cuales acuden los Tribunal de Ética Médica en materia de prescripción, artículo 30³⁸ de Ley 734 (Código Único Disciplina-

³⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. Revista Derecho Penal y Criminología, 115-154. Bogotá 2011.

³⁷ “(...) el género Derecho Sancionador o ius puniendi tiene cinco especies, que a su vez arrojan, cada una, varias subespecies: a. Derecho Penal; b. Derecho sancionador administrativo o contravencional administrativo; c. Derecho correccional o de orden procesal interno; d. Impeachment, y e. Derecho Disciplinario.” GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario..

³⁸ Ley 734 de 2002. Artículo 30. La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

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

nario), pueden ser reemplazados en su aplicación por los supuestos normativos del art 33³⁹ de Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario).

El cambio sustancial que ello implica es que, la acción disciplinaria en Ley 734 de 2004 se extingue en 5 años contados a partir de la apertura de la investigación, mientras que, en la Ley 1952 de 2019 la acción disciplinaria se extingue en 5 años contados para las faltas de ejecución instantánea desde el día de su consumación, para las de ejecución continuada, desde la realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar.

	<i>Ley 734 de 2004</i> <i>Artículo 30</i>	<i>Ley 1952 de 2019</i> <i>Artículo 33</i>
<u>Existencia</u> (Promulgación y aprobación)	“Dada en Bogotá, D. C., a 5 de febrero de 2002.”	Dada en Bogotá, D. C., a 28 de enero de 2019.
<u>Validez</u>	De conformidad con las normas que regulan su producción (órgano competente, procedimiento establecido, coherencia material)	
<u>Vigencia</u>	5 de mayo de 2002. Artículo 224. Vigencia. La presente ley regirá tres meses después de su sanción.	28 de julio de 2020. Artículo 265. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará a regir cuatro (4) meses después de su sanción y publicación. (...) Los artículos (...) 33 (...), relativos al procedimiento reflejado en este código, entrarán en vigencia dieciocho (18) meses después de su promulgación.
<u>Eficacia Jurídica</u>	Aplicabilidad a partir del 5 de mayo de 2002.	Aplicabilidad a partir del 28 de julio de 2019.

³⁹ Ley 1952 de 2019. Artículo 33. La acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados para las faltas de ejecución instantánea desde el día de su consumación, para las de ejecución permanente o continuada, desde la realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar. La prescripción se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia. En este evento, para emitir y notificar el fallo de segunda instancia o de reposición, la autoridad disciplinaria tendrá un término de dos años contados a partir del siguiente día del vencimiento para impugnar la decisión.

Para las faltas señaladas en el artículo 52 de este Código, el término de prescripción será de doce años, el cual se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia.

Frente a este aspecto es preciso identificar, en primer lugar, como se manifiestan las características de existencia, validez y eficacia de las normas en cuestión y, en segundo lugar, determinar si se dan los supuesto básicos entre ellas para la aplicación del principio de favorabilidad, éste análisis se hará bajo el escenario anterior al 25 de mayo de 2019, fecha en la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.

Como se observa en la anterior tabla, en materia de prescripción el artículo 33 de la Ley 1952 de 2019 no ha entrado en vigencia, la misma iniciaría el 28 de julio de 2019, momento en el cual la norma empezaría a ser aplicables por los operadores jurídicos, esto es, tendría efectos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Distinto a lo ocurrido con las normas penales, pues recuérdese que el Acto Legislativo 3 de 2002 entró en vigencia el 19 de diciembre de 2002, mientras que la aplicabilidad del mismo inició el 1 de enero de 2005, en consonancia con ello, la Ley 906 de 2004 entró en vigencia el 1 de septiembre de 2004, pero su aplicabilidad (eficacia jurídica) inició el 1 de enero de 2005, de este modo se tiene que los pronunciamientos jurisprudenciales que permitieron la aplicación de postulados de la Ley 906 de 2004 frente a la ley 600 de 2000 ocurrió en el escenario de coexistencia de regímenes jurídicos vigentes, por ello, en esos casos la Corte amparó el principio de favorabilidad.

En el caso de los regímenes disciplinarios hay un escenario muy distinto, pues como viene de verse: i) no hay coexistencia de regímenes disciplinario vigentes, ii) ni se está en el supuesto de sucesión de una norma deroga da hacia otra norma nueva y vigente.

En la actualidad, en materia de presicricion de la acción disciplinaria la norma vigente es el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, ya que el artículo 33 de la ley 1952 de 2019 existe en el ordenamiento jurídico, pero carece de vigencia y, por ello, no es aplicables por los operadores jurídicos. Es decir que, bajo este escenario no es posible invocarse la aplicación retroactiva del artículo 33 de la Ley 1952 de 2019 ni ultractiva del artículo 30 Ley 734 de 2004.

Ahora bien, el Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1955 de 2019, en su artículo 140⁴⁰ postergó la entrada en vigencia, en su totalidad, del Código

⁴⁰ ARTÍCULO 140°. PRÓRROGA CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO. Prorróguese hasta el 1 de julio de 2021 la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019.

General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), hasta el 1 de julio de 2021, razón por la cual, en la actualidad puede predicarse que el nuevo Código General Disciplinario existe en el ordenamiento jurídico Colombiano, pero carece de vigencia, efectos jurídicos y fuerza vinculante para sus asociados.

A manera de síntesis se dirá que:

1. Las normas jurídicas suelen regular el momento a partir del cual inicia la producción de sus efectos. Lo anterior significa que el momento de la entrada en vigencia de una norma no siempre corresponde con la fecha de su publicación. Sin duda, esta es la condición de la Ley 1952 de 2019, la cual fue promulgada el 28 de enero de 2019, pero su vigencia sólo inicia el 1 de julio de 2021.

2. Las normas que han sido válidamente promulgadas y cuyo tiempo de vigencia no ha iniciado, no son aplicables por parte de los operadores jurídicos. La no aplicabilidad de una norma (por no estar vigente) supone que no puede ser utilizado como fundamento de una decisión hasta que no se cumpla el plazo en el cual inicia la producción de sus efectos.

3. Aunque es posible la aplicación en el futuro de una norma derogada -ultraactividad-, o la aplicación de una norma que no estaba vigente en el momento de la conducta, pero si en el momento en cual se invoca –retroactividad -, no sucede lo mismo con las normas cuya vigencia no ha iniciado, pues hace parte de la libertad configurativa del legislador regular el momento en que inicia la producción de efectos de sus normas.

4. Mientras el artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 no entre en vigencia, no existe aún una disposición derogada; por tanto, el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 conserva su vigencia y es la norma que debe ser aplicada en materia de prescripción de la acción disciplinarios en los procesos disciplinarios adelantados en los Tribunales de Ética Médica.

5. El principio de favorabilidad es aplicable cuando entre dos normas vigentes o entre una vigente y otra derogada se consagra una condición más beneficiosa. En el caso que nos ocupa, estamos ante dos normas, una vigente y otra cuya vigencia aún no ha iniciado, lo cual imposibi-

lita la aplicación del citado principio. Mientras no entre en vigencia la nueva regulación, no se configura la situación más ventajosa o desventajosa para un investigado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Constitución Política de Colombia de 1991
- Convención Americana de Derechos del Hombre
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Ley 906 de 2004.
- Ley 734 de 2004.
- Ley 1952 de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-559 de 1999 - Exp D-2297. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 4 de agosto de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-843 de 1999, Exp D-2348. M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 27 de octubre de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 873 de 2003, Exp D-4504. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 30 de septiembre de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 2005, Exp D-5412. MP: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 9 de junio de 2005.
- Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal”, Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.
- ITURRALDE, Victoria. REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE VALÍDEZ Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. Doxxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vº 31 (2008). Págs. 167 - 174.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Derecho Disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. Revista Derecho Penal y Criminología, 115-154. Bogotá 2011.

CODIGO DE NO REANIMACION (NR)

ASPECTOS ETICOS DEL ACTO MEDICO FRENTE AL CONCEPTO DE PROLONGACIÓN TERAPÉUTICA

FEDERICO BENITEZ PAZ, MD.

Esp. Cirugía General – Universidad El Cauca

Esp. Medicina Crítica y Cuidado Intensivo – Universidad Del Cauca

Esp. Administración Hospitalaria – EAN / Universidad Del Cauca

Esp. en Bioética – Universidad El Bosque

Magíster en Bioética – Universidad El Bosque

Magistrado Tribunal de Ética Médica del Cauca

Para darle claridad al concepto de no reanimación es importante tener el concepto de Reanimación Cardiopulmonar:

La Reanimación Cardiopulmonar (RCP) avanzada son todas las medidas que se aplican para el tratamiento definitivo de la parada cardíaca; agrupadas en tres apartados fundamentales que son: obtención y protección de una vía aérea, ventilación; accesos vasculares, fármacos y líquidos; diagnóstico y tratamiento de las arritmias.

El Paro Cardíaco¹ desde el punto de vista epidemiológico se presenta en EE.UU y Canadá en 350.000 personas al año; El 60% de los paros son Ex-trahospitalarios tratados por los servicios de emergencias médicas (SEM) en EE. UU; La incidencia de parada cardíaca intrahospitalarios es de 3 a 6 por cada 1.000 ingresos; La RCP en el domicilio o lugares públicos produce el retorno de la circulación espontánea en el 50% de las ocasiones; La mortalidad por paro intrahospitalario está en un rango aproximado del 80% en adultos y menos 1% de los pacientes trasladados mientras se les practica RCP sobreviven al alta hospitalaria; La RCP no exitosa o fallo del RCP produce importantes reacciones emocionales intensas en médicos,

¹ Libro del proveedor de SVCA/ACLS Material complementario; American Heart Association. 2018

enfermeras, testigos presenciales, reanimadores legos y profesionales de SEM y puede infligir un estrés postraumático.

Los factores establecidos para finalizar esfuerzos de pacientes a quienes ya se inició la RCP incluyen:

- Tiempo transcurrido del paro cardíaco hasta el inicio de la RCP,
- Tiempo transcurrido del inicio del paro cardíaco hasta la desfibrilación,
- Comorbilidades,
- Estado previo al paro y tipo ritmo inicial del paro

El factor más importante asociado a un desenlace desfavorable en adultos con paro cardíaco normotérmico es la duración de los esfuerzos de reanimación. La decisión de la finalización de los esfuerzos recae en el médico líder responsable del acto médico de la RCP.

Supresión del soporte vital avanzado.

Entendiendo el soporte vital avanzado como la utilización de recursos especialmente tecnológicos y científicos, como los que se identifican fácilmente en las Unidades de Cuidado Crítico (soporte ventilatorio mecánico, reemplazo renal con hemodiálisis, medidas invasivas y soportes con medicamentos vasopresores guiados por monitoria invasiva), los cuales tienen como valor agregado darle soporte a pacientes críticamente enfermos recuperables; por el contrario los pacientes que se encuentran en la fase terminal de una enfermedad incurable, tanto si responden como si no, deberían recibir cuidados que aseguren su confort y su dignidad. Implementar terapias avanzadas en este grupo de pacientes puede interpretarse como un antivalor o disvalor; los cuidados a ofrecer incluyen: minimizar el sufrimiento asociado al **dolor, disnea, delirio, convulsiones y otras complicaciones terminales**. Desde el punto de vista ético, resulta aceptable aumentar gradualmente la dosis de narcóticos y sedantes para aliviar el dolor y otros síntomas, incluso hasta niveles que podrían acortar la vida del paciente.²

² Libro del proveedor de SVCA/ACLS Material complementario; American Heart Association. 2018

Pseudoreanimación.³

Consiste en la realización de esfuerzos de RCP retrasados o simbólicos, como las denominadas “emergencias lentas”, este acto se considera inapropiados; ya que, el engaño para crear una impresión falsa podría socavar la relación entre profesional y paciente; existen reportes de paramédicos en los cuales la “pseudoreanimación” tiene lugar en el 27% de los paros cardíacos ocurridos en entornos extrahospitalarios donde no existe un protocolo para finalizar la reanimación.

Inutilidad del tratamiento Médico.⁴

Para considerar inútil un tratamiento médico debe tenerse en cuenta la posibilidad de materializar la finalidad del mismo, y este dependerá directamente de una expectativa de duración de la vida, pronóstico médico que muchas veces debe ser valorado de manera multidisciplinaria y consensuada; de la expectativa de calidad de vida, concepto subjetivo muy relacionado con múltiples factores sociales y culturales del paciente. Procurar objetivizar de probabilidad de supervivencia la cual entre más se acerca al 0 (cero) (< 1%) es mayor el riesgo de muerte; los médicos no tienen ninguna obligación de proporcionar atención médica si existe acuerdo científico y social acerca de la ineficacia del tratamiento. Un ejemplo evidente de una intervención inapropiada o inútil es una RCP en pacientes con signos de muerte irreversible o pacientes que han dejado declaraciones anticipadas de no realización de reanimación soporte avanzado.

Los criterios que pueden predecir con precisión la futilidad de la RCP⁵, incluye:

- Que el paciente tenga una orden de no reanimación (ONR) válida.
- Que el paciente presente signos de muerte irreversible (por ejemplo: rigor mortis, descomposición o lividez).
- Que no existe o no se espere ningún beneficio fisiológico debido a un deterioro de las funciones vitales a pesar de haber recibido toda la terapia posible (por ejemplo: Disfunción Orgánica Múltiple en

³ American Heart Association. 2012

⁴ Libro del proveedor de SVCA/ACLS Material complementario; American Heart Association. 2018

⁵. Libro del proveedor de SVCA/ACLS Material complementario; American Heart Association. 2018

presencia de shock refractario).

- Si la carga que supone para el paciente el tratamiento continuado es mayor que los posibles beneficios.

Son múltiples los antecedentes que referencian la solicitud de un buen morir: “Le coma dépassé”; casos de Anne Green, Mary Ann Quinlan, Sr Cabrera (JAVIER BARDEM)...

La ayuda a bien morir representa una calidad de consideración humana que dignifica la muerte; la muerte digna no puede ser solicitada, ni ordenada o insinuada, sino científica y humanamente considerada.

Es importante discriminar los conceptos de Eutanasia, Ortotanasia y Distanasia, para lo cual se hace la siguiente referencia:

Formas de Eutanasia.⁶

- **PASIVA ABSOLUTA:** Se ha decidido no continuar con formas agresivas de tratamiento, pero ni siquiera se administran al paciente crítico los elementos básicos para conservar su vida: Líquidos, alimentos, etc, sabiendo que la muerte llegará por falta de soporte vital básico.
- **PASIVA NO INTERVENCIONISTA:** El paciente recibe los elementos de soporte básico, **pero en caso de eventos críticos** (paro cardíaco, hemorragia masiva, etc), se evitan maniobras de reanimación.

La Eutanasia también puede clasificarse como⁷:

- **INVOLUNTARIA.** No tiene en cuenta el deseo o voluntad del paciente en la decisión de morir.
- **VOLUNTARIA.** El enfermo toma la decisión de no aceptar ninguna forma de tratamiento y así lo consigna por escrito.
- Puede ser a través de una **acción omisiva** al no administrar un elemento de tal importancia vital para el enfermo, que su falta produzca la muerte (Ejemplo: no administrar dosis de insulina de un diabético en estado crítico).

⁶ TEMN. Dr. Fernando Guzmán Mora. Nov. 2015 pág 100.

⁷ Memorias TEMN. Dr. Fernando Guzmán Mora. Nov 2015, Pág 92.

- Puede mediar una **acción directa**, bien sea utilizando agentes de cualquier tipo (especialmente farmacológico) que acorten la vida, en relación causa efecto agente-efecto mortal (Ej: Administración directa de cloruro de potasio por vía venosa).
- **No es eutanasia** el suspender el apoyo vital en caso de muerte cerebral demostrada. Tampoco lo es el oponerse a tratamientos agresivos o de gran envergadura cuando las posibilidades de recuperación son mínimas, aceptando el curso de la enfermedad y la muerte (ortotanasia).
- No puede confundirse la eutanasia con la distanasia, que es la prolongación innecesaria, inhumana e ilógica de la agonía.

Ortotanasia.⁸

La **ortotanasia** o **muerte digna** designa la actuación correcta ante la muerte por parte de quienes atienden al que sufre una enfermedad incurable o en fase terminal.

Es el derecho del paciente **a morir dignamente**, sin el empleo de medios desproporcionados y extraordinarios para mantener la vida. En este sentido, ante enfermedades incurables y terminales se debe procurar que se actúe con tratamientos paliativos para evitar sufrimientos, recurriendo a medidas razonables hasta que llegue la muerte.

La ortotanasia nunca pretende adelantar deliberadamente la muerte del paciente.

La Eutanasia ayuda a morir, la ortotanasia **ayuda en el morir**.

Distanasia.⁹

La distanasia se refiere a la prolongación innecesaria del sufrimiento de una persona con una enfermedad terminal, mediante tratamientos o acciones que de alguna manera “calman” los síntomas que tiene y tratan de manera parcial el problema, pero con el inconveniente de estar prolongando la vida sin tomar en cuenta la calidad de vida del enfermo.

⁸ Revista Horizonte Médico | Volumen 11, N° 1, Enero-Junio 2011

⁹ <http://www.incmnsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/eutanasiaOrtotanasiaDistanasia.html>

Derecho a Morir Dignamente

Este es, en esencia, el derecho a tener soporte al final de la vida. Este soporte se materializa en compañía humana a través del acto médico que incluye: manejo del dolor, la incomodidad y la angustia de la proximidad de la muerte; a la información sobre la gravedad de la enfermedad y el proceso del fin de la vida.

El enfermo terminal es aquella persona que padece una enfermedad que, a la luz de los conocimientos científicos actuales, no es susceptible de curación y quien entra en un estado de deterioro progresivo que lo conducirá inevitablemente a la muerte en un plazo corto de tiempo; el enfermo en estado vegetativo es el individuo que pierde irreversiblemente la capacidad de conciencia de sí mismo y del mundo que lo rodea, sin posibilidad de mejoría, a pesar de la presencia de algún tipo de actividad cerebral de tipo eléctrico o reflejo.¹⁰

Soporte Jurídico en Colombia

La Sentencia C-239/97 en referencia al derecho a morir dignamente manifiesta que El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad, y que nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad.

Por tal motivo se consideró 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.

Por otro lado la **Sentencia T-970/14**; y en la **Resolución 1216 de 2015**, del Ministerio de Salud y Protección Social Artículo 5o, Organización de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad define que las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- deben conformar al interior de cada entidad un Comité Científico-Interdisciplinario para el Derecho a Morir con Dignidad.

¹⁰ Memorias TEMN. Dr. Fernando Guzmán Mora. Nov 2015, Pág 92.

Ley 23 de 1.981 menciona en:

- **Artículo 6:** El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión.

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

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

b) Los que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente”

- **Artículo 17.** La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

- **Artículo 18.** Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales. Conc. D. 3380/81. Artículo 14.- “Entiéndase que la obligación a que se refiere el artículo 18 de la Ley 23 de 1981, con relación a los familiares o allegados debe cumplirse sólo cuando éstos se encuentren presentes”

- **Artículo 19.** Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en Junta Médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia.

Conclusiones

- Debe existir proporcionalidad terapéutica en los pacientes terminales.
- El Código NR y la suspensión de maniobras de RCP son opciones de muerte digna.
- Los términos limitación de esfuerzos terapéuticos, código lila deben ser concertados en Juntas Médicas y el Comité de Bioética institucional.
- La ley 23 de 1.981 contiene artículos afines a la práctica correcta de la ortotanasia y en contra de la distanasia.

ÉTICA Y REDES SOCIALES

*Dra. Ana María Granada Copete. Magistrada
Dra. María Cecilia Cadena Lleras. Abogada secretara
Tribunal Secional de Ética Médica de Cundinamarca*

REDES SOCIALES Y RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

“La medicina es la ciencia de la incertidumbre y el arte de la probabilidad”
Sir. William Osler.

Un hecho que obliga a la reflexión ética es la magnitud de los cambios que las nuevas formas de comunicación están generando en el ejercicio profesional. La presente discusión tiene su origen en un caso del que tuvo conocimiento el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, en el cual parte de los elementos aportados consistían en comunicaciones por Facebook y Whatsapp. Se consideró una temática relevante dada la novedad de las preguntas que el caso genera: ¿Cómo impacta el uso de redes sociales la práctica médica? ¿Cómo se modifica la relación médico paciente? ¿Existen directrices frente al uso de redes sociales en la práctica médica? ¿Que recomendaciones ofrecemos al personal en formación, a los médicos y otros profesionales del área de la salud en esta temática? ¿Qué nuevas responsabilidades en la práctica profesional se derivan del uso de las redes?

Se abordaran los siguientes temas:

La información biomédica
La técnica y la tecnología
Redes sociales y relación médico paciente.

LA INFORMACIÓN BIOMÉDICA

La información biomédica crece exponencialmente en concordancia con el desarrollo de los campos de conocimiento propios y el aporte cada vez

mayor de diversas disciplinas como la bioestadística, las ingenierías como la genética y la molecular que tienen impacto sobre lo biológico y particularmente sobre la medicina. La herramienta que ha permitido manejar cantidades cada vez mayores de información son los computadores a través de variados equipos de hardware y software cada vez mas sofisticados y capaces del manejo de inmensas cantidades de información. Las fuentes de información son cada vez mas variadas. A la información clínica tradicional derivada de la historia clínica, los exámenes de laboratorio, informes de radiología y de patología, se suma la información derivada de bases de datos de salud pública, y recientemente cobran atención fuentes de aparentemente ajenas al sector de la salud, como por ejemplo, las interacciones en redes sociales y los patrones de consumo de los ciudadanos. Todas estas fuentes tienen la posibilidad de alimentar bases de datos e interconectarse, constituyendo los big data, cuyo procesamiento masivo mediante aplicaciones y algoritmos son fuente de información que puede describir fenómenos hasta ahora imperceptibles y puede incluso predecir patrones de comportamiento con gran precisión; con lo cual necesariamente se impacta el ejercicio profesional y el acto médico.

Desde la perspectiva de la profesión médica, la formación en conocimientos, habilidades, actitudes y valores se expresa en una relación médico paciente donde la confianza es su cimiento y exige del médico un comportamiento profesional, social, legal y ético intachables, expresados en la adecuada comunicación, el uso del lenguaje, la sensibilidad al contexto del paciente, el adecuado registro de la información, la deliberación diagnóstica, la toma de decisiones diagnósticas y terapéuticas. Este canon formal del acto médico a la luz de hoy, con la enorme y creciente intervención de la tecnología, requiere ser repensado y replanteado.

Los computadores, la informática, los big data, la inteligencia artificial han cambiado radicalmente el ejercicio profesional, desafían constantemente los límites de espacio-tiempo del consultorio y del hospital y permiten que los fenómenos clínicos, antes puntuales, puedan ser trasducidos y almacenados para posibles futuras comparaciones o registro de tendencias. Hoy nos podemos comunicar con el médico a través de un computador, el médico utiliza fonendoscopios electrónicos digitales, el cirujano usando la robótica opera a distancia, es posible la detección y monitorización de sustancias, fenómenos e infinidad de señales biológicas que intervienen el acto médico radicalmente, lo cual nos exige comprender estos nuevos

campos y decidir su uso y modulación desde las perspectivas profesional, social, legal, y ética arriba mencionadas.

Estos cambios se ven catalizados por las Redes Sociales que permiten la comunicación en tiempo real, de manera sincrónica, respondiendo al imperativo de comunicación y respuesta inmediata que en nuestro medio se expresa en las interacciones entre pares y cada vez más en las relaciones médico paciente.

Las Redes Sociales surgieron como una forma de comunicación al interior de comunidades, y responden a la teoría de sistemas donde las inter-relaciones e inter-acciones fortalecen las redes de información; sin embargo, con la intervención de los medios, la economía, la política y la tecnología, se han generado otras dinámicas expresadas en el manejo de la opinión pública, como ha sucedido con la manipulación electoral, las difusión de falsas noticias y la generación de tendencias distanciadas de lo real pero con apariencia de realidad.

Corresponde a nuestras instituciones médicas examinar el problema, establecer los impactos y consensuar lineamientos. Una publicación de la Universidad de Oxford “The Social Net: Understanding our online behavior” de Yair Amichai-Hamburger nos alerta sobre cómo las redes sociales influyen en los aspectos cognitivos de las personas y describe las divergencias de opinión que se han generado agrupándolas en dos tipos, según estén a favor o en contra de las nuevas relaciones engendradas por estas tecnologías: los utópicos consideran que representa nuevas oportunidades de relación, mejoramiento de la condición humana, memoria ilimitada, aumento del poder del procesamiento, acortamiento de las distancias geográficas, sin limitantes de tiempo porque todo puede estar permanentemente en comunicación, favorece el cierre de brechas socio-económicas y aumenta las habilidades cognitivas a mucha gente; mientras que los distópicos en contra de estos argumentos consideran que no es verdad que ayuden a expandir la mente humana, que estas herramientas son mas bien una barrera para la generación de mayor actividad mental y que por el contrario se favorecen las hacen mentes perezosas, menos poderosas y menos independientes, porque se hacen subalternas de las elaboraciones de las Redes Sociales, que la colaboración es solo temporal, que no unen a las personas y que por el contrario aíslan a las personas de sus familias y sus amigos.

LA TÉCNICA Y LA TECNOLOGÍA

Del desarrollo de la técnica en los siglos XIX y XX pasamos a la tecnología del siglo XXI. La técnica ha sido connatural a la existencia del hombre con el uso de herramientas con las que fue capaz de modificar paulatinamente su entorno; sin embargo, el desarrollo de la tecnología de los computadores a partir de 1960 trajo consigo desarrollos exponenciales en las comunicaciones, el almacenamiento y análisis de datos, a tal velocidad que la red de internet aún con la enorme cantidad de información que ofrece, mediante la Web 4.0 busca ser capaz de predecir pautas individuales. Entonces estas tecnologías aunque aceleran la novedad, también incrementan la incertidumbre, porque dar un clic o un enviar en el teclado, deja de ser inocuo por la pérdida de control de la información implícito. Por otra parte, el desarrollo tecnológico ha favorecido avances en ingeniería genética, la clonación, la biotecnología, los alimentos transgénicos; la inteligencia artificial esta dando respuestas a muchas problemáticas en salud, como lo vemos con los programas como IBM Watson que tienen como fuente de información datos no estructurados o la robotización en cirugía, que dan apoyo al médico al costo de necesitar la colaboración de un ingeniero, pero con la perspectiva que sea el médico quien empiece a desaparecer de esos escenarios.

Desde el punto de vista ético, la tecnología no es solo una herramienta del hombre que puede usas y dejar, sino una mediación del hombre con su quehacer en el mundo y en la vida que la hace imprescindible para el hombre, como lo expresa Queralto, quien reconoce la importancia de la tecnología, las oportunidades que genera, pero insiste en la necesaria reflexión respecto a sus novedosos beneficios y riesgos, y la necesidad de una ética de principios basada en la Responsabilidad tecnológica, la Precaución sustentable, la Autonomía individual y la Justicia equitativa y distributiva. Sin embargo, se encuentran particularidades que dificultan la autonomía individual y la justicia equitativa y distributiva, porque implican la universalidad en el uso de la tecnología, lo cual contrasta con que en realidad la tecnología no llega por igual a toda la población; por ejemplo, en Colombia sabemos que el 50% de la población no tiene acceso a internet, ni a redes sociales, lo que representa una brecha muy importante que aumenta la discriminación, la exclusión y aumenta la vulnerabilidad en unos grupos poblacionales.

En el siglo XXI, la interpretación de los valores, antes estructurados desde la filosofía, la política o la religión, comienza a ser primordialmente utilitarista, todo aquello que represente un valor debe producir algo, bienestar, felicidad, derechos o dinero lo cual se está facilitando a través de estas redes sociales, lo que da origen al concepto de Ética Reticular según Queralto que hace referencia a la ética que tiene como sustrato esa innumerable cantidad de redes que interactúan y se relacionan entre sí, cuya incursión desafía los valores tradicionales y plantea otros como la tolerancia, pluralidad, laxidad, democracia participativa, derecho a la indiferencia, equilibrio de poder, dentro de lo cual se justifican muchas manifestaciones de peculiaridades sociales actuales como las banderas por los derechos LGTBI, por las migraciones, por los indígenas, por los profesores, etc. Cada quien levanta su bandera y obviamente esto le da posibilidad de ser reconocido y las redes consolidan su lugar.

El impacto de la tecnología y la informática puede ser explicado desde diferentes voces como periodistas, historiadores, filósofos, bioeticistas. Cada uno tiene una mirada y reflexión desde su campo; tal es el caso de Oppenheimer en “Sálvese quien pueda”, donde haciendo referencia al impacto de la tecnología en diferentes profesiones, manifiesta que la medicina será bastante impactada, en mayor o menor medida según la especialidad, lo cual hará que necesitemos replantearnos el ejercicio profesional y la relación médico paciente.

REDES SOCIALES Y RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Hasta hace un tiempo, la ética hipocrática orientaba una relación médico paciente privada e individualizada y la elaboración de los registros clínicos y las decisiones terapéuticas honraban la privacidad de esta relación. Desde finales del siglo pasado encontramos una relación médico paciente totalmente distanciada, alejada, intervenida por terceros inclusive para avalar las conductas médicas.

Desde las áreas administrativas se ha generado una irrupción muy fuerte en la relación médico – paciente; la tecnología, la informática, la inteligencia artificial, las redes sociales, la sociedad, el estado, y las políticas de libre mercado, han generado dinámicas de acceso y nuevos modelos en la prestación de servicios de salud, dentro de los cuales la posición del médico ha cambiado.

Respeto a la irrupción de las redes sociales en la actividad médica, su impacto en la relación medio paciente, la ruptura espacio-temporal que implica y las novedosas formas de interacción, en las cuales en consultorio o la atención al lado de la cama del paciente empezar a ser una referencia al pasado, cediendo el paso a relaciones mas flexibles atropares y sin claras referencias espaciales. Lo anterior alerta sobre la posible correlativa desconfiguración en prácticas y obligaciones médicas, y desde el punto de vista institucional, alerta sobre la necesidad de repensar estas relaciones y sus cánones para determinar aspectos operativos como las características de seguridad de l información, las obligaciones y herramientas de los funcionarios encargados de proteger la información, que tipo de información que cae dentro de la categoría de la confidencialidad médica, si las interacciones a traves de redes tienen estatus de información clínica o estatus médico legal.

Otro gran impacto de las redes sociales es la interacción entre colegas, la cual gana cada vez mas escenarios y es proclive a configurar zonas grises donde no hay límites claros entre lo que corresponde a un concepto profesional, consejos informales, o interacciones amistosas y que tan vinculantes pueden ser respecto el impacto en la atención del paciente cuando se usan estas redes. Hay abundantes publicaciones que describen las tensiones producto de estos cambios que de refieren a la consulta médica por whatsapp como un deterioro de la relación médico paciente, la interacción on-line y el impacto en el profesionalismo médico, la manera como los medios sociales afectan la confidencialidad de la información de los pacientes. Un documento de Terrasse, et al., titulado “Social media, E-Health, and Medical Ethics, debate sobre las políticas de nivel gubernamental, respecto a la estructura de la información en salud, plantea que deben construirse plataformas que den cuenta del estado de salud de la población, a tal punto que sea posible extractar información sobre cualquier tópico para la toma de decisiones, aunque también posibilitan el uso de esta información, para caracterizar la población respecto a frecuencia de uso de los servicios, patrones en la toma de decisiones médicas, adherencia a los tratamientos médicos, reclamo de medicamentos, con la finalidad de establecer decisiones sobre el costo de las pólizas de seguros y de los planes de seguridad social, lo cual en consecuencia, incidiría en el disfrute de los derechos de los individuos. Otro aspecto es que el uso de las redes no esta al alcance de una buena parte de la población y por lo tanto puede constituirse en una forma de exclusión que posiblemente

afecta a los pobladores mas vulnerables en razón a su edad, condiciones cognitivas, sociales, culturales o económicas. El documento hace un llamado a los bioeticistas, a los educadores, a los profesionales para que se cuestionen sobre la pertinencia, ventajas y problemas suscitados con el uso y establezcan lineamientos que obedezcan a la necesidad de la población respetando los acuerdos sociales y los requerimientos éticos y legales. Es claro que la actividad clínica por medios virtuales, despersonaliza la relación médico paciente, y menosprecia la importancia de la comunicación directa, el contacto visual, el contexto y la actitud del paciente. Aspectos que tienen importancia en cuanto a su estructuración de las actividades de formación del médico. En ese sentido un artículo de la Universidad Javeriana, “Manejo de las redes sociales electrónicas por parte de los estudiantes de medicina: el caso de la publicación de fotografías de los pacientes y el profesionalismo médico; un estudio descriptivo”, encontró que casi la totalidad de los estudiante de medicina manejan redes sociales y que una sexta parte ha subido información fotográfica a las redes sin considerar las implicaciones éticas, legales y profesionales de esas prácticas, respecto al consentimiento del paciente, la pérdida del control de la información, una vez subida a la red, ni la posibilidad de vulnerar la obligación de proteger la información confidencial confiada por el paciente, sin considerar que existe la posibilidad de referenciación geográfica, de conocer la identidad de los cuidadores implicados y por ende del paciente. Por otra parte las interacción entre colegas, en ocasiones, adquiere visos de informalidad que llegan a expresiones descorteses y desobligantes, respecto al interlocutor o a la condición del paciente, lo cual amerita una reflexión y la determinación de lineamientos de interacción adecuados en el marco del trabajo y el educativo.

Otras publicaciones muestran que aunque todas las profesiones del sector salud hacen uso de redes con temáticas de orden clínico, son los médicos de los que se hacen mas visibles como gestores del manejo de esta clase de información. Igualmente entre estudiantes de medicina es una práctica cotidiana compartir información y material fotográfico que se relaciona con sus actividades en las práctica educativas, sin atender las restricciones relativas a esta clase de información.

Atendiendo a esta problemática, el manual español *Ética y Redes Sociales*, *Manual de Estilo para Médicos y Estudiantes de Medicina*, editado por la Organización Médica Colegial de España, hace unas consideraciones

y recomendaciones, desde el punto de vista deontológico y legal en cada uno de estos capítulos, habla del lenguaje de las nuevas tecnologías en el ejercicio profesional, de la relación con los pacientes, de la relación entre colegas y también se extiende hasta la publicidad y el mercadeo y brand médico, que cobra importancia considerando que muchos médicos se están publicitan a través de redes sociales. Los cirujanos plásticos, los dedicados a cirugía bariátrica, los reumatólogos y dermatólogos, quienes pueden mostrar sus resultados mediante imágenes, las usan con fines de mercadeo y posicionamiento en las redes sociales.

Se han hecho consideraciones a favor y en contra de estas prácticas. A favor se argumenta que se pueden no considerar como acto médico las recomendación en salud puntuales ofrecida por estos medios que igualmente permiten potencializar la educación en salud y respecto a la interacción entre colegas pueden operar como formas de actualización o de opiniones entre profesionales lo cual ayudaría a la comunidad de una manera ágil, oportuna y más efectiva.

En contra se alude a la pérdida de la confidencialidad en las redes sociales, la desprotección de la privacidad de los datos sensibles en salud, la vulneración de los derechos de confidencialidad los pacientes respecto a su origen étnico, su tendencia sexual, sus afiliaciones políticas, lo cual por ser datos sensibles pueden deteriorar relaciones basadas en la reputación o el buen nombre y por otra parte pueden someter al paciente a una atención de riesgo al decidir sin tener pleno conocimiento de la situación del paciente.

Sumado a lo anterior, se vienen publicitando en los medios de comunicación las nuevas tendencias para la atención en la salud, nuevos consultorios con sofisticados equipos tecnológicos, con un médico presente virtualmente que trata de mirar a su paciente a los ojos, con las pantallas diseñadas para generar la ilusión de coincidencia en espacio y tiempo y posiblemente en propósitos, para minimizar los efectos de la distancia y del entorno consistente en un cubículos en algún Centro Comercial. Pero se hacen cada vez más evidentes los riesgos en salud pública que generan las tendencias que se originan en redes sociales, como son los movimientos antivacunas, las tendencias en modelos de nutrición. El sentido de estas campañas se vislumbra en la reciente publicación del New York Times sobre el impacto de las redes sociales y el efecto en la invasión y ruptura de la privacidad que tiene por objeto apropiarse de la información que contienen las redes

sociales para buscar mayor rentabilidad monetaria, se esta monetizando la información sustraída de las redes sociales la cual busca un nuevo nicho que es la salud de las personas.

¡Se puede suponer el alcance!

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

A la fecha no existe reglamentación alguna sobre el uso de las redes sociales en el ejercicio de la medicina. Sin embargo el constituyente consagró el derecho a la intimidad como un derecho fundamental, así como la previsión que el secreto profesional es inviolable, por lo que a continuación presentaremos el marco constitucional y el desarrollo legal que han tenido los mismos en nuestro país, para finalizar realizando unas recomendaciones sobre el tema que nos ocupa a la luz de dicha normatividad.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia consagra dentro del capítulo de los derechos fundamentales, en el artículo 15, el derecho a la intimidad.

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.

En el artículo 74, dentro del capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, contempla el derecho de acceder a los documentos públicos, dentro del cual plantea que el secreto profesional es inviolable.

Artículo 74. *Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.*

El secreto profesional es inviolable.

LEY 23 DE 1981

La ley de ética médica, dentro de su declaración de principios indica como elemento primordial de la práctica médica la relación médico – paciente, dentro de la cual el galeno debe guardar el secreto profesional.

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

(...)

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

(..)

Así mismo, dentro del juramento incluye el guardar el secreto profesional.

ARTICULO 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.*

(..)

Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

(...)

De otra parte el artículo 34 consagra la historia clínica y el 37 el secreto profesional, haciendo énfasis en la reserva que entraña el acto médico y que por lo tanto se hace extensiva a la historia clínica como documento.

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

ARTICULO 37. *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 razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.*

RESOLUCION 1995 DE 1999

La Resolución 1995 de 1999 reglamentó la historia clínica, reiterando el carácter de documento privado y reservado que le había otorgado la Ley 23 de 1981, así como indicando quienes pueden tener acceso a la misma, resaltando que aún quienes estén autorizados deberán guardar la reserva legal del documento.

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.

(...)

ARTÍCULO 14.- ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA.

Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

- 1) El usuario.*
- 2) El Equipo de Salud.*
- 3) Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.*
- 4) Las demás personas determinadas en la ley.*

PARAGRAFO. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.

RESOLUCION 839 DE 2017

La Resolución 839 de 2017 modificó la Resolución 1995 de 1999, reglamentando el proceso de gestión documental de la historia clínica. En su artículo 11 prevé que respecto al uso, manejo, recolección, tratamiento de la información y disposición final de las historias clínicas se debe observar lo previsto en la Ley 1581 de 2012 sobre protección de datos personales.

Artículo 11. *Protección de datos personales.* *El uso, manejo, recolección, tratamiento de la información y disposición final de las historias clínicas, deberá observar lo correspondiente a la protección de datos personales, de que trata la Ley 1581 de 2012, sus normas reglamentarias y las disposiciones que las modifiquen o sustituyan.*

LEY ESTATUTARIA 1581 DE 2012

Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. En el artículo 5 definió lo que se entiende por datos sensibles, incluyendo en esta categoría los datos relativos a la salud.

Artículo 5°. *Datos sensibles.* *Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos. (Resaltado fuera del texto original)*

En el artículo 6 prohíbe el tratamiento de datos sensibles y establece algunas excepciones bajo ciertas condiciones.

Artículo 6°. *Tratamiento de datos sensibles.* *Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando:*

a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización;

b) El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización;

(...)

e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.

Respecto al tratamiento de datos personales de menores de edad, el artículo 7 establece la prohibición del mismo, exceptuando los datos de naturaleza pública.

ARTÍCULO 7o. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. *En el Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.*

Queda proscrito el Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos que sean de naturaleza pública.

Es tarea del Estado y las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del Tratamiento indebido de sus datos personales, y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley.

DECRETO 1377 DE 2013

Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012. En el artículo 6 se establecen las obligaciones que deben cumplirse para el tratamiento de datos personales sensibles en los casos señalados en el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, dentro de los cuales se establece consentimiento expreso del titular.

Artículo 6°. De la autorización para el Tratamiento de datos personales sensibles. *El Tratamiento de los datos sensibles a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1581 de 2012 está prohibido, a excepción de los casos expresamente señalados en el artículo 6° de la citada ley.*

En el Tratamiento de datos personales sensibles, cuando dicho Tratamiento sea posible conforme a lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1581 de 2012, deberán cumplirse las siguientes obligaciones:

- 1. Informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su Tratamiento.*
- 2. Informar al titular de forma explícita y previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier tipo de dato personal, cuáles de los datos que serán objeto de Tratamiento son sensibles y la finalidad del Tratamiento, así como obtener su consentimiento expreso.*

Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles.

Por su parte el artículo 12 establece los requisitos para el tratamiento de datos personales de menores de edad en los casos previstos en el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012. En este caso la autorización debe otorgarla el representante legal del menor.

Artículo 12. Requisitos especiales para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes. *El Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes está prohibido, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1581 de 2012 y cuando dicho Tratamiento cumpla con los siguientes parámetros y requisitos:*

- 1. Que responda y respete el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.*
- 2. Que se asegure el respeto de sus derechos fundamentales.*

Cumplidos los anteriores requisitos, el representante legal del niño, niña o adolescente otorgará la autorización previo ejercicio del menor

de su derecho a ser escuchado, opinión que será valorada teniendo en cuenta la madurez, autonomía y capacidad para entender el asunto.

Todo responsable y encargado involucrado en el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes, deberá velar por el uso adecuado de los mismos. Para este fin deberán aplicarse los principios y obligaciones establecidos en la Ley 1581 de 2012 y el presente decreto.

La familia y la sociedad deben velar porque los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales de los menores de edad cumplan las obligaciones establecidas en la Ley 1581 de 2012 y el presente decreto.

LEY 1437 DE 2011

La Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reglamentó en el Título II de la Primera Parte el derecho de petición, el cual fue declarado inexecutable por la Sentencia C-818 de 2011 y posteriormente sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. En el artículo 24 indica los documentos que tienen el carácter de reservado, dentro de los cuales incluye a la historia clínica.

TÍTULO II

Sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015

(...)

Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. *Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:*

(...)

3. Los amparados por el secreto profesional.

4. 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, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información. (Resaltado fuera del texto original)

SENTENCIA T-574/17

Expediente T-6.142.741

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Finalmente, citamos un aparte de la Sentencia T-574/17, que indica el alcance de la información reservada, resaltando que para acceder a este tipo de información se requiere el consentimiento expreso del titular.

INFORMACION RESERVADA - Alcance

Si se trata de información reservada, tal y como ocurre por ejemplo con la relativa a datos sensibles, a la inclinación sexual, a los hábitos personales o los datos relativos a la pertenencia a un partido o movimiento político de los ciudadanos votantes (...), ella “no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones” (...). En este último caso, la relación entre el derecho a la información y la protección de la intimidad cambia de manera significativa.

En efecto, el tipo de información de la que se trata hace que su conocimiento, en cuanto alude a datos de especial impacto, significado y trascendencia para las personas, se encuentra sometido a especiales cautelas, exigiendo la voluntad del sujeto concernido. En estos supuestos nadie puede pretender auscultarla.

RECOMENDACIONES

Debido a que la ley no evoluciona tan rápido como la tecnología, es necesario detenerse a reflexionar si las prácticas que están asumiendo hoy en día los médicos están en conflicto con la ley. Para ello traemos algunas reflexiones realizadas por abogados latinoamericanos, aplicadas en nuestro contexto jurídico.

1. CONSULTAS POR WHATSAPP

Es muy común que un paciente quiera comunicarse por Whatsapp con su médico antes o después de un tratamiento médico.

Desventajas:

A. Puede comprometerse la responsabilidad civil médica

Al atender una consulta médica por Whatsapp el médico no puede ver al paciente, es decir que no puede auscultarlo, ni tomar sus signos vitales, ni percibir los síntomas que presenta el paciente.

La consulta medica está limitada a lo que está escrito y a lo fotografiable.

Por ello el médico siempre le debe dejar claro al paciente que cualquier recomendación que le pueda dar es provisional, basada en la información que le suministró el paciente y no puede ser interpretada como una consulta médica ni como un diagnóstico.

Un diagnóstico dado por Whatsapp es nulo principalmente por la falta de verificación personal de los datos con base en los cuales se diagnostica.

Prescribir medicamentos por Whatsapp es inconveniente por:

- a) No está expidiendo una fórmula médica que el paciente pueda usar en la farmacia.
- b) Puede no tener la historia clínica a mano o no haber indagado lo suficiente respecto a antecedentes del paciente, lo que puede llevar a un diagnóstico erróneo y en consecuencia a una prescripción errónea, y en últimas a una demanda por mala praxis médica.

Por lo expuesto si un paciente lo aborda con la intención de obtener un diagnóstico o la prescripción de un medicamento, lo legalmente correcto es limitarse a informarle al paciente:

- a) Si tiene una urgencia médica, diríjase al servicio de urgencias de su EPS o seguro de salud.

- b) Si no es una urgencia, agende una cita ya sea prioritaria o normal, para poder analizar adecuadamente su situación de salud.

Conforme las normas antes citadas no existe un marco legal que permita al médico diagnosticar, prescribir, recomendar o realizar cualquier acto médico a través de Whatsapp o similares, sin que al mismo tiempo no incurra en violación de sus obligaciones profesionales de prudencia y diligencia. Por lo cual se recomienda limitar este tipo de comunicaciones de médicos a pacientes a asuntos puramente informativos.

B. Es contrario a la ética profesional y al derecho de cobro de honorarios

Muchas veces los pacientes quieren obtener diagnósticos y prescripciones médicas por Whatsapp para no pagar la consulta médica, lo cual es contrario a sus obligaciones como pacientes.

2. PROMOCIONES POR FACEBOOK, INSTAGRAM, SNAPCHAT

Promociones realizadas en redes sociales con información corta de la operación y fotos de los pacientes pre y post operatorio.

Uso de fotografías

La expedición de la Ley 1581 de 2012 y del Decreto Reglamentario 1377 de 2013, amplió el ámbito de regulación del Derecho de Imagen por cuanto ésta pasa a ser considerada un dato personal. Ello obedece a que se trata de un tipo de información susceptible de ser asociado a un individuo, lo cual facilita su identificación.

La aplicación de la legislación de Habeas Data al Derecho de Imagen introduce al ordenamiento requisitos, mecanismos y derechos para proteger al titular de la imagen frente al tratamiento que terceros hagan de ésta. Entre los **requisitos** está la **obligatoriedad de la autorización previa para el tratamiento de la imagen**, la cual **debe evidenciar el uso que se hará de ella y debe servir como prueba del consentimiento**. También, a través de las políticas de tratamiento de datos personales se le confiere al titular un mecanismo para ejercer algún control sobre el uso de sus pro-

pios datos. Adicionalmente, la introducción de **derechos de rectificación, actualización y supresión de datos, así como la revocatoria de la autorización**, impone al licenciatario un mayor grado de diligencia para evitar la anulación de la autorización de uso. Todo ello debe ser contemplado al momento de elaborar un contrato de licencia de uso de imagen por cuanto su inobservancia puede provocar la revocatoria de la licencia de uso de imagen conferida, además de las sanciones que pueda imponer la SIC.

Conforme la legislación citada no se podrán publicar imágenes de pacientes menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

- The Social Net: Understanding our online behavior Yair Amichai-Hamburger Print publication date: 2013 Print ISBN-13: 9780199639540 Published to Oxford Scholarship Online: May 2013 DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199639540.001.0001
- Social media E-Health, an Medical Ethics by Melanie terrasse Monti Gorin an Domenic Sisti. Hasting Center Report enero-febrero 2019
- Ética y Redes Sociales Manual de Estilo para Médicos y Estudiantes de Medicina. edicato por la Organizacion Médica Colegial de España
- Cristina M^a Beltrán Aroca¹, Eloy Gírela López ¿Cómo afectan los medios sociales a la confidencialidad de los pacientes? revisión de los potenciales problemas y recomendaciones Acta Bioética 2017; 23 (1): 189-197
- Luis Armando Martínez Gila, Adrián Israel Martínez Franco, Tania Vives Varela. Las consideraciones éticas en el uso de las redes sociales. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM
- Villamizar PJ, Moreno SM, Moreno F Biomédica 2016;36:140-8
- Manejo de las redes sociales electrónicas por parte de los estudiantes de medicina: el caso de la publicación de fotografías de los pacientes y el profesionalismo médico Biomédica 2016;36:1408

- Jorge e. linares Ignacio Ayestarán Racionalidad ética en un mundo tecnológico: hacia una ética reticular y poli céntrica
- Lindsay A. Thompson, MD, MS1,2, Kara Dawson, PhD3, Richard Ferdig, PhD3, Erik W. Black, MA3,J. Boyer, MEd3, Jade Coutts, MEd3, and Nicole Paradise Black, MD1The Intersection of Online Social Networking with Medical Professionalism
- Gilbert Hottois Qué es la Bioética.
- Andrés Oppenheimer ¡Salvese quien pueda!
- Yuval Noah Harari 21 Lecciones para el siglo XXI
- Constitución Política de Colombia
- Ley 23 de 1981
- Resolución 1995 de 1999
- Resolución 839 de 2017
- Ley Estatutaria 1581 de 2012
- Decreto 1377 de 2013
- Ley 1437 de 2011
- Corte Constitucional, Sentencia T-574 del 14 de septiembre de 2017, Expediente T-6.142.741, M.P. Alejandro Linares Cantillo
- <https://www.resumendesalud.net/157-articulos/7809-es-legalmente-correcto-dar-consultas-medicas-whatsapp/>
- <https://www.saludiario.com/implicaciones-legales-de-dar-consulta-por-whatsapp-o-messenger/>
- <https://propintel.uexternado.edu.co/derecho-de-imagen-en-la-ley-de-proteccion-de-datos-personales/>

LA RELACION MÉDICO – PACIENTE: TENSIONES Y DESAFÍOS QUE ENFRENTA HOY EN COLOMBIA

Dra. Clemencia Mayorga¹

Magistrada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá D.C.

Desde los inicios de la historia del hombre, incluso antes de iniciar la medicina misma, existió esta relación humana entre el hombre enfermo y aquel que lo cuidaba. La Relación Médico-Paciente, se ha planteado como la base esencial del quehacer de los médicos en búsqueda del logro de cura o alivio para el enfermo, que le permite al paciente satisfacer su deseo y necesidad de salud.

El análisis de esta relación es muy compleja dado que en ella están presentes el dolor y sufrimiento del paciente en una circunstancia específica, además de numerosos afectos del mismo, en ocasiones difíciles de abordar. A esta dificultad se adiciona que la misma relación influye en el curso de la enfermedad y en la eficacia del tratamiento, elemento planteado desde la historia remota hasta tiempos más recientes, como lo planteó Lipowski (1.974). Por su parte el médico también profesa prejuicios y valores que le hacen más fácil a algunos, y difícil a otros, afrontar el tema de la enfermedad y la muerte. A lo anterior se suman fallas en la formación relacional y en la comunicación que se les brinda a los médicos durante sus estudios profesionales, como la falta de análisis y reflexión sobre el tema, por lo que la forma y el estudio de la relación médico paciente se convierte en muchos casos en un acercamiento intuitivo y con base en la experiencia, producto del ensayo y error.

A pesar de los anteriores retos, la relación médico-paciente continúa siendo la base fundamental sobre la cual se estructura un proceso que intenta aliviar o curar al paciente, relación esta que inicia con un encuentro humano

¹ Dra. Clemencia Mayorga R. Médica Pediatra Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Docencia Universitaria Universidad El Bosque. Magistrada Tribunal de Ética Médica de Bogotá.

entre estas dos personas, en el cual la comunicación y la información que el paciente le entrega al médico, es decir aquello subjetivo, es el insumo central sobre el cual, el profesional de la medicina encuentra los elementos fundamentales para orientar el resto de acciones a seguir para intentar llegar a un diagnóstico y un tratamiento. Por ser un elemento de relación humana el mismo está fundado en la comunicación y la información en doble vía que debe ser compartida, en el cual la empatía y la confianza se convierten en elementos centrales. Lo anterior dado que el proceso de salud-enfermedad, es un proceso complejo, producto no solamente de las dolencias biológicas, sino del entorno, las condiciones de vida, el bienestar o malestar de la persona con respecto a si misma como al mundo, aspectos estos que solamente siente y vive el propio paciente, y que por tanto solo pueden ser comunicados desde la base de la confianza, empatía y consideración mutuas.

A lo anterior, ya de hecho muy complejo se suma que esta relación se desarrolla en un contexto o entorno específico que la afecta, cambios sociales, culturales y la introducción del papel de las instituciones en los sistemas de salud que han planteado retos y tensiones en esta relación que deben ser analizados.

Según la Dra. María Noël García Simon (1), “ya no se trata solamente del vínculo entre el médico y el usuario sino que éste está sujeto a tomas de decisiones de otros campos que deben de ser acatadas. Cada Institución tiene sus normas, (no es lo mismo trabajar en Salud Pública que en un seguro privado)”, hay normas institucionales que enmarcan la relación y leyes que se han promulgado en los últimos años que están influyendo en la misma. Ejemplos de estas regulaciones normativas como aquellas que regulan “el consentimiento informado”, “el aborto”, “la voluntad anticipada”, “los derechos y deberes de los usuarios”, deben de ser cumplidas por todas las instituciones. Así mismo las normas sobre controles de calidad, el control sobre el tiempo de internación y la consulta, la sobrecarga laboral así como el número de pacientes por consulta influyen directamente sobre la Relación Médico-paciente.

Es así como la relación médico-paciente se ve influida e intervenida necesariamente por el funcionamiento del Sistema de salud como de las propias instituciones, por su gestión, adecuada o no, por los medios con los cuales los médicos cuentan, como de las barreras de acceso o trabas administra-

tivas que afectan la continuidad o integralidad de los tratamientos, el conocido pluriempleo de médicos y personal de enfermería, listas de espera excesivamente largas, falta de coordinación entre los médicos tratantes cuando interviene más de uno, inversiones excesivas en tecnología y escasas en lo que es el cuidado de los pacientes, sobre todo después del egreso de los servicios de salud. Cabe recalcar también la escasa dedicación a la formación del personal en temas relacionales y comunicacionales, como el escaso estudio en las complejidades de la salud y del ser que padece las enfermedades.

Es entonces, sobre los cambios en la relación Médico-Paciente en cuanto al análisis de aquellos factores que afectan la relación Médico-Paciente dados los cambios y las presiones en los Sistemas de salud que se vienen gestando en las últimas décadas, en particular en el Sistema de salud Colombiano.

Lo primero que hay que destacar es que el País, ha sufrido gran cantidad de cambios normativos en Colombia en los últimos 30 años. Pasamos de un “Sistema Nacional de Salud”, definido por la Constitución Política de 1.886 a un “Estado Social de Derecho” en la Constitución de 1.991. La palabra “social”, tiene a partir de ese momento, profundas implicaciones pues ello conlleva las responsabilidades que el Estado Colombiano tiene con sus habitantes en materia de Derechos y por tanto la obligación del mismo de garantizar estos derechos para todos. Así concebida la Carta Magna de 1.991, el inicialmente llamado “servicio de salud” comenzó a ser exigido, vía acciones de tutela por aquellos enfermos que veían en riesgo su vida por la no prestación del servicio.

Como consecuencia de lo anterior en el año 2008, la Honorable Corte Constitucional, tomó la decisión de acumular una serie de Sentencias producto de acciones de tutela presentados por los colombianos, en los cuales se invocó la protección del derecho a la salud, concretamente el acceso a los servicios de salud que derivó en la declaración y reconocimiento de la Salud como derecho, posteriormente ratificado y considerado como derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual como en lo colectivo en la Ley Estatutaria de salud 1751 de 2.015 cuyo objeto es su regulación y establecer las medidas para su protección(3).

Ahora bien, para efectos de nuestro tema de análisis, deberíamos preguntarnos, ¿qué relación puede tener este cambio en la relación Médico-Pa-

ciente? Si observamos, los colombianos hemos transitado, como muchos otros países, de un servicio de salud, que era brindado por el Estado a manera de beneficencia para los más pobres, a un Sistema de salud, que por lo menos en la Normativa Constitucional, se convirtió en un Derecho fundamental, con la consecuente obligatoriedad para el Estado de garantizarlo a través de su sistema de salud, como de la posibilidad misma del paciente para exigirlo; ello conlleva indudablemente un cambio tanto en las expectativas del paciente como las del médico.

Por una parte, el Estado, bajo este esquema ha de garantizar de manera obligatoria la salud para todos en condiciones de igualdad y equidad, derivados en gran medida, aunque no exclusivamente, por el aporte que los cotizantes en nuestro sistema de aseguramiento realizan. Por otra parte, el paciente, y en general la ciudadanía, asumen poco a poco, la salud como Derecho, es decir su expectativa sobre la atención oportuna, integral, continua y completa, aumenta, dado que la Salud deja de ser un servicio que el Estado presta a manera de beneficencia, para convertirse, en una obligación del mismo con todos los ciudadanos. Tenemos entonces hoy pacientes con un mayor nivel de exigencia sobre su derecho a la salud, en medio de un Sistema de salud con unos recursos limitados, cruzado por ineficiencias administrativas, burocráticas y por la corrupción, que deriva en barreras de acceso para los pacientes; y por otra parte tenemos médicos que en medio de esta situación se ven afectados por las limitaciones que el Sistema de Salud les impone en nuestro sistema de salud por EPS e IPS en la búsqueda de resultados económicos que les permitan continuar siendo parte del sistema.

Aunado a lo anterior, las Instituciones en las cuales se prestan los servicios, han centrado su esfuerzo en la productividad, el mayor número de atenciones en el menor tiempo posible es uno de los resultados del modelo, por lo que los médicos se enfrentan a un número mucho mayor de pacientes, menores tiempos de consulta médica, aunado lo anterior a los múltiples trámites administrativos y a la implementación de sistemas de información, en ocasiones complejos, que le restan tiempo a la escucha y atención de su paciente, entre otros.

Ahora bien, la pregunta sería, si la Ley 23 de 1.981, anterior incluso a la Ley 100 de 1.993 brinda elementos a los Médicos ante los desafíos actuales que afectan la relación médico-paciente. Para esclarecer este tema de-

bemos centrarnos en los principios de la Ley 23 de 1.981 que señala: “La relación médico paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional” (4), lo cual impone al Médico en su ejercicio profesional elementos claros sobre su actuar frente al paciente como lo son el compromiso con la persona en una situación específica, en este caso su salud o enfermedad, por encima de cualquier otra consideración. Ahora bien, con un paciente cada vez más empoderado, informado y exigente de sus derechos, pero a la vez enfrentado a barreras administrativas existentes en el sistema el Médico, y a su vez un médico enfrentado a la normativa institucional que busca una mayor “productividad” en su quehacer, enfrenta cada vez un mayor reto frente al mismo.

Es claro para los Magistrados del Tribunal de Ética Médica de Bogotá, que una de las mayores fuentes de solicitudes, aunque no de investigaciones, ético disciplinarias en contra de los médicos, se relaciona con las múltiples barreras y trabas administrativas que le son impuestas al paciente, pero también lo es la falta de algunas o todas estas características en los Médicos, cuando el médico de manera equívoca subestima la importancia de la relación personal más allá de los desafíos que presenta el sistema de salud. Es decir que hoy en la relación médico-paciente, los aspectos más visibles tienen que ver con las expectativas que el paciente tiene del sistema de salud, muchas de las veces insatisfechas por los aspectos ya mencionados, como con las múltiples dificultades que el médico tiene que afrontar en las instituciones en la cadena de “productividad”, quedando menos visible en esta relación los vínculos personales, familiares y de vida del paciente, e interferidas por un complejo entramado institucional que enfrenta el médico.

Es común entonces, que el médico no mire al paciente, escriba en el equipo de cómputo y no escuche al paciente, no tenga el tiempo para saber en que condiciones vive su paciente, cuales son los factores “ocultos”, aquellos no evidentes que hacen parte de su vida y por tanto de su enfermedad, y en consecuencia el paciente no encuentre el vínculo de relación humana que espera y que tal vez necesita.

El Sistema de salud, como lo mencionamos, está cada vez más centrado en la producción, y en consecuencia el ejercicio médico está más orientado a la enfermedad que a la salud, por lo que la comunicación se centra en un solo aspecto del individuo: su enfermedad, dejando sin visibilidad al ser

humano como un todo. Cabe entonces preguntarse si la relación humana en estas condiciones tiende a convertirse en una transacción que se realiza entre una enfermedad y un conocedor de esa enfermedad.

Con base en la anterior pregunta es menester traer de vuelta la reflexión sobre el papel del médico en su esencia desde el punto de vista humano como ético. Al respecto vale la pena traer a colación la Ley 23 de 1.981, por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica que su declaración de principios señala “La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes”. Son muy visibles en esta declaración los elementos humanos de la medicina, tanto individuales como colectivos, para la vida y para el ser humano, así como el papel del médico con las implicaciones humanísticas que le son inherentes.

La ley 23, señala además “El hombre es unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a 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 método debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes. Si así, procede a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la ciencia de la salud a través de la práctica cotidiana de su profesión”.

Querría decir entonces que hay una aparente contradicción entre el actual Sistema de salud, el papel del médico y las injerencias propias de un sistema de salud basado en la productividad, con aquella declaración de principios humanísticos propios del papel del médico ante su paciente, que son la esencia de la relación médico paciente señalada en la Ley 23 de 1.981. No es ajena la Ley 23 de 1.981 a la necesidad de “mantener el compromiso, la lealtad, autenticidad, responsabilidad y la reserva profesional con el paciente, como la esencia de la Relación entre ellos”, pero ello es sin

duda un desafío cada vez mayor de acuerdo con las tensiones personales y profesionales actuales del médico como a aquellos desafíos y expectativas de sus pacientes.

En consecuencia, la responsabilidad del médico tanto en el plano individual de la atención del paciente como en el colectivo, señalado en la Ley 23, debe ser motivo de reflexión y actuación de modo que la productividad, la normativa institucional, la sobrecarga de trabajo, las limitaciones de tiempo y la multiplicidad de tareas procedimentales, terminen por acabar con este componente humanístico único propio de su profesión.

Es necesario recuperar el papel humanístico de la profesión médica para lo cual la Ley 23 de 1.981 cobra una importancia relevante. La Ley 23 de 1.981 recaba sobre los elementos centrales de la relación humana médico-paciente, considerando que la confianza, esperanza, seguridad y sentimientos de consideración del médico hacia el paciente son elementos humanos que constituyen la base de esta relación. Dedicó todo un capítulo: “De las relaciones del Médico con el paciente”, al tema, en el cual define: “el Médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que lo necesite sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley”, elementos que se convierten en herramientas ante procesos administrativos complejos que les son exigidos por las Instituciones para la atención de los pacientes. La Ley 23 en su artículo 7º como la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2.015 en su artículo 10º, coinciden en la obligatoriedad de asistir a los pacientes en casos de urgencias (definidas como las afecciones que ponen en peligro la vida o integridad de la persona y que requieren de atención de manera inmediata de acuerdo con el dictamen médico), por lo que para el Médico debe ser claro que este tipo de atención es prioritaria y debe ser garantizada por la institución y por el sin barrera alguna.

El médico debe empoderarse y comprender que su papel como médico, va más allá de los trámites administrativos, que la relación médico-paciente depende de su comprensión de aquello visible e invisible del ser humano que está frente a él, que es el, quien debe exigir que los trámites administrativos y procedimentales deben estar al servicio de ello, y que su papel humanístico no puede estar determinado en una simple cadena de producción que termina por afectar de manera importante esta relación, que es la base de su quehacer y la esencia de su profesión.

Señala la Ley 23 en su artículo 10°. “El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud...”, tiempo hoy definido por las Instituciones en el caso de la consulta ambulatoria, y en muchas ocasiones en la atención de pacientes hospitalizados o de urgencias, que deben ser atendidos con personal médico insuficiente que limita este tiempo. La Defensoría del Pueblo en investigación realizada en el año 2006 “autonomía médica y su relación con la prestación de los servicios de salud” señaló que el tiempo promedio de consulta médica de la muestra fue de 17 minutos, de los cuales casi una tercera parte son dedicados a aspectos meramente administrativos exigidos al Médico. A lo anterior se suma la llamada “consulta multiasistida” consulta impuesta por las EPS e IPS en la cual un médico especialista atiende la consulta de su especialidad, a 3 o 4 pacientes de forma simultánea a través de médicos generales, imposibilitando por completo la relación Médico paciente con el médico especialista, dado que este solo puede entrar en contacto con el Médico general y no con el paciente que está en una consulta especializada, y por tanto su expectativa es la de ser atendido por el médico especialista. Aspectos como estos son entonces abordados por la Ley 23 de 1.981, que aporta al médico herramientas para exigir las condiciones necesarias para la atención de sus pacientes.

A partir de la Constitución de 1.991 y de la promulgación del Estado Social de Derecho, además de la salud, el cambio en otros derechos afecta adicionalmente la relación médico paciente. Es así como la información, como derecho, adquiere cada vez más importancia y es exigido por los pacientes. Frente a este tema, son claras las normativas y los procesos para cumplir con este requisito en la mayor parte de las Instituciones. El desafío para el médico consiste en comprender que la información al paciente sobrepasa con creces este trámite procedimental y que nunca el cumplimiento en la firma de una documentación sobre la información recibida, sustituye la comunicación entre ambos, con las explicaciones completas, la resolución de las inquietudes y preguntas en medio de un ambiente de confianza entre ellos. La información completa, veraz, anticipada y la solicitud del consentimiento para la aplicación de los tratamientos médicos y quirúrgicos constituye un deber ético del médico, que va más allá de los trámites procedimentales, señalado en La Ley 23 de 1.981 en su artículo 15, así como en la Ley Estatutaria de la salud 1751 de 2.015. Por tanto no puede sustraerse el médico a que este proceso de información se limite a un mero trámite documental, procedimental ni institucional.

Frente a ello debe el Médico evaluar los artículos 6º y 15 de la Ley 23, que le exigen rehusar la prestación de sus servicios para “actos...que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión”, y así mismo no exponer a su paciente a riesgos injustificados, por lo que cada orden deberá ser evaluada en este contexto, dejando los registros debidos de su actuar siempre en pro del beneficio del paciente.

Cobra especial importancia en consonancia con lo anterior lo señalado en el artículo 11 “La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo...”, en este sentido la actuación del médico, la defensa de lo que será siempre mejor para el paciente, en todas las instancias, se convierte en un elemento fundamental que al paciente en la mayoría de los casos le brindará confianza y seguridad en el médico, mejorando la relación con su paciente, aún en las difíciles circunstancias que surgen de las imposiciones de los sistemas de salud hacia el médico y el paciente, y que en muchas ocasiones cruza el límite de la vulneración de la autonomía médica. Especial importancia cobra el análisis del médico, sobre lo que constituye una “actitud de apoyo” evitando cualquier actitud que sobrepase una relación estrictamente profesional. En la actualidad, cuando los derechos de los niños y de la mujer, como de otras poblaciones minoritarias, están claramente establecidas y son centro de análisis y debate, el médico está obligado a ajustar sus actitudes al respeto especial por estas poblaciones evitando cualquier actitud que incomode en lo personal o íntimo a su paciente.

En conclusión, podemos afirmar que vivimos fuertes tensiones en los sistemas de salud actuales que afectan la relación médico paciente en el mundo y Colombia no se escapa a esta realidad. Pese a lo anterior la capacidad de empatía del médico con su paciente, su preocupación genuina por el mismo así como su actitud de apoyo y consideración, continúan siendo la esencia de esta relación y blindan, sea dicho de paso, en la gran mayoría de los casos, al profesional de la medicina de insatisfacciones de los pacientes que pueden derivar en quejas ético-disciplinarias o en denuncias administrativas o penales con graves consecuencias.

Sin embargo, es necesario que los médicos profundicemos y analicemos los actuales sistemas de salud, incluido el colombiano, y sus implicaciones en el ejercicio ético de la medicina y en la relación médico paciente como eje fundamental de su papel como médico. Según La Ley 23 de 1981 “Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica”, “los principios

éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen sí por las implicaciones humanísticas anteriormente citadas” por lo que es necesario que los médicos y sus organizaciones gremiales y grupos de análisis, así como la Academia y las organizaciones de pacientes asuman el reto de defender la relación médico paciente y el ejercicio ético de la medicina abordando las complejidades impuestas por los actuales sistemas de salud.

BIBLIOGRAFÍA

1. “CAMBIOS EN LA RELACION MEDICO-PACIENTE, UNA MIRADA CONCILIADORA” Dra. María Noël García Simon, 2014. https://www.smu.org.uy/dpmc/hmed/historia/articulos/garcia_simon_mn.pdf
2. Sentencia T 760 de 2008 Corte Constitucional. <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
3. Ley Estatutaria de la Salud, 1751 de 2.015.
4. Ley 23 de 1.981 “Por la Cual se dictan Normas en materia de Ética Médica”.

AUTONOMÍA MÉDICA

Herman Redondo Gómez

Magistrado Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá DC.

La medicina como ciencia y como profesión liberal, tradicionalmente en el país y en el mundo habían tenido el privilegio que los médicos decidieran con plena autonomía qué era lo que más le convenía al paciente, y estos procedían al cumplimiento de su deber como responsables del cuidado de la salud.

No obstante, con la adopción de nuevas formas en la administración y atención de la salud, la extensión y consolidación de empresas privadas que administran planes de salud en el nuevo escenario de economía de mercado, la tradicional autonomía de los médicos ha sufrido un cambio que ha afectado la liberalidad del ejercicio profesional y por extensión la estrecha relación médico-paciente.

La Asociación Médica Mundial (AMM) se ha ocupado a profundidad en el tema, por lo que consideramos conveniente incluir algunos apartes de la Declaración de Madrid de la AMM (39ª Asamblea, octubre de 1987), sobre la Autonomía y la Autorregulación Profesionales.

“La Asociación Médica Mundial, habiendo examinado la importancia que la autonomía y autorregulación profesionales tienen para el cuerpo médico del mundo, y reconociendo los problemas y las dificultades que actualmente se presentan en la autonomía y autorregulación profesionales, adopta los siguientes principios:

- 1. El elemento principal de la autonomía profesional es la garantía de que el médico pueda emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes.*
- 2. La Asociación Médica Mundial reafirma la importancia de la autonomía profesional como componente esencial de la atención médica*

de alta calidad y, por consiguiente, como un beneficio que se debe al paciente y que debe ser preservado. Por lo tanto, la Asociación Médica Mundial se compromete a mantener y garantizar ese principio esencial de ética médica, que es la autonomía profesional en la atención de los pacientes.

3. Paralelamente al derecho a la autonomía profesional, la profesión médica tiene una responsabilidad permanente de autorregulación y no obstante la existencia de otros reglamentos aplicables a los médicos, la profesión médica debe tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales del médico”.

En Colombia, La ley 1164 de 2007, por la cual se dictan disposiciones en materia de talento humano en salud, en el artículo 26, se refiere al acto propio de los profesionales de la salud, en los siguientes términos:

*“Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, **el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario.** Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional” (resaltado fuera de texto original).*

Lo que se complementa con el artículo 105 de la Ley 1438 de 2011 que preceptúa:

*“(…) **Autonomía Profesional.** Entiéndase por autonomía de los profesionales de la salud, la garantía que el profesional de la salud pueda emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes con calidad, aplicando las normas, principios y valores que regulan el ejercicio de su profesión (...).”*

Y, la Ley Estatutaria en Salud (1751 de 2015), en el artículo 17, estableció: *“Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. **Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.***

*Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, **así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.***

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias” (resaltados propios).

En relación con este artículo, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-313 de 2014, (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), anota que este precepto, se aviene con los mandatos propios de Ley Estatutaria, pues, compromete elementos esenciales del derecho a la salud como la calidad de la prestación del servicio e incluso la disponibilidad del mismo. Es decir, la Corte vislumbra la asociación entre la autonomía del médico y la calidad del servicio.

Así, continúa la Corte, un supuesto preliminar de la relación médico-paciente deberá advertir que:

“(...) el enfermo tiene derecho a que se le prodiguen cuidados compatibles con su condición de ser humano, vale decir, un buen trato y diálogo permanente con su médico acerca de la naturaleza, evolución y terapia de sus dolencias.

El médico debe estar dispuesto a escuchar a su paciente, sus familiares y las opiniones de sus colegas, por cuanto sólo así podrá contar con todo el aspecto fáctico del caso y establecer el adecuado equilibrio entre los derechos de los pacientes y los principios éticos de su profesión. Dentro de este contexto, una de sus mayores responsabilidades profesionales es proteger el bienestar de su paciente y minimizar los riesgos globales de sus terapias.

El paciente, a su vez, debe respetar la autonomía del médico y no pedirle cosas que contradigan los parámetros normales de su ciencia o sus convicciones éticas.¹”

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-548/92 M.P. Ciro Angarita Barón.

Lo anterior significa que en esta relación, producto de la práctica médica, el conocimiento e idoneidad ética del médico y la íntima conexión del derecho fundamental a la salud con derechos como la libertad y la autonomía de cada uno de ellos, entre otros, se trazan directrices para comprender, desde un marco general, un servicio de salud razonable.

En suma, y atendiendo una lectura desde la bioética, sostuvo la Corte: ***“En relación con el ejercicio médico, se considera que este se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente.*** La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.²⁹ (negrillas fuera del texto).

Para la Corte, los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales puestos de presente, sirven de soporte para la defensa de la autonomía médica, la cual encuentra un asidero aún más contundente en lo contemplado en los artículos 16 y 26 de la Carta.

Y los elementos que fungen como límites a esa autodeterminación resultan admisibles en la medida en que ninguno de ellos se evidencia como una intromisión arbitraria. **La fuerza de la evidencia científica y la racionalidad, el peso de la ética, la necesidad de autorregulación resultan imprescindibles en el ejercicio de la actividad médica.**

Por otro lado, no encuentra la Corte que la protección de la autonomía médica pueda comportar el desconocimiento de las obligaciones laborales del galeno, como lo han sugerido algunas intervenciones. Esto acontecería si las obligaciones a las que se refieren los intervinientes fuesen de aquellas contrarias a la evidencia científica, a la racionalidad, a la ética o invadiesen el ámbito de la autorregulación.

Para el Tribunal Constitucional, las órdenes que se impartan a los profesionales de la salud deben tener como límites los que el legislador le ha trazado, de no ser así, se estarían convalidando órdenes u obligaciones laborales, tanto ilegales como inconstitucionales.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-401/94 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Se advierte entonces que, ninguna tacha constitucional cabe a la inserción del ejercicio de la autonomía médica en el ámbito de la ética médica. Por ende, corresponde a los Tribunales Éticos aplicarla en casos concretos como la prescripción de medicamentos así estos no se encuentren incluidos en el Plan de Beneficios financiado con recursos públicos (No PBS) si a criterio del médico el enfermo los requiere por necesidad de su tratamiento; la solicitud de exámenes de laboratorio o medios diagnósticos; la solicitud de interconsultas o remisiones; los certificados médicos, las licencias de maternidad, las incapacidades o, expresar con toda libertad sus opiniones en juntas médicas, comités técnicos científicos o juntas de calificación de invalidez.

Así mismo, el médico podrá en ejercicio de su autonomía, iniciar la relación médico-paciente por acción unilateral, en caso de emergencia (artículos 5° de la Ley 23/1981); o, al contrario, rehusar la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión (artículo 6° de la misma Ley); procede en esta afirmación, los casos en los que el médico aplica la **objeción de conciencia**, circunstancia en la cual deberá remitir el paciente a otro médico o institución para que reciba la atención debida.

También podrá, cuando no se trate de casos de urgencia, excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la presentación de sus servicios, cuando el caso no corresponda a su especialidad, el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya, o cuando el enfermo se rehúse a cumplir las indicaciones prescritas (artículos 7°). Existen circunstancias desafortunadas en las cuales el médico se puede excusar de la atención, algunas derivadas por barreras administrativas que generan discusiones o el médico es objeto de maltrato o agresiones del paciente o de su familia, caso en los cuales se fractura la relación médico-paciente o médico-familia; sin embargo, deberá siempre remitir el paciente a un colega competente para garantizar la atención del enfermo.

En circunstancias excepcionalmente graves, si un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, el médico podrá utilizarlo, con la autorización del paciente o de sus familiares responsables y, si fuere posible, mediante acuerdo en junta médica (párrafo, artículo 12 de la citada Ley 23/81).

Es decisión autónoma del médico decidir la intervención quirúrgica a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, por no estar estos disponibles y estimar que la urgencia del caso exige la intervención inmediata (artículo 14°).

No obstante lo anterior, la autonomía del médico no es absoluta. La Ley Estatutaria en Salud fijó unos límites que deberán ser permanentemente evaluados: la ética, la racionalidad técnico científica y la autorregulación; esta última, definida en el artículo 26 de la Ley de Talento Humano (Ley 1164 de 2007): *“Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la **autorregulación**, entendida como el conjunto concertado de acciones necesarias para tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales derivadas de su ejercicio, la cual debe desarrollarse teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

a) La actitud profesional responsable que permita la adopción de una conducta ética para mayor beneficio de los usuarios;

b) La competencia profesional que asigne calidad en la atención prestada a los usuarios (resaltados propios).

El derecho a la autonomía en el ejercicio de los profesionales de la salud, entraña una gran responsabilidad de autorregulación individual y colectiva como gremio, como lo afirma la AMM: (...) “la profesión médica debe tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales del médico”.

Desde mi punto de vista, esa autorregulación, tiene dos niveles: el primero es personal, cada médico, de acuerdo con sus conocimientos, su propio imperativo ético, conoce sus capacidades y limitaciones técnicas, sus competencias para valorar, analizar, diagnosticar e intervenir un determinado paciente. Cuando esa barrera de conciencia individual se ignora, se podrá incurrir en actuaciones que riñen con la impericia, la negligencia o la imprudencia. Entonces, deberá operar el segundo nivel de autorregulación, como es la intervención de sus pares académicos, en las juntas médicas, comités de historias clínicas, análisis de morbilidad extrema o de mortalidad y, los Tribunales Éticos Disciplinarios.

La autorregulación es un compromiso y una tarea que corresponde emprender a las instituciones médicas.

Debemos entender que el título de Médico Cirujano que otorgan las universidades, no acreditan al médico para ser experto de todas las especialidades, ni da licencia para invadir áreas de conocimiento específico que requieren formación de postgrado (3 o 4 años) como especialistas, sin serlo, lo que se podría configurar como impericia o imprudencia, dado que somete al paciente a riesgos injustificados.

Como se afirma en la Gaceta el Tribunal Nacional de Ética Médica, lo que sucede es que, como hace muchos años en el país no existía un número suficiente de especialistas, debió formarse al médico general y acreditarlo para tomar el manejo de casos de urgencia en áreas apartadas de la geografía nacional.

Pero hoy en día, en que existen multitud de cirujanos especializados, particularmente en las ciudades, no tiene presentación desde el punto de vista de la Lex Artis, que un médico general que acredite una serie de cursillos y asistencia a congresos, se considere a sí mismo como especialista. Y cuando por efecto de su actuación se provoque un daño, al haber provocado el riesgo debido a su impericia, cae dentro de la consideración de culpa médica y así deberá ser juzgado al evaluar el acto médico.

La exigencia de título de especialista para practicar determinadas cirugías propias de las especialidades reconocidas en Colombia, está regulado en el Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad (SOGC) como requisito para conceder o negar la habilitación de las IPS (Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. Condiciones de capacidad tecnológica y científica, según los estándares de habilitación establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social).

Así mismo, la Ley estatutaria en Salud, en el artículo 6º, definió los cuatro (4) elementos esenciales que rigen el Sistema de Salud, entre ellos el de “d) ***Calidad e idoneidad profesional.*** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ***ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente,*** enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna

de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos” (resaltado propio).

En caso que el título de especialista haya sido adquirido en el exterior, aplicará lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Talento Humano: La convalidación, de acuerdo a las normas vigentes. Mientras dicha convalidación no sea aprobada por el Ministerio de Educación Nacional, el profesional, no podrá ejercer como especialista.

Lecturas recomendadas

1. Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica.
2. Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.
3. Congreso de la República de Colombia. Ley 1164 de 2007, por la cual se dictan normas en materia de talento humano en salud.
4. Congreso de la República de Colombia. Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
5. Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
6. AMM. Declaración de Madrid. Adoptada por la 39ª Asamblea Médica Mundial de Madrid, España, en octubre de 1987. Revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo de 2005.
7. Elegir sabiamente. <https://choosingwiselycanada.org/>
8. Medicina de Óptima Calidad -MOC -ACMI. <http://www.acmi.org.co/educacion-continuada/conferencias-del-internista/medicina-de-optima-calidad>

CRITERIOS PARA LA TASACIÓN DE LA SANCIÓN ÉTICO - DISCIPLINARIA: LA INCIDENCIA DEL RESULTADO MATERIAL DE LA CONDUCTA MÉDICA

Laura Isabel Buitrago Correa¹

Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

El derecho disciplinario, al igual que el derecho penal, pertenece al género del derecho sancionatorio, de allí que ambos procesos – el disciplinario y el penal- compartan postulados filosóficos, e incluso, explica la remisión expresa de la Ley 23 de 1981, en lo no regulado por esta ley, al Código de Procedimiento Penal.² Estos postulados comunes, han llevado a quienes litigan en el proceso ético disciplinario, a asimilar sus estructuras dogmáticas, cuestionando, por ejemplo, la ausencia de lesividad o resultado de la conducta reprochada, los criterios utilizados para la tasación de la sanción o la violación al debido proceso por desconocimiento del principio de legalidad. Sin embargo, no se puede negar, que aun cuando similares, tienen naturalezas diferentes, que hacen del derecho disciplinario autónomo e independiente con una construcción teórica propia, la cual influye en la determinación de la sanción ético disciplinaria, objeto de este texto.

Estas cuestiones preliminares sobre la autonomía del derecho ético disciplinario, son determinantes para explicar los criterios de atribuibilidad de las consecuencias disciplinarias irrogables al autor responsable de una conducta constitutiva de una falta ético disciplinaria, pues estas consecuencias -la sanción ético disciplinaria- obedecen a la naturaleza particular de esta rama del derecho, y modifica los presupuestos básicos para su atribución.

No se puede desconocer el impacto de las decisiones de los Tribunales

¹ Abogada, Universidad de Antioquia. Asesora del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Estudiante de Maestría en Derecho Médico, Universidad Externado de Colombia.

² Gómez Pavajeau, C. A. (2011). El derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. Revista Derecho Penal y Criminología, 115.

de Ética Médica en la sociedad y la importancia del papel del fallador en la fundamentación de las mismas. No sólo de éstas depende el adecuado cumplimiento de los deberes ético-médicos, así como el correcto ejercicio de la medicina, sino que además, condiciona o influye en las decisiones de otros medios de control, como las del juez penal, quien difícilmente se podrá apartar del juicio que un Colegiado de pares realice de la conducta médica.

Así mismo, del adecuado funcionamiento de los Tribunales de Ética Médica y de la eficacia de sus decisiones, depende que se evite la excesiva criminalización de las conductas médicas, siendo innecesario acudir al derecho penal ante el cumplimiento de su función preventiva, permitiendo la intromisión de esta rama del derecho verdaderamente como ultima ratio.

Finalmente, debe considerarse que toda decisión sancionatoria, aunque no afecte la libertad personal y de locomoción, interviene derechos fundamentales igualmente importantes del médico investigado, impactando en su honor, en su derecho al trabajo, en su buen nombre, etc., de allí que las decisiones no deban obedecer al arbitrio del juzgador.

De esta manera, en un compromiso con la sociedad, es necesario seguir los criterios establecidos para la determinación de la sanción ético disciplinaria, con el fin de ajustar las decisiones a la ley, a los principios constitucionales y a la justicia, y así asegurar la eficacia de las mismas.

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SANCIÓN ÉTICO DISCIPLINARIA

Si bien dentro del proceso ético disciplinario se pueden adoptar diversas decisiones -archivar, precluir, absolver o sancionar- teniendo en cuenta que ésta última es la que más impacto tiene, es necesario determinar los criterios para la determinación de la sanción.

Para ello es necesario recurrir a varios juicios a saber: En primer lugar, determinar la existencia del injusto disciplinario, es decir, la (a) tipicidad, (b) ilicitud sustancial y (c) la culpabilidad. Una vez verificados estos presupuestos, como primer juicio, se debe proceder a la individualización de la sanción, siendo necesario realizar dos subjuicios: (a) verificar el marco disciplinario fijado por la ley -la existencia de condiciones objetivas de

punibilidad- y (b) realizar el test de proporcionalidad concreto –idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto-.

1. VERIFICACIÓN DEL INJUSTO DISCIPLINARIO

A. TIPICIDAD

Este primer juicio, como presupuesto para determinar la sanción ética disciplinaria, implica la confrontación de la conducta médica con el orden jurídico, es decir, con los deberes impuestos en la Ley de ética médica.

Teniendo en cuenta que el derecho disciplinario, a diferencia del derecho penal, no establece prohibiciones, sino que precisa deberes funcionales, la Corte en diversa jurisprudencia, ha aceptado que las faltas disciplinarias se consagren en “tipos abiertos”, sancionando la negligencia, imprudencia, falta de cuidado e impericia cuando implique vulneración a los deberes funcionales.

En este sentido, el Consejo Superior de la Judicatura ha aclarado que:

“(...) el derecho punitivo puede fundamentarse en su consagración como “norma objetiva de valoración”, donde lo que importa es la afectación de un bien jurídico tutelado, tal como ocurre con el derecho penal; o por el contrario, tener como fundamento el ser norma de “determinación”, donde lo que importa ante todo es dirigir la conducta del individuo.³”

Así, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, *“la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.⁴”*

³ Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de diciembre de 1992, M.P. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, rad. 664-106-1. En sentencia del 1º de abril de 1993 la misma institución, en el proceso radicado bajo el 047-009 V, ratificó tal posición en materia del derecho disciplinario de los funcionarios judiciales.

⁴ Sentencia C-404 (Corte Constitucional 19 de abril de 2001)

B. ILÍCITO SUSTANCIAL

Este segundo juicio del injusto disciplinario, es definitorio del derecho disciplinario y determina la ruptura con la dogmática penal y el concepto de antijuridicidad material, el cual presupone la lesividad de un bien jurídico.

Teniendo en cuenta que el derecho ético disciplinario, en materia médica, busca asegurar el cumplimiento de los deberes para el adecuado ejercicio de la medicina, el mero incumplimiento de los deberes es el fundamento de la responsabilidad disciplinaria, sin que sea necesario un resultado de la conducta médica enjuiciada. Esta diferencia parte no sólo de la naturaleza del derecho disciplinario, sino también de la entidad de las sanciones de esta rama del derecho, pues en todo caso, a diferencia del derecho penal, no involucra en ningún caso la libertad personal y de locomoción, siendo razonable que se pueda concebir el proceso de forma diferente.⁵

Así las cosas, una vez establecidos los deberes (tipicidad) -los cuales son abiertos según se indicó en el aparte anterior-, en este juicio se examina o valora la inobservancia de esas normas positivas, en cuanto implique el quebrantamiento del deber funcional. En este caso, *“el quebrantamiento del deber se produce, como ilícito, ya con la conducta misma, sin esperar los resultados.”*⁶

Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

*“(...) la antijuridicidad, o mejor llamada ilicitud sustancial, no protege bienes jurídicos específicos como en el derecho penal; por el contrario, se agota en la infracción del deber en términos funcionales. De modo que en el derecho disciplinario no se puede hablar de antijuridicidad material.”*⁷

Aquí la necesidad del castigo surge para las conductas médicas negligentes, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia, en términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia. El Consejo Superior de la Judicatura ha señalado que:

⁵ Gómez Pavajeau, C. A. (2011). El derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. Revista Derecho Penal y Criminología, 115-154.

⁶ Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 478.

⁷ Sentencia T 282 (Corte Constitucional 12 de abril de 2012).

“Esta corporación ha sido clara y reiterativa en la apreciación de las faltas disciplinarias como ilicitudes de “mera conducta”, de lo cual se desprende que la falta para su estructuración no requiere de un resultado⁸”

Dicho planteamiento parte de la finalidad u objeto del derecho disciplinario, planteado como la:

“función encauzar o dirigir la conducta de sus destinatarios específicos, vinculados por las relaciones especiales de sujeción, dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro de un Estado social y democrático de derecho⁹”

En este sentido, el desvalor de acción, en el proceso ético disciplinario, aparece como elemento fundante del injusto, el cual viene dado por el quebrantamiento de las normas subjetivas de determinación, en sus modalidades de dolo o culpa.¹⁰ De ahí que no se requiera el desvalor de resultado, el cual funciona como condición objetiva de punibilidad, valorado en el juicio de determinación del marco disciplinario.

Ahora bien, para la configuración del ilícito sustancial, debe también concurrir la existencia de dolo o culpa, tal como lo señala GÓMEZ PAVAJEAU:

“El núcleo del injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa. “Desde este prisma hay que considerar al dolo, como elemento subjetivo de desobediencia, elemento central del hecho antijurídico (...)”¹¹”

En este sentido, se debe verificar no sólo la infracción de un deber, sino

⁸ Radicado 2702A-200 (Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria 03 de noviembre de 1994).

⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA ANCIÓN. LECCIONES DE DERECHO DISCIPLINARIO VOLUMEN I. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/LeccionesI.pdf>

¹⁰ Gómez Pavajeau, C. A. (2011). El derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. Revista Derecho Penal y Criminología, 120.

¹¹ Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario . Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

que además exista voluntad y conocimiento de la violación de este deber. Esto, teniendo en cuenta que el dolo en materia disciplinaria ha sido definido como *“el conocimiento del ejercicio irregular del deber funcional, en sus facetas: normativa y fáctica.”*¹²

Considerando que el derecho disciplinario coincide con la infracción pura de un deber, se ha establecido que “como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligado.”¹³

Así las cosas, tal como lo afirma el Dr. GÓMEZ PAVAJEAU:

*“(…) para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra el querer, pues si conozco y realizo la conducta es por que quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA al sentenciar que “quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo.”*¹⁴

Debe destacarse que en disciplinario rige un sistema genérico de incriminación, es decir, el legislador estableció un sistema de *numerus apertus* al momento de establecer las modalidades de las conductas, no precisó cuáles conductas de la Ley de ética médica admitían su realización a título de culpa. Así las cosas, se ha señalado que como regla general, se admite la modalidad de culpa, excepto en aquellos casos en los que la estructura y naturaleza del deber no lo permita.

Existirá imputación por culpa cuando los facticos del deber infringido, se realicen sin el conocimiento de este deber, estando en situación de conocerlos, es decir, hay culpa y no dolo, cuando hay negligencia para informarse de los deberes que le asisten.

¹² Isaza Serrano, C. (2009). Teoría general del derecho disciplinario. Bogotá: Temis, 176.

¹³ Corte Suprema de Justicia, S. P. (1958). Gaceta Judicial t. LXXXIX., (pág. 169 y 561). Bogotá.

¹⁴ Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario . Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

El referente de construcción de la culpa es el deber y no el resultado.¹⁵

Así las cosas, tal como lo afirman FLOR ALBA TORRES, CÉSAR AUGUSTO AMAYA y MANUEL DAGOBERTO CARO, el simple desconocimiento de los deberes, constituye culpa, censurándose la ocurrencia de un hecho evitable.¹⁶

Finalmente, en este juicio de estructuración del ilícito sustancial, se debe advertir la concurrencia de causales de justificación, como causales de “no atribuibilidad” de la conducta, es decir, la legítima defensa y el estado de necesidad. Si bien la Ley 23 de 1981 no regula expresamente estas causales, se ha entendido que dicha ausencia no hace inaplicables las previstas en el derecho penal, por remisión normativa, respetando la estructura dogmática propia del derecho disciplinario. Si bien no se definirán los elementos de éstas, se advierte que en el caso de presentarse una causal de justificación, se excluye el ilícito disciplinario.

C. CULPABILIDAD

Una vez determinada la tipicidad y la ilicitud sustancial, es necesario analizar la culpabilidad, como juicio de exigibilidad o de reproche por la infracción de sus deberes funcionales, examinando si el investigado debe o no responder por su comportamiento, por no haber actuado conforme a la norma que determina el deber funcional.

En este tercer juicio se imputa al profesional de la medicina la realización del ilícito disciplinario, es decir, la infracción del deber, considerando las condiciones de orden personal y social, así como la verificación de las posibilidades de adecuar su comportamiento a los requerimientos de los deberes.¹⁷

Así las cosas, para ello se verificarán tres presupuestos:

¹⁵ Ibídem. Pág 562.

¹⁶ Procuraduría General de la Nacional. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Lecciones1.pdf>

¹⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General, tercera edición, Bogotá, Ed. Temis, 1997, págs. 547 y 548.

- Imputabilidad: Debe considerarse que la inimputabilidad del investigado es una causal de exclusión de responsabilidad, por lo que es necesario advertir que el profesional de la medicina esté en capacidad de aprender el deber y actuar conforme al mismo. Así las cosas, no es posible imponer una sanción ético disciplinaria, a quien actuó en estado de inimputabilidad por inmadurez psicológica o por presentar un trastorno mental.

- Conciencia de la ilicitud de la conducta: Aunque en este punto debe examinarse la conciencia de ilicitud, es decir, de la prohibición de la conducta médica enjuiciada, teniendo en cuenta que en el derecho disciplinario no se establecen prohibiciones sino deberes susceptibles de ser quebrantados, para que surja este reproche basta que la persona, al momento de la infracción del deber, esté en capacidad de actualizar el conocimiento de que procedía contrariamente a derecho. Todo profesional de la medicina *“tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma.”*¹⁸ *Así las cosas, lo que se rechaza en este juicio, en principio, es que el profesional no realice esfuerzos encaminados para salir de la deficiencia.*¹⁹

- Exigibilidad de otra conducta: En principio la exigibilidad está dada, como ya se advirtió, por las condiciones personales, sociales y de modo, evaluando, si en el caso concreto, el investigado tenía la posibilidad de adoptar una conducta distinta (la exigida), o si por el contrario, justamente, no era posible realizar ese otro comportamiento deseable. No obstante, en el derecho disciplinario este juicio trasciende por fundamentarse en la voluntaria aceptación de las cargas que le impone el desempeño de la función encomendada, en este caso, el ejercicio de la medicina, de allí que sea mayor la exigibilidad. Dicha asunción de cargas y su consecuente mayor exigibilidad, se perfecciona con el juramento médico.

Con todo, lo hasta aquí planteado, conviene anotar que en este juicio puede configurarse eximentes de responsabilidad, pues si bien la Ley 23 de 1981 no regula expresamente las causales, la doctrina ha coincidido en afirmar que *“la ética del deber no implica necesariamente un rigorismo heroico”*²⁰

¹⁸ Corte Constitucional (2002) Sentencia C 948 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario . Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

²⁰ BILBENY citado en: Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

de allí que proceden las establecidas para el derecho penal, contempladas el artículo 32 del Código Penal, siendo las más relevantes para la responsabilidad ético médica:

- Caso fortuito y fuerza mayor.
- Insuperable coacción ajena.
- Miedo insuperable.

Derivado de lo anterior, se entiende que el juicio de culpabilidad implica reprochar aquellas conductas, que constituyen un injusto disciplinario, cuando se tenga capacidad de determinación, conocimiento de la antijuricidad de su conducta y el deber jurídico de haber actuado en forma distinta, lo que supone además, que no concurra una causal de ausencia de responsabilidad.

2. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN ÉTICO DISCIPLINARIA

Una vez verificado el injusto disciplinario, es necesario establecer el marco disciplinario genérico y posteriormente individualizar la sanción en sentido estricto, mediante el juicio de proporcionalidad.

A. MARCO DISCIPLINARIO GENÉRICO

Este juicio se circunscribe en la fase de determinación legislativa de la sanción. En responsabilidad ético disciplinaria del médico, el legislador, en el artículo 83 de la Ley 23 de 1981, dispuso que frente a las faltas a la ética médica, procedían 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”.*

Sin embargo, la ley no ha vinculado las sanciones contenidas en su artículo 83, con las normas consagradas en el Título primero de la misma, así como tampoco ha establecido una clasificación de las faltas, como lo ha hecho en

otros ámbitos del derecho disciplinario, de allí que corresponda al fallador de primera instancia determinar en cada caso concreto, según las particularidades del mismo, la sanción a imponer, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Constitución de 1991 y el Código de Procedimiento Penal.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han reconocido que en materia disciplinaria, el legislador dispuso un sistema amplio y genérico de incriminación, denominado “numerus apertus”, el cual supone que el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables, de ahí que le corresponda incluso determinar el grado de gravedad de la conducta reprochada. Así lo ha ratificado la Corte Constitucional:

“Por consiguiente, el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad (...)”²¹

Así las cosas, corresponde al fallador realizar una valoración con el fin de identificar cuáles sanciones pueden considerarse como leves, moderadas y/o graves, así como la gravedad de conductas infractoras de deberes médicos en abstracto.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, determinadas conductas fueron consagradas como graves por el legislador en la Ley 23 de 1981, entre estas:

“ARTICULO 49. Constituye falta grave contra la ética, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales a que haya lugar, la presentación de documentos alterados o el empleo de recursos irregulares para el registro del título o para la inscripción del médico”.

“ARTICULO 52. Sin perjuicio de las acciones legales pertinentes, incurre en falta grave contra la ética el médico a quien se comprobare haber expedido un certificado falso”

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1102 de 2005. M.P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Así las cosas, si bien el fallador tiene la facultad de determinar el grado de gravedad de las sanciones y conductas, tratándose de la presentación de documentos alterados y de la expedición de certificados falsos, deberá considerarlas necesariamente como faltas graves.

Por otra parte, una vez realizada dicha distinción, debe verificarse la concurrencia de condiciones objetivas de punibilidad, como elementos de los que depende la necesidad o no de sancionar, así como la aplicación de una sanción más grave.

Al respecto la jurisprudencia ha incorporado un elemento a valorar para la determinación de la sanción, como condición objetiva de punibilidad: el resultado material de la conducta médica.

“Suárez Sánchez ha dicho, apoyado en la finalidad de evitar la infracción de deber que tiene el derecho disciplinario, por lo que el contenido de su injusto es ético, que “el resultado no es determinante en el desvalor de la acción constitutiva de falta disciplinaria, sino en la calificación de la gravedad o levedad de la misma y, por lo tanto, en últimas, como condición de la cuantificación de la sanción a imponer.”²²”

De acuerdo con lo anterior, si bien el resultado de la conducta médica, en materia ético disciplinaria, no incide en la configuración de la infracción, es decir, en la estructuración del injusto disciplinario, sí permite modular la sanción, incidiendo en la calificación de la gravedad de la conducta enjuiciada.

Así mismo, como condición objetiva de punibilidad el Decreto 780 de 2016, el cual compiló el Decreto 3380 de 1981, estableció como parámetro para la graduación de la sanción, la reincidencia del profesional en la comisión de la falta, durante un período no mayor de un (1) año.

“Artículo 2.7.2.2.1.2.24 (modifica el artículo 55 del Decreto 3380 de 1981) 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”.

²² Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario . Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 479.

Estos dos supuestos gradúan la sanción en el sentido de que la reincidencia conlleva necesariamente la necesidad de la sanción más gravosa, y la materialización de un resultado o no, hará variar el grado de la misma.

Así las cosas, en este juicio debe en primer lugar, discriminarse las sanciones establecidas por el legislador, con el fin de realizar una valoración a priori de la levedad y gravedad de cada una ellas. Una vez identificadas y clasificadas las sanciones, procede la evaluación de la gravedad de la conducta enjuiciada, en un primer lugar, en abstracto, es decir, sin considerar el caso concreto, y en un segundo momento, evaluando si concurren condiciones objetivas de punibilidad, es decir, un resultado material derivado de la conducta o reincidencia del investigado, con la finalidad de la determinación cuantitativa y cualitativa del marco punitivo concreto; de acuerdo con los factores que lo precisan.

B. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN- proporcionalidad en concreto

Una vez realizados los juicios anteriormente mencionados, corresponde al fallador resolver qué sanción adoptar en el caso concreto, suministrando razones para justificar la limitación de derechos fundamentales al investigado, mediante la utilización del test de proporcionalidad.

Si bien el legislador estableció un sistema abierto en materia sancionatoria, la determinación del fallador no obedece a su arbitrio, y por el contrario se rige por las reglas establecidas para la imposición de la sanción disciplinaria, es decir, a los criterios de legitimidad, idoneidad y necesidad. Ha indicado la doctrina:

“Comoquiera “que este enorme esquematismo implica un fuerte apoderamiento de facultades a los operadores jurídicos, cuyo margen de actuación se amplía”, se requiere aquí, como en ningún otro tema, el manejo riguroso del principio de proporcionalidad.²³”

Son precisamente estos criterios los utilizados para la dosificación de la sanción, una vez verificados los presupuestos ya expuestos, pues como se ha venido mencionando, en materia ético disciplinaria el legislador facultó a la autoridad disciplinaria para concretar la gravedad o levedad

²³ *Ibíd.*, 698

de la conducta y su correspondiente sanción, estableciendo un sistema de *numerus apertus*. No existe una norma que determine la gravedad de las conductas, ni que las correlacione con una sanción concreta, siendo necesario recurrir a los límites constitucionales y principios rectores del derecho sancionatorio.

En este sentido, debe considerarse que la decisión de imponer una sanción siempre será un caso difícil, es decir, siempre existirá limitación de los derechos fundamentales. De acuerdo con lo anterior, es necesario resolver el conflicto entre las razones en contra, suministradas por los derechos fundamentales que se ven afectados por la aplicación de la sanción, y las razones a favor de dicha intervención, representadas en los fines legítimos que con ella se pretende alcanzar.²⁴

Como presupuestos para la realización de este juicio, el fallador debe considerar no sólo los derechos que intervienen en la decisión de imponer una sanción, sino también los fines de la misma, es decir, la legitimidad de la intervención ético disciplinaria.

Con relación a este punto ha de tenerse en cuenta que el derecho ético disciplinario médico tiene como finalidad el logro de la disciplina en el ejercicio de la medicina dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, así como reprimir las transgresiones y los deberes impuestos. Así las cosas, el fin de la sanción disciplinaria se mueve dentro de la función preventiva general, con destinatarios específicos de la norma.

En este sentido la intervención ético disciplinaria vendrá precedida de fines constitucionalmente legítimos, como razones a favor para la imposición de la sanción. No obstante, aún es necesario examinar la proporcionalidad de ésta para la consecución de los fines pretendidos, teniendo en cuenta que también existen razones en contra para la imposición de la misma. Para este juicio de proporcionalidad, se precisa la evaluación de tres subjuicios:

- i) idoneidad
- ii) necesidad
- iii) proporcionalidad en sentido estricto

²⁴ Arias Holguín, D. P (2013). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad . Barranquilla: Revista de Derecho. Estudios en Derecho y Ciencia Política de Iberoamérica y el Caribe.

i) Idoneidad

Este primer subprincipio de la proporcionalidad, pretende verificar que la sanción ético disciplinaria constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir al logro de los fines que con ella se persiguen. Así las cosas, será inidónea una medida administrativa, cuando dificulte la consecución del fin o cuando resulte indiferente para la realización del mismo, es decir, cuando la sanción sea ineficaz.²⁵

Aquí se precisa que (i) exista un objetivo (fin) legítimo que se persiga con la sanción ético disciplinaria, y (ii) que exista una relación fáctica entre la medida (sanción) y el fin que se propone, es decir, se debe verificar que se contribuya de alguna manera con el logro de la disciplina en el ejercicio de la medicina dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumple.

ii) Necesidad

Para este segundo subjuicio, se debe buscar, una vez identificadas las medidas más idóneas, aquella que sea la más benigna con el derecho intervenido, sin que ello implique que no contribuya a alcanzar el objetivo propuesto. Es decir, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.²⁶

Así las cosas, se debe hacer una comparación entre los medios elegidos en el primer subjuicio como los más adecuados, para optar por aquel que menos afecte los derechos fundamentales del investigado.

Debe destacarse que ello no implica que se deba elegir la sanción más leve en todos los casos, sino que, dependiendo de la gravedad del injusto, se debe elegir la más adecuada para cumplir con los fines de la misma, y posteriormente verificar que no exista otra sanción más leve que revista la misma medida de idoneidad.

²⁵ Ibídem.

²⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia y ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Consejo Superior de la Judicatura, 2010.

iii) Proporcionalidad en sentido estricto

En este juicio se examina el grado de afectación/satisfacción de los derechos, es decir, qué ventajas se obtienen con la sanción y qué afectaciones implica. Se trata entonces de una comparación entre los derechos afectados con la conducta infractora de la ética médica y los eventualmente intervenidos con la correspondiente sanción. Debe existir proporcionalidad entre estos dos pesos o intensidades de afectación.

Según la ley de la ponderación *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*

Así las cosas debe:

- i. Definirse del grado de la afectación de los derechos del investigado.
- ii. Definirse la importancia de la satisfacción de los derechos o fines que pretende la sanción ético disciplinaria.
- iii. Definirse si la importancia de la satisfacción de los fines de la sanción, justifica la afectación de los derechos del investigado.

Una vez evaluados estos criterios, el fallador deberá optar por una sanción que corresponda a la gravedad de la conducta médica enjuiciada, que resulte idónea, necesaria y proporcionada, es decir que, aunque afecte derechos fundamentales del investigado, implique un adecuado cumplimiento del fin de la misma.

CONCLUSIÓN

Aunque el legislador impuso un sistema de *numerus apertus* en relación con la sanción ético disciplinaria, la imposición de ésta no debe obedecer al arbitrio del fallador, por el contrario, teniendo en cuenta sus consecuencias y el impacto en la sociedad -como medio de control predecesor del derecho penal-, debe ser el resultado de la exigencia de una serie de reglas establecidas por la estructura misma del derecho disciplinario, principios constitucionales y postulados filosóficos comunes a las diferentes subespecies del derecho sancionador.

Ello implica elaborar un juicio consciente, razonado y proporcionado de la adecuación de la conducta infractora de los deberes e imposición de la sanción. Es importante el fortalecimiento de la ética médica, sin embargo este cometido sólo es posible si las decisiones adoptadas por los Tribunales se encuentran constitucionalmente legitimadas y razonadas.

Bibliografía

Arias Holguín, D. P (2013). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Barranquilla: Revista de Derecho. Estudios en Derecho y Ciencia Política de Iberoamérica y el Caribe.

Sentencia C-404 (Corte Constitucional 19 de abril de 2001).

Corte Suprema de Justicia, S. P. (1958). Gaceta Judicial t. LXXXIX., (pág. 169 y 561). Bogotá.

Gómez Pavajeau, C. (2017). Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, C. A. (2011). El derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. Revista Derecho Penal y Criminología, 115-154.

Isaza Serrano, C. (2009). Teoría general del derecho disciplinario. Bogotá: Temis.

Lopera Mesa, G. P. y Arias Holguín, D. P. (2010). Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Consejo Superior de la Judicatura.

Radicado 2702A-200 (Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria 03 de noviembre de 1994).

Sentencia T 282 (Corte Constitucional 12 de abril de 2012).

EL QUEJOSO EN EL PROCESO ÉTICO – MÉDICO

Arturo Ivan Eraso Barco

Abogado – Secretario

Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo

Al analizar la estructura del Proceso Disciplinario Ético – Médico, contemplado en la Ley 23 de 1.981 “Código de Ética Médica” y Decreto 3380 del mismo año, hacemos referencia en principio, a quienes ostentan la calidad de Sujetos Procesales, en tal sentido, la doctrina del H. Tribunal Nacional de Ética – Médica, ha sido reiterativo en afirmar, que corresponden a esta condición:

- El Investigado
- La defensa
- Tribunal a través de sus Magistrados en representación del Estado

Bajo esta perspectiva, es necesario observar que papel juega el quejoso dentro de este proceso, cuáles son los alcances de su participación y qué derechos y atribuciones tiene. Para definir este papel, debemos acudir al contenido del artículo 74 de la Ley 23 de 1981, en donde se expresa como es instaurado el proceso ético – disciplinario, donde nos ilustra que existen tres maneras de desplegar la potestad disciplinaria de los tribunales:

- De Oficio
- Por solicitud de una entidad pública o privada
- O de cualquier persona.

La facultad oficiosa, es exclusiva de los magistrados que por cualquier medio tengan conocimiento de una violación a las normas del código, así mismo, las entidades o instituciones pueden elevar sus quejas por inobservancia de dichas normas. Se amplía la legitimación de manera ilimitada al expresar el mencionado artículo que cualquier persona puede acudir a los tribunales con el mismo propósito.

De lo anterior, se coligue que no existe restricción para adquirir la condición de quejoso y acudir a nuestra jurisdicción.

Para continuar con nuestro estudio, es imprescindible, definir respecto a otras jurisdicciones, cuál es su naturaleza y quienes se consideran sujetos procesales.

NATURALEZA DEL PROCESO PENAL: Tiene como finalidad la protección de los bienes jurídicos en cabeza del Estado, con ocasión de una conducta punible (delito)

SUJETOS PROCESALES:

- EL IMPUTADO - ACUSADO – CONDENADO
- EL DEFENSOR
- EL JUEZ - LA FISCALÍA
- LA PARTE CIVIL
- EL MINISTERIO PÚBLICO
- LA VÍCTIMA

NATURALEZA DEL PROCESO DISCIPLINARIO

El Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos y particulares en cumplimiento de función pública permanente o transitoria, con miras a asegurar el buen funcionamiento del propio Estado. Lo anterior contemplado el Código Disciplinario Único Ley 734 de 2.002.

SUJETOS PROCESALES

- EL INVESTIGADO
- LA DEFENSA
- EL ESTADO – MINISTERIO PÚBLICO

Por su parte y con la misma finalidad y naturaleza se expide la Ley 1952 de 2.019, **CODIGO GENERAL DISCIPLINARIO**
SUJETOS PROCESALES

INVESTIGADO

EL DEFENSOR

EL MINISTERIO PÚBLICO

VICTIMAS – VIOLACION DRECHOS HUMANOS – D I H – ACOSO
LABORAL

En este ordenamiento ya se contempla el tema de las víctimas, las que son relacionadas con la comisión de faltas disciplinarias que igualmente correspondan a tipos penales de lesa humanidad y se adiciona el tema del acoso laboral.

NATURALEZA ESTATUTO DEL ABOGADO LEY 1123 DE 2.007:

Establecer la defensa de la profesión y los intereses de quienes son sus representados.

SUJETOS PROCESALES: (INTERVINIENTES):

- INVESTIGADO
- DEFENSOR – SUPLENTE
- CONSEJO DE LA JUDICATURA
- MINISTERIO PÚBLICO

NATURALEZA DEL PROCESO ÉTICO – MEDICO

Proteger el responsable, correcto y honesto ejercicio de la medicina a la vez que garantizar a la sociedad en general el cumplimiento de los principios sobre los cuales descansa una adecuada relación médico – paciente.

SUJETOS PROCESALES

- EL INVESTIGADO
- EL DEFENSOR
- EL ESTADO – TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA

Ahora bien, nos preguntamos, si por la remisión expresa del artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, la misma que expresa:

“En lo no contemplado en la presente ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal”, (Ley 906 de 2.014), podemos

tomar por analogía la condición de QUEJOSO con el concepto de VÍCTIMA que nos trae el código y otras disposiciones vigentes.

En primer lugar, demos un repaso por la consideración de víctimas en las siguientes normas:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL: Ley 906 de 2.014.

VÍCTIMA: Es el sujeto pasivo del delito; en general, son las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derecho que individual o colectivamente han sufrido algún daño o consecuencia de un hecho delictual.

Esta disposición permite a la víctima participar en el proceso penal, siguiendo, en todo caso, las normas dispuestas para ello, ya que la considera como sujeto procesal.

LEY 1448 DE 2011 – DE VÍCTIMAS

VÍCTIMAS: Personas que individual o colectivamente hayan sufrido daño por hechos, como consecuencias de violaciones al DIH o norma internacionales de Derechos Humanos originado en el conflicto armado, como agentes del Estado, víctimas de las guerrillas, y grupos paramilitares, vinculados a los procesos de justicia y paz, tendientes a buscar la verdad y reparación. (1º de enero de 1.985)

ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2.017

VÍCTIMAS: Personas que fueron directa o indirectamente afectadas por el daño causado por la ocurrencia del conflicto armado entre el Estado y las FARC.

Tiene como fundamento procurar para las víctimas la verdad, la justicia, reparación y no repetición, dentro del marco del acuerdo.

Así las cosas, no es posible establecer dentro de términos de comparación una similitud entre la figura del QUEJOSO en materia ético – disciplinaria y la VÍCTIMA, en la connotación penal.

Por tanto, desde este punto de vista, no es jurídicamente procedente otorgar las mismas condiciones, garantías y derechos de participación al quejoso

dentro del proceso ético – disciplinario, como si se tratase de la condición de víctima contemplada en las normas de naturaleza penal.

Para finalizar, debemos concluir que el quejoso no siendo sujeto procesal, no le asiste en la jurisdicción que dichos escritos denominados recursos, sean considerados y resueltos. De esta manera se ratifica la posición de la jurisdicción, en el sentido de que dichos recursos pueden ser presentados y se les debe dar trámite correspondiente cuando provengan al investigado dentro de los términos de la norma disciplinaria.

Anteriormente se concedían los recursos a solicitud del quejoso, cuando la providencia tenía el carácter de inhibitorio, recordemos que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que un fallo con esas características es una denegación de justicia, por tanto solo por excepción se puede recurrir a esta figura en los procesos sancionatorios.

El Código General Disciplinario Ley 1952 de 2019, contempla la posibilidad de emitir providencias inhibitorias con fundamento en razones taxativamente señaladas.

Es de tener en cuenta, que a través de la acción constitucional de tutela se ha ordenado en varias ocasiones que los Tribunales tramiten los recursos presentados por quejosos en torno a fallos contrarios a su conveniencia, orden que ha sido acatada, mas sin embargo se han negado por las circunstancias anteriormente explicadas.

No hay que pasar por alto, el hecho de que de acuerdo a la experiencia en muchas ocasiones, el quejoso busca una decisión que favorezca sus intereses en torno a elevar o a impetrar otro tipo de demandas que buscan resarcimiento económico por los posibles daños causados.

CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE LA QUEJA: DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA VS EFICIENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA.

Juan Felipe Álvarez Arboleda¹

Abogado. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Esta ponencia parte del reconocimiento de una problemática cierta, y es que en varios Tribunales del país el número de procesos que se adelantan han desbordado la capacidad de trabajo de los mismos. De ahí entonces que esta ponencia no ha debido llamarse criterios de admisibilidad de la queja sino antes bien, discusión acerca de los criterios de admisibilidad de la queja, porque de lo que se trata es de evaluar si es posible que con criterios racionales y desde luego constitucionales se pueda hacer frente a esta problemática que les menciono.

Partamos por lo más obvio, y es que como todos sabemos, los constituyentes de 1991 tuvieron claro que una de las causas de la violencia en Colombia era, o aún hoy lo es, la incapacidad del Estado para solucionar de forma pronta, justa y eficaz los conflictos ciudadanos. Y es que ya en 1991 la demanda de justicia superaba con creces la oferta institucional. De ahí entonces que el texto constitucional actual garantice en su artículo 229 que toda persona tiene acceso a la administración de justicia, pero no se trata solo de consagrar este acceso, sino que la prestación de este deber del Estado debe realizarse bajo estrictos mandatos constitucionales como lo son, entre otros, la autonomía, la independencia, la legalidad, así como la eficacia y la celeridad, sobre estos últimos dispone nuestra Ley Estatutaria de Administración de justicia que:

Artículo 4: La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su

¹ Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental complejo por cuanto si bien es un derecho en sí mismo es también la puerta de acceso a la satisfacción de los demás derechos, en otras palabras, el garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia es un requisito previo sin el cual no es posible salvaguardar los demás derechos ciudadanos.

En este sentido entonces este derecho supone la existencia en el ordenamiento jurídico de diversos mecanismos judiciales – acciones y recursos– para la efectiva resolución de los conflictos, en segundo lugar requiere que el ciudadano tenga la posibilidad de accionar la jurisdicción, lo que en otras palabras quiere decir que todo ciudadano pueda ser parte de un proceso y se pueda valer de este para plantear sus pretensiones, en tercer lugar supone también que el proceso concluya con una decisión de fondo sobre las pretensiones que han sido planteadas, y que además dicha decisión se produzca dentro de un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas y con la observancia de las garantías propias del debido proceso.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha explicado que a pesar de la importancia de este derecho, el mismo no es absoluto, en sentencia C-652 de 1997 señaló:

En efecto, el derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, “este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie”. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia.

Que el derecho de acceso a la administración de justicia no sea absoluto explica por qué pretender la tutela judicial en el campo civil, laboral o

administrativo está condicionado primero a la contratación de un abogado que represente los intereses del ciudadano, y segundo, al cumplimiento de una serie de formalidades contenidas en lo que todos conocemos como demanda, y que está sujeta al estudio preliminar del juez para verificar el lleno de dichos requisitos y proferir así un auto admisorio, o en su defecto rechazar tal pretensión de acceso a la administración de justicia.

De igual forma sucede en el campo del derecho penal donde la Fiscalía General de la Nación tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, la cual está sujeta entre muchos otros requisitos a la existencia de un mínimo de elementos materiales probatorios que permitan inferir que un ciudadano ha sido autor o participe en una conducta punible.

En este punto es necesario poner de presente que existen diversos argumentos para optar por un acceso a la administración de justicia más alcanzable al ciudadano, puesto que es una realidad que un gran número de personas no tienen garantizado el acceso al sistema de justicia cuando uno de los requisitos sine qua non para el mismo es poder pagar un abogado. Sin embargo también existen argumentos de peso para considerar que dicho acceso debe hacerse más exigente, o por lo menos, que deben crearse otros canales de atención a los conflictos ciudadanos que hagan más remota la necesidad de acceder a la jurisdicción.

Sea de ello lo que fuere lo cierto es que la realidad del país en materia de administración de justicia es catastrófica. No hace falta más que consultar el Índice de Acceso Efectivo a la Justicia, presentado por el Ministerio de Justicia en 2017 para darse cuenta que estamos en presencia de un sistema judicial absolutamente congestionado, en el que los jueces no dan abasto en su quehacer diario, principalmente porque la demanda de justicia desborda sustancialmente a la oferta institucional disponible.

La consecuencia de esto es un sistema judicial lento, ineficaz e inoperante, que ha llegado al punto en que se interponen acciones de tutela en contra de los diferentes juzgados del país con el fin de que sean los mismos jueces, vía esta acción de amparo constitucional, quienes le ordenen a sus compañeros dar trámite a uno de los cientos de procesos que reposan en su despacho.

Esta situación ha sido abordada por la Corte Constitucional bajo la noción de mora judicial, entendida como *“un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia²”, y que se presenta como “resultado de acumulaciones procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos³”*.

Ahora bien, este Alto Tribunal es consciente de que el déficit en la administración de justicia, y la mora judicial como consecuencia, obedecen a un problema estructural que no puede ser imputado a los jueces del país de forma automática, por lo que ha establecido que la mora judicial solo es violatoria del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando:

“(i) el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente; (ii) [desborde el] concepto de plazo razonable que involucra [un] análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento; [y finalmente;] (iii) la falta de motivo o justificación razonable en la demora.⁴”

Bajo los anteriores términos la Corte Constitucional⁵ en diferentes providencias ha tutelado el derecho a la administración de justicia, cuando incluso altos tribunales, como la Corte Suprema no han ofrecido una justificación razonable para decidir un caso sometido a su conocimiento.

Este oscuro panorama sobre la justicia ordinaria puede servir de advertencia para el ámbito médico disciplinario, puesto que si bien no conozco las estadísticas en cuanto al número de procesos que se adelantan en los diferentes tribunales del país, no creo que sea aventurado afirmar que en algunos casos, como sucede en el Tribunal de Ética Médica de Antioquia se está en una lucha constante contra el término de prescripción en razón del alto volumen de procesos que se tramitan actualmente.

² Corte Constitucional, Sentencia T-945 A de 1998.

³ Ibídem.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-297 de 2006.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-186/17 y Sentencia T-052/18

Esta situación con total seguridad irá agravándose con el transcurso del tiempo, puesto que cada vez son más las quejas que llegan a los diferentes Tribunales por parte de la ciudadanía en general.

Sumado a lo anterior se tiene que cada vez es más frecuente que los Hospitales o Clínicas en general, Personerías, Procuradurías, Veedurías y demás instituciones tanto públicas como privadas remitan a los Tribunales de Ética Médica cualquier asunto en el que se vea involucrado un profesional de la medicina, este escenario eventualmente llevará al colapso de los diferentes Tribunales.

Por ahora debemos agradecer que no se nos evalúe con los criterios de rendimiento o parámetros de eficacia con los que operan algunas otras instituciones del Estado. Sin embargo no es un escenario poco probable que en algún momento nuestro rendimiento sea calificado en razón del número de archivos, de preclusiones o de sanciones que se impongan anualmente. Y es que finalmente los Tribunales de Ética Médica no podrán sustraerse a esa triste lógica eficientista que gobierna hoy por hoy la rama judicial, la Fiscalía General de la Nación, y muchas otras instituciones públicas.

Por lo anterior creo que es útil proponer para nuestra área de ejercicio una discusión que ha tenido lugar en otros ámbitos del derecho como es la priorización de casos como estrategia de maximización de aprovechamiento de los recursos humanos, físicos, tecnológicos y económicos, con los que cuentan los Tribunales de Ética Médica del país.

Para ello traeré sucintamente el ejemplo de la Fiscalía General de la Nación. Como introducción hay que decir que el sistema penal colombiano ha sido un lastre histórico para el ordenamiento judicial colombiano es, en síntesis, la muestra más clara de ineficacia institucional.

Como reacción a este fenómeno la Constitución Política fue reformada por el acto legislativo 03 de 2002, mediante el cual se introduce el sistema penal acusatorio al régimen penal colombiano, y que dio lugar al actual Código de Procedimiento Penal colombiano o Ley 906 de 2004.

Con el cambio a la oralidad, y la introducción de figuras como la sentencia anticipada, los preacuerdos y negociaciones se pretendió descongestionar el sistema penal, y lograr que un gran porcentaje de los procesos penales adelantados se solucionaran a través de una estas vías.

Diez años después es un hecho notorio que el sistema penal sigue altamente congestionado, y las reformas que se le han hecho no han tenido los efectos esperados. En este contexto entonces es que el Fiscal General de la Nación en el año 2012 expidió las Directrices 001 y 002 de 2012, por medio de las cuales *“se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación.”*

La finalidad de estas directrices no es otra que la de crear una serie de criterios que permitan establecer de forma racional, estricta y acorde con los criterios constitucionales, una prelación entre las innumerables investigaciones que adelanta la Fiscalía General en todo el país. De acuerdo con lo estipulado en estas directrices la Fiscalía entiende por priorización:

“(...) una política orientada al diseño e implementación de una técnica de gestión estratégica de la carga de trabajo y del flujo de casos que son puestos en conocimiento de la Fiscalía, para el manejo analítico de la investigación, y del ejercicio de la acción penal y de la acción de extinción de dominio.”

Priorizar es entonces una “técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.” De lo que se trata entonces es de maximizar el aprovechamiento de los recursos con los que cuenta la Fiscalía General, llámense recursos económicos, humanos o tecnológicos.

La existencia de esta política de priorización ha generado un interesante debate entorno a sí la misma supone un incumplimiento de la función pública encomendada a la Fiscalía General de la Nación, el cual ha sido zanjado por la Corte Constitucional en diferentes sentencias, y respecto de lo cual creo que es interesante reseñar lo siguiente.

En primer lugar, la concreción del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, le impone al Estado en general el deber de adoptar instrumentos de política pública que permitan acordar un trato diferente entre demandas ciudadanas de justicia. Lo anterior por cuanto, en el caso de los delitos investigados por la Fiscalía,

pero lo mismo podría valer para los procesos que tramitamos en el ámbito disciplinario, revisten la misma gravedad o relevancia frente al ordenamiento jurídico y por lo tanto idealmente han de recibir el mismo trato al encontrarse todos en la misma posición.

De acuerdo con las Circulares citadas, y el debate constitucional entorno a las mismas, es tiene que en materia de protección judicial de los derechos de los ciudadanos, la Constitución no exige, de manera alguna, que todos los delitos tengan que ser investigados al mismo tiempo ni con la misma intensidad. En otras palabras la Carta Política no demanda que el deber de protección que recae sobre las autoridades públicas deba ser cumplido de una forma específica; por el contrario, lo importante es que el modelo seleccionado resulte ser apto para la consecución del fin.

Como ha sustentado la Fiscalía desde este punto de vista entonces el establecimiento de unos criterios racionales y democráticos de priorización para la atención de casos, antes que vulnerar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, configura un medio justificado e idóneo para garantizarlo. Por el contrario, continuar brindando la misma atención a peticiones de justicia diferentes constituye una vulneración del derecho a la igualdad.

Continuar con el sistema tradicional de estudio y análisis de casos impide tomar en cuenta que todas las víctimas y victimarios son diferentes, así como lo son también los delitos o las faltas cometidas. Por lo que este sistema al dar igual trámite y relevancia a supuestos de hechos que son esencialmente diferentes termina por ser un sistema discriminatorio.

En este orden de ideas, la adopción de unos criterios de priorización, antes que desconocer el núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, constituyen un instrumento idóneo para su realización en condiciones de igualdad. En efecto una administración de justicia diferenciada, que se encuentre justificada en criterios razonables, como las condiciones de las partes, la gravedad de los hechos, la riqueza probatoria del caso, los patrones de comisión de los mismos, entre otros, conduce antes que a desconocer este derecho a garantizar el mismo.

Algunos ejemplos de criterios de priorización sobre los que podríamos trabajar son:

Subjetivos: Calidades particulares del paciente o quejoso, como la edad, su condición étnica, económica, social, entre otras. Calidades particulares del médico, como su jerarquía social, su rango laboral, etc.

Objetivos: Parte de analizar la infracción cometida, la afectación al paciente o a la comunidad en general, la forma de comisión de la falta, su intencionalidad, su grado de negligencia, entre otras.

Complementarios: Como el sitio en el que tiene lugar la falta, la riqueza probatoria, la viabilidad del caso, el examen de este por otra entidad del Estado, su riqueza teórica, etc.

Si se aceptan algunos de estos criterios de priorización los Tribunales de Ética Médica podrían dejar de ocuparse en cierta medida de:

- Rencillas de carácter personales de los pacientes frente a los médicos.
- Problemas de carácter laboral que escalan al ámbito disciplinario, como lo son las quejas por incapacidades laborales, por calificación de pérdida de capacidad laboral, por incumplimiento de la jornada laboral y demás.
- Quejas de orden administrativo como retardo en la prestación del servicio, no disponibilidad de recursos o instrumentos para la prestación del servicio.

Por el contrario podrían priorizarse quejas o investigaciones que exigen una mayor celo en su trámite y juzgamiento como lo serían:

- Los casos por posible vulneración a la libertad sexual de pacientes por parte de algunos médicos.
- Los conocidos casos del ejercicio ilegal de la cirugía plástica, y en general los falsos especialistas.
- Los casos de ginecología y obstetricia que son tan complejos y que desafortunadamente se presentan con tanta frecuencia.
- Los problemas relacionados con la atención en el servicio de urgencias, donde en ocasiones se mueren pacientes sin que se les preste la debida atención.

Y en general todos aquellos casos que aquí conocemos son de suma importancia, y a los que en ocasiones no les podemos prestar la mayor atención.

EL ROL DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA EN LA INTEGRIDAD CIENTÍFICA

Miguel Ángel Alarcón Nivia

Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Santander

1-INTRODUCCIÓN:

La Real Academia de la Lengua Española define la integridad como lo que ha logrado el nivel óptimo para ser completo, y en una segunda definición, como aquello que es puro, diáfano e intachable. Es a esta segunda acepción a la cual se refiere la integridad científica, la que de entrada quiere descartar cualquier vicio en alguna de sus partes¹. La integridad científica, entendida desde una mirada holística de la investigación y la innovación responsable, es el uso de los conocimientos de la ciencia con verdad, rigor, objetividad, cooperación, honestidad, transparencia, justicia y responsabilidad social, para que los conocimientos obtenidos tengan una aplicación práctica con los mismos atributos con los cuales han sido investigados y puestos al servicio de la sociedad.²

Pero el método científico no es un constructo ya terminado y definido, está apenas en construcción; junto a sus fortalezas hay múltiples fugas permitidas por la legislación, por la deficiente vigilancia, por la astucia de algunos investigadores, o por ignorancia de los investigados o de sus protectores. Esta “*frontera sin fin*”, como alguna vez se calificó al quehacer científico, ha justificado numerosos abusos y la historia los ha documentado con latitud. Se han diseñado regulaciones e instrumentos para ordenar lo que es permisible en aras del conocimiento y para salvaguardar el bien

¹ Juan María Cuevas Silva y col. .Bioética e Integridad Científica, Revista Bioética, Hospital Militar Nueva Granada, 2018, 34 (1). <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rubi/article/view/3213>

² Casado, M., Martínez Martín, M., Neves, M. D. C. P., & i Dret, O. D. B. Declaració sobre ètica i integritat en la docència universitària. Edicions Universitat Barcelona, 2018

común. Como un sistema social complejo, incluye personas, relaciones e intereses. Es posible que no todos sean evidentes de suyo y que la complejidad de las comunicaciones digitales descubra nuevas fuentes de perplejidad y preocupación. Por de pronto, ya la experimentación o el estudio observacional en sujetos humanos plantea dificultades de magnitud. Si a ello se agrega el factor de credibilidad en los frutos y resultados de la investigación científica el panorama se torna complejo. Debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que hay obligaciones morales sobre la compartición del progreso y el acceso a sus beneficios para amplios grupos humanos.³

2-LOS ANTECEDENTES:

a- La vivisección en animales y en humanos

La ciencia elabora sus propios cánones de validez, cánones que van ligados a la época de la historia, al medio cultural y moral, a las limitaciones, a los recursos y conocimiento previos. Esto explica algunos métodos bárbaros de la antigüedad como la vivisección en animales que era completamente lícita en la época de Aristóteles, Erasístrato y Galeno;⁴ quienes las realizaron para poder observar los órganos en movimiento para entender algo de la anatomía y de la fisiología humana, extrapolada desde los animales. Galeno justificaba esta práctica con la frase: *“La disección que se realiza sobre el animal muerto enseña la posición de cada una de las partes, su número, la peculiaridad de su sustancia, así como su tamaño, forma y composición. La que se realiza sobre los animales vivos enseña a veces directamente su acción y otras veces los supuestos para el descubrimiento de su acción. Es evidente que la disección realizada sobre el animal muerto debe preceder a la que se hace sobre el animal vivo.”*⁵ En el siglo XVI **Andrés Vesalio** (1514-1564) realizó demostraciones públicas de anatomía

³ Lolas Stepke Fernando. En torno de la integridad científica: Reflexiones sobre el Cuarto Congreso Mundial de Integridad en la Investigación, op cit.

⁴ Álvarez-Díaz Jorge Alberto. La controversia sobre la vivisección. Acta bioeth.. 2007 Jun; 13(1): 53-60. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2007000100006&lng=es. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X200700010000>

⁵ Duque Parra Jorge Eduardo, Barco Ríos John, Morales Parra Genaro. La Disección In vivo (Vivisección): Una Visión Histórica. Int. J. Morphol. ; 32(1): 101-105. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-95022014000100017&lng=es. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022014000100017>.

con vivisecciones en perros y cerdos.⁶

La vivisección en seres humanos fue realizaba en el siglo IV aC, por Herófilo de Calcedonia y Erasístrato de Ceos, quienes tenían acceso al cuerpo de los delincuentes condenados a muerte a quienes podían realizar cirugías in vivo, antes de ser sacrificados.⁷

b.Las investigaciones crueles o altamente dañinas para la salud pública, antes de la segunda guerra mundial:

Entre 1932-1972 (40 años), la Oficina de Salud Pública de los Estados Unidos (US Public Health Service), realizó el llamado experimento Tuskegee, realizado en la población de raza negra del mismo nombre, ubicada en el Estado de Alabama. El estudio consistió en utilizar placebos a 400 enfermos de sífilis mas 200 controles y seguir su progreso hasta las complicaciones y la muerte, aún después que apareciera la penicilina y se demostrara su eficacia contra el parásito que produce esta enfermedad. El principal director médico del estudio fue el Dr. Eugene Dibble . Como consecuencia de este estudio se produjo el Informe Belmont (1978), que estableció las normas primeras normas de respeto y dignidad para investigar en seres humanos. Los sobrevivientes o los familiares de los fallecidos fueron indemnizados.⁸

Durante 3 años (entre 1946-1948) : la Oficina de Salud Pública de los Estados Unidos (US Public Health Service), realizó un experimento abusivo en Guatemala, donde 1500 personas , incluidos niños, ancianos, embarazadas, etc, fueron inoculados o contagiados contra su voluntad o en secreto con gérmenes de la sífilis y la gonorrea, para observar sus efectos entre los inoculados (mala sangre): Una vez se descubrió esta investigación abusiva contra la población guatemalteca se les ha negado una indemnización.⁹

c-Las investigaciones crueles o altamente dañinas para la salud pública, durante o después de la segunda guerra mundial:

⁶ Álvarez-Díaz, La vivisección, op cit

⁷ Duque Jorge Eduardo, Vivisección, op cit.

⁸ Brandt, Allan M. "Racism and research: The case of the Tuskegee Syphilis study." Hastings Center Report, 1978, 8(6): 21-29.

⁹ Reverby, Susan M. (June 2012). "Ethical Failures and History Lessons: The U.S. Public Health Service Research Studies in Tuskegee and Guatemala". Public Health Reviews. 34 (1). doi:10.1007/bf03391665. ISSN 2107-6952.

Los experimentos en campos de concentración.¹⁰

Tan cruel ha sido la vivisección experimental en animales¹¹ a lo largo de la historia, como la vivisección experimental en seres humanos. La vivisección en humanos no sólo fue cosa del pasado remoto, pues en el siglo XX, en Auschwitz, se realizaron experimentos con inyecciones y rayos X en mujeres judías enfermas de cáncer con el fin de esterilizarlas. En Buchenwald experimentaron con quemaduras de fósforo, hormonas sexuales y edemas provocados por el hambre. En otros campos de concentración nazis, se disparaba balas envenenadas en los muslos a los presos y las víctimas morían a las 2 horas. A otros les inyectaban aire en las venas, petróleo debajo de la piel de ambas piernas y a algunas mujeres se les extrajo los huesos de las piernas. En Buchenwald, el médico del campamento utilizaba en su oficina, como pisapapeles, dos cráneos que procedían de dos judíos transportados de Holanda y que habían sido elegidos por dicho médico por su buena dentadura. El médico les indicó que los requería para unos experimentos y en caso de negarse serían muertos con los demás. A uno de ellos le extrajeron un riñón y al otro el estómago, finalmente les inyectaron bencina en el corazón y después los decapitaron para extraer sus cráneos. Obviamente los nazis negaron haber hecho esto.¹² En Auschwitz se experimentó con gemelos, a uno de los cuales se le administraba una sustancia y al otro no; después se sacrificaban ambos gemelos para evaluar los efectos en el organismo. Estos experimentos con gemelos fueron realizados por el Dr Josef Mengele.¹³

¹⁰ Riquelme U., Horacio La Medicina Bajo El Nazismo: Una Aproximación Historico-Cultural. Segunda parte Medicina UPB, vol. 23, núm. 1, 2004, pp. 25-47 Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, Colombia. Parte I; https://revistas.upb.edu.co/index.php/Medicina/article/view/833/pdf_46_77 Parte II: <http://www.redalyc.org/pdf/1590/159026102003.pdf>, // parte III: : <http://www.redalyc.org/pdf/1590/159026103003.pdf>

¹¹ Álvarez-Díaz Jorge Alberto. LA CONTROVERSIAS SOBRE LA VIVISECCIÓN. Acta bioeth. [Internet]. 2007 Jun [citado 2019 Mayo 18]; 13(1): 53-60. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2007000100006&lng=es. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2007000100006>.

¹² Duque Parra Jorge Eduardo, Barco Ríos John, Morales Parra Genaro. La Disección In vivo (Vivisección): Una Visión Histórica. Int. J. Morphol. [Internet]. 2014 Mar [citado 2019 Mayo 18]; 32(1): 101-105. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-95022014000100017&lng=es. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022014000100017>.

¹³ Greco Dirceu, Welsh James. Derechos humanos, ética y práctica médica. Rev. Bioét. [Internet]. 2016 Dec [cited 2019 May 18]; 24(3): 443-451. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-

Mientras ocurría lo mencionado en los campos de concentración de los alemanes, se realizaban Vivisecciones en prisioneros como parte del plan Maruta (troncos), en Harvin (China) por parte del ejército japonés al mando del médico militar Shiro Ishii, con postgrado en microbiología, durante la invasión de este país a China en la segunda guerra mundial. El comandante japonés también utilizó la infestación masiva de gérmenes patógenos (peste bubónica, viruela, cólera, etc). en las aguas, aire y cultivos, como arma de guerra.¹⁴

d. Los experimentos ocultos:

Los juicios de Nuremberg parecieran haber sido el final de los abusos experimentales contra los seres humanos. Pero gran parte de lo reglamentado quedó como letra muerta para el país garante de la ética de la investigación. A manera de ejemplo, se mencionan tres de los múltiples abusos de los investigadores en nombre de la ciencia. El primero fue la privación de la penicilina para los 400 enfermos de sífilis del Condado de Bacon en la población de raza negra en Alabama, cuando ya se había comprobado su eficacia desde 1943,¹⁵ en la segunda fase del estudio de Tuskegee¹⁶ que se mantuvo hasta 1970.

Esta investigación tenía como objetivos el seguimiento del curso natural de la enfermedad hasta la muerte de los enfermos, y la evaluación de las complicaciones sistémicas de los sobrevivientes engañados con placebos.¹⁷ No valieron los diez compromisos del código de Nuremberg, redactados por el psiquiatra norteamericano Leo Alexander,^{18,19} en agosto de 1947, el primero de los cuales obligaba a los futuros investigadores a evitar la coerción y el engaño, que se debían garantizar mediante un

¹⁴ The World: Revisiting World War II Atrocities; Comparing the Unspeakable to the Unthinkable. New York Times

¹⁵ Cristina Ros-Vivancos, y col. Evolución del tratamiento de la sífilis a lo largo de la historia. Rev Esp Quimioter. 2018 Dec; 31(6): 485–492.

Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6254479/>

¹⁶ Frith J. Syphilis its early history and treatment until penicillin and the debate on its origins. J Mil Veterans Health, 2012; 20: 49-58. Disponible en: <http://jmvh.org/wp-content/uploads/2013/03/Frith.pdf>

¹⁷ Brandt, Allan M. 1978. "Racism and research: The case of the Tuskegee Syphilis study." The Hastings Center Report 8(6): 21-29.

¹⁸ Dr. Leo Alexander, 79; Nuremberg Trial Aide". New York Times. 1985-07-24. p. B5.

¹⁹ Vollmann, Jochen, and Rolf Winau. "Informed consent in human experimentation before the Nuremberg code". BMJ: British Medical Journal 313.7070 (1996): 1445

consentimiento informado.²⁰

Este experimento de Tuskegee fue repetido por el Public Health Service de los E. U. entre los años 1946 y 1948 en Guatemala con miles de niños de orfanatos, con soldados, con indígenas, con prostitutas y enfermos pobres.²¹

El siguiente ejemplo es la inyección de plutonio,²² uranio y polonio en diferentes instituciones de salud de los EU, para enfermos que se hospitalizaban por diferentes razones. Estas personas fueron inyectadas con estas sustancias radiactivas sin su consentimiento, como parte del llamado Proyecto Manhattan, para saber los efectos nocivos para la salud. Ocurrió entre los años 1945 y 1947. Es evidente que el país que representaba la moral y la ética en los juicios de Nuremberg, realizaba investigaciones engañosas y letales en su territorio.

3-LAS AMENAZAS ACTUALES A LA INTEGRIDAD CIENTÍFICA

Un listado sencillo, de los atentados más frecuentes contra la integridad científica en Colombia, nos muestra de manera sobresaliente el fraude, el plagio, la falsificación de datos,²³ y la ausencia de consentimiento informado, entre los más frecuentes. Se está formulando una estrategia de control y fiscalización del cumplimiento de principios éticos con conciencia moral, los cuales debe tener internalizados el investigador, más que un código deontológico, normativo, restrictivo y de control de las acciones y decisiones del investigador.²⁴

²⁰ Patricia Palomo López, Cristina Redondo Mena. Legislación vigente y Ética en Investigación Clínica. Revista Internacional de Ciencias Podológicas 2012, Vol. 6, Núm. 2, 81-93. Disponible en: <file:///C:/Users/MIGUEL%20%C3%81NGEL%20ALARC%C3%93N/Downloads/39317-Texto%20del%20art%C3%ADculo-48445-2-10-20120608.pdf>

²¹ E. Cuerda-Galindo. La sífilis y la experimentación en humanos: perspectiva histórica y reflexiones éticas. De la Segunda Guerra Mundial a la actualidad. Actas Dermosifilográficas, 2014.

²² Robley D. Evans. 1962. Remarks on the maximum permissible deposition of plutonium in man, and the safety factors in the pivot point radiation protection guide of 0.1 μ C of radium in man. Health Physics 8: 751-752. Disponible en: <https://fas.org/sgp/othergov/doe/lanl/pubs/00326640.pdf>

²³ Fanelli D. How many scientists fabricate and falsify research? A systematic review and metaanalysis of survey data. PLoS ONE. [Internet]. 2009 [acceso 15 out 2014]; 4(5):e5738; 2009. Disponible: <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0005738>

²⁴ Juan María Cuevas Silva y col. .Bioética e Integridad Científica, op cit

Como paradoja curiosa, las investigaciones más vigiladas son las de los residentes, que a su vez son las de menor apoyo económico, y las de menor impacto en la salud pública. El protocolo del residente pasa por un sinnúmero de tamices en los cuales se analiza la pertinencia, el diseño, la estructura ética, etc., en tanto que otras investigaciones, esa sí con un presupuesto voluminoso, pueden pasar con casi nada de vigilancia. De este último capítulo hace parte el dinero de algunos departamentos y municipios que toman el rubro de investigación y lo asignan a dedo para pagar favores políticos a personas o empresas con nula experiencia en este campo, que optan por hacer y resolver preguntas frívolas. Por obvias razones sus informes (que no se pueden llamar resultados), carecen de cualquier utilidad

a-Los fraudes de la Medicina

a.1-Los Falsos Descubrimientos o las Falsas Invencciones:

Han ocurrido graves fraudes de resonancia mundial, por científicos que han anunciado hallazgos que parecieran haber solucionado problemas muy sensibles de salud pública:²⁵

a.2 Falsa clonación de embriones humanos: En Diciembre de 2005 se comprobó que la clonación de embriones humanos que había anunciado el científico surcoreano Hwang Woo Suk, era una fraude científico publicado en la revista Science en el año 2004, en el cual se anunciaba que Woo Suk había obtenido células madre de embriones humanos clonados²⁶. Este científico fue destituido de su cargo en la U. Nacional de Seúl y condenado a dos años de cárcel^{27,28,29}

a.3 Falsas vitaminas para recuperar la memoria: El médico nutricionista Ranjit Kumar Chandra hizo varios fraudes publicados en varias

²⁵ Karchmer K Samuel, Carpio Martínez Laura Romina. ¿Existe el fraude en medicina?. Op cit

²⁶ Hwang WS, et al. (2004). "Evidence of a pluripotent human embryonic stem cell line derived from a cloned blastocyst". Science. 303 (5664): 1669–74

²⁷ Bosch X. Historia reciente del fraude en la investigación biomédica. Sociedad Española de Bioquímica y Biología Molecular. 2008; 156 (1): 34

²⁸ Researcher Faked Evidence of Human Cloning, Koreans Report". The New York Times. January 10, 2006. Archived from the original on 2014-05-03.

²⁹ Macrina FL. Scientific integrity: Text and cases in responsible conduct of research. 3^a ed. Washington: American Society for Microbiology (ASM) Press; 2005.

revistas³⁰ con falsa creación de compuestos vitamínicos para recuperar la memoria o de mejorar la respuesta inmune³¹ en las personas mayores de 65 años. Fue demandado por fraude por la revista British Medical Journal.

a.4 Falsos resultados en estudio de metabolismo durante la vejez: En el año 2005 el científico Eric Pohlman fue llevado a la cárcel luego que se declarara culpable de fraude al inventar datos de investigaciones en el campo del tratamiento de la obesidad y la menopausia. Los datos falsos fueron denunciados por su ayudante de la Universidad de Maryland en Baltimore.³²

b. Experimentos quirúrgicos de alto riesgo: El escándalo del Dr Paolo Machiarino, cirujano estrella despedido del Instituto Karolinska, por muerte de pacientes con trasplante de tráquea sin las pruebas de seguridad suficientes.³³

c- El plagio, la ausencia de consentimiento informado y otras faltas

El término plagio no se encuentra consagrado en nuestra legislación, pero corresponde a un concepto eminentemente doctrinario, objeto de análisis en muchas ocasiones por la jurisprudencia, el cual identifica la realización de diferentes infracciones al derecho de autor en sus dos esferas, moral y patrimonial.

En efecto Gyorgy Boytha, en el Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos, define plagio como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”. La tratadista argentina Delia Lipszyc por su parte, se refiere al plagio como “...el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios...” (Derecho de autor y derechos conexos.

³⁰ Chandra RK. Vitamin supplementation in elderly persons. JAMA. 2003 Jan 8;289(2):173;

³¹ Chandra RK. Impact of nutritional status and nutrient supplements on immune responses and incidence of infection in older individuals. Ageing Res Rev. 2004 Jan;3(1):91-104

³² Rex Dalton (2005-03-24). “Obesity expert owns up to million-dollar rime”. Nature. 434 (7032): 424

³³ William Kremer. La estrepitosa caída en desgracia de Paolo Macchiarini, el cirujano estrella que llegó a ser uno de los médicos más prestigiosos del mundo Periódico digital News, 13 de Sept de 2016, Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37350198>

Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalía, 2006, Pág. 567).^{34,35}

En muchas ocasiones resulta muy difícil establecer el concepto de plagio, sobre todo en constructos que han venido tomando forma a través de los siglos, a manera de una carrera de relevos, con aportes de innumerables personas conocidas y desconocidas. Las ideas estrictamente originales en la medicina prácticamente no existen, pues han sido el resultado de mejorar lo existente o de darle un nuevo giro, o de actualizar lo viejo a la luz de la ciencia y la tecnología.³⁶ Las normas actuales exigen que el nuevo dueño de las ideas reconozca lo previamente construido (mediante citas bibliográficas), y muestre con claridad su aporte, aquello que lo convierte en autor intelectual y le da derechos morales sobre la obra. El delito más grave es no aportar nada, o casi nada y simplemente cambiar el nombre del autor por el propio.^{37,38}

Las presiones que se ejerce a los médicos, aún desde la época de estudiantes, pero más evidente en su etapa de residente de una especialidad o en su calidad de profesor universitario, pueden influir en la forma equivocada como algunos deciden saltarse las normas de la ortodoxia de la investigación, que bien puede ser la presentación de datos falsos o la eliminación de los datos que le quitan fuerza al resultado que se quiere obtener. Otra falta puede ser la adición de datos propios a una base de datos de otro autor no citado(plagio), o a una base de datos propia pero sin citar la publicación original (autoplagio). Otra falta común es ignorar a algunos participantes del estudio que han jugado un papel protagónico, o por el contrario, incluir como autores a personas que no aportaron casi nada sustancial a

³⁴ Jorge Mario Olarte Collazos, Miguel Ángel Rojas Chavarro. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ÁMBITO PENAL. Dirección Nacional de Derecho de Autor Ministerio del Interior y de Justicia, Año 2010, Colombia. Disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/11769/La+proteccion+del+derecho+de+autor+y+los+derechos+conexos+en+el+ambito+penal+sep+15+de+2010.pdf/75686fc1-c9be-4dc3-b1d5-efcd5f4be949>

³⁵ J. Antonio Aldrete. Plagio y otros trasposos literario-científicos en medicina y particularmente en anestesiología. Rev. Col. Anest. Mayo - julio 2011. Vol. 39 - No. 2: 217-229)

³⁶ Berlinck RGS. The academic plagiarism and its punishments: A review. Rev Bras Farmacogn. 2011;21(3):365-72.

³⁷ Gollogly L, Momen H. Ethical dilemmas in scientific publication: Pitfalls and solutions for editors. Rev Saúde Pública. 2006;40(N Esp):24-9.

³⁸ Vasconcelos S, Leta J, Costa L, Pinto A. . Discussing plagiarism in Latin American science. Brazilian researchers begin to address an ethical issue. EMBO Reports. 2009;10(7):677- 82.

la investigación, este puede ser el caso de la venta de la autoría, la autoría por amistad o por jerarquía laboral, la inclusión como falso autor de una persona reconocida para favorecer su publicación, o la autoría pactada como respuesta a la cortesía de haber sido incluido como autor de otro escrito^{39,40} *“Un artículo reciente publicado en la revista Science informa que durante 2004 y 2005 se descubrieron 60 científicos que incurrieron en un quehacer inapropiado. Las acciones fraudulentas más comunes fueron la falsificación de los resultados (40%), plagio (34%), fabricación o robo de datos (7%) y otros (19%). Esto demuestra que el fenómeno de fraude en las publicaciones científicas tiene lugar en cualquier país del mundo donde se realice ciencia.”*⁴¹

Se debe aclarar que las ideas en sí mismas no generan autoría; proponer un estudio, de manera verbal puede ser la chispa inicial de una propuesta, pero debe fraguarse en un protocolo a nombre propio y no de un residente para que la idea sí constituya evidente autoría. El error que ha conducido a grandes escándalos de los medios es depositar toda la propuesta, realizarle todas las correcciones y participar en la elaboración del informe a nombre del estudiante para que se gradúe, y luego publicar a nombre propio, sin incluir al estudiante.

En la actualidad existen programas que ayudan a docentes, editores, jurados, etc a detectar el plagio.⁴² Entre ellos están los programas libres por ejemplo: Google y Google Scholar, the Plagiarism Checker, Articlechecker, Plagium, Plagiarism Detect, Duplichecker, Seesources, Doc Cop, Wcopyfind, Viper, Safeassign/Mydropbox, Pairwise, entre otras. También existen, desde luego programas comerciales Turnitin, Eve2, My Drop Box Suite, etc.⁴³

³⁹ Singh SP, Dhir SK, Sharma M, Singh T. Publication misconduct: Perceptions of participants of a faculty development programme. Natl Med J India. 2018 May-Jun;31(3):169-171

⁴⁰ C Anderson Survey tracks misconduct, to an extent. Science 19 Nov 1993;Vol. 262, Issue 5137, pp. 1203-1204.

⁴¹ Karchmer K Samuel, Carpio Martínez Laura Romina. ¿Existe el fraude en medicina?. Acta méd. Grupo Ángeles [revista en la Internet]. 2017 Feb [citado 2019 Mayo 17] 15(1): 70-77. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-72032017000100070&lng=es.

⁴² Titus SL, Wells JA, Rhoades LJ. Repairing research integrity. Nature. 2008;453(7198):980-2.

⁴³ Fac Salud Universidad de Manizales. El plagio en las universidades colombianas. Archivo de Medicina. Volumen 14 N° 1 - Enero-Junio de 2014. Disponible en : <http://www.redalyc.org/pdf/2738/273832164001.pdf>

d- Otras formas de fraude: .

- Fabricación de resultados
- Los informes “salami” (dividir los resultados para hacer múltiples publicaciones).
- Conflicto de intereses e Investigaciones dirigidas
- La vigilancia de la integridad científica en las investigaciones de las profesiones de ciencias sociales y humanas
- Empresas que fabrican tesis y trabajos de grado
- Rol desempeñado por algunos de los presuntos autores
- Maltrato a los animales. Sacrificio innecesario de algunas poblaciones de animales
- Muy baja vigilancia del curso de la investigación y casi ninguna vigilancia de la aplicación de los pactados en los compromisos con los comités de ética de las investigaciones.
- Oídos sordos a las propuestas que surgen de las investigaciones de grupos sólidos en el terreno de la integridad científica.
- Empresas particulares e independientes de investigación de medicamentos en fase de experimentación
- Muy bajo nivel de exigencia de para la aprobación de medicamentos

4- LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

“Desde hace ya muchos años se comprueba que el sistema social de la ciencia, como otros, presenta algunas deficiencias que afectan su credibilidad. Trabajos mal realizados, plagio, falsificación de datos, manipulación de informaciones, conclusiones no permitidas por lo que se sabe, entre otras manifestaciones de conducta reprochable, producen inquietud. A ello debe sumarse el que una proporción de lo que llamamos investigación científica puede ser derroche: repetición innecesaria de estudios con riesgo para animales, personas y medio ambiente; experimentos mal diseñados o no controlados debidamente; prácticas abusivas en los grupos de trabajo.”⁴⁴

⁴⁴ Lolas Stepke Fernando. En torno de la integridad científica: Reflexiones sobre el Cuarto Congreso Mundial de Integridad en la Investigación, Río de Janeiro, Mayo 31-Junio3, 2015. Acta bioeth. [Internet]. 2015 Nov [citado 2019 Mayo 12];21(2): 319-320. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2015000200018&lng=es.<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2015000200018>.

Ley 23 de 1982 Los derechos de autor son definidos por la Ley 23 de 1982 de la siguiente manera: “Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos... las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer.”⁴⁵

La ley 44 de 1993 que protege los derechos de autor, dice en el Artículo 51.- *“Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales ... Quien inscriba en el registro de autor una obra literaria, científica o artística a nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor, productor fonográfico, cinematográfico, videográfico o de soporte lógico. 3. Quien de cualquier modo o por cualquier medio reproduzca, enajene, compendie, mutile o transforme una obra literaria, científica o artística, sin autorización previa y expresa de sus titulares...”*⁴⁶

Código penal colombiano (ley 599 de 2000). Título VIII de los Delitos Contra los Derechos de Autor: Artículos 270, 271 y 272: Penas para quienes violen los derechos morales de autor, haga plagio, defraude los derechos patrimoniales de autor, o viole los mecanismo de protección de los derechos de autor.⁴⁷

⁴⁵ Ley 23 de 1982, Congreso de la República de Colombia. Disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/23.pdf/a97b8750-8451-4529-ab87-bb-82160dd226>

⁴⁶ Congreso de la República de Colombia. LEY 44 DE 1993 (febrero 5) por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia; 1993. Disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/44.pdf/7875d74e-b3ef-4a8a-8661-704823b871b5>

⁴⁷ Congreso de Colombia, LEY 599 DE 2000, por la cual se expide el Código Penal.

Colciencias ,año 2016, Anexo 8, Guía de Propiedad Intelectual: Establece las definiciones y alcances de la propiedad intelectual.^{48,49}

5. EL ROL DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA EN LA VIGILANCIA DE LA INTEGRIDAD CIENTÍFICA

Las faltas más graves a la integridad científica están contempladas en el Código Penal Colombiano, pues atentan contra la salud de la población, o contra la fe pública. Ante la falta de una institución que vigile la integridad de la investigación realizada por los médicos a nivel público y privado, se deben crear un mecanismo que facilite la comunicación entre los TEM y los comités de ética de las investigaciones científicas y el público en general.

La guía para reconocer las violaciones a la calidad ética de los investigadores y/o de la investigación en sí misma, puede ser el contenido de cada una de las normas legales citadas atrás, o la lista elaborada en la Declaración de Singapur,⁵⁰ elaborada en el marco de la II Conferencia Mundial sobre la Integridad en la Investigación, del 21 al 24 de julio de 2010, en la República de Singapur, que dejó establecidas las siguientes responsabilidades a los investigadores:

1. Integridad: Los investigadores deberían hacerse responsables de la honradez de sus investigaciones.
2. Cumplimiento de las normas: Los investigadores deberían tener conocimiento de las normas y políticas relacionadas con la investigación y cumplirlas.
3. Métodos de investigación: Los investigadores deberían aplicar métodos adecuados, basar sus conclusiones en un análisis crítico de la evidencia e informar sus resultados e interpretaciones de manera completa y objetiva.

⁴⁸ Colciencias, Anexo 8, Guía de Propiedad Intelectual: Establece las definiciones y alcances de la propiedad intelectual. Año 2016. Disponible en: <https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/convocatoria/anexo8-guia-propiedad-intelectual.pdf>

⁴⁹ Colciencias . Documento de Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación N° 1501. Disponible en: <https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/noticias/politica-etica.pdf>

⁵⁰ ANANIAS, Rubén A. (2014). Integridad científica: principio que inspira el prestigio. Maderas. Ciencia y tecnología, 16(4), 393-394. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-221X2014000400001>

4. Documentación de la investigación: Los investigadores deberían mantener una documentación clara y precisa de toda la investigación, de manera que otros puedan verificar y reproducir sus trabajos.

5. Resultados de la investigación: Los investigadores deberían compartir datos y resultados de forma abierta y sin demora, apenas hayan establecido la prioridad sobre su uso y la propiedad sobre ellos.

6. Autoría: Los investigadores deberían asumir la responsabilidad por sus contribuciones a todas las publicaciones, solicitudes de financiamiento, informes y otras formas de presentar su investigación. En las listas de autores deben figurar todos aquellos que cumplan con los criterios aplicables de autoría y solo ellos.

7. Reconocimientos en las publicaciones: Los investigadores deberían mencionar en las publicaciones los nombres y funciones de aquellas personas que hubieran hecho aportes significativos a la investigación, incluyendo redactores, patrocinadores y otros que no cumplan con los criterios de autoría.

8. Revisión por pares: Al evaluar el trabajo de otros, los investigadores deberían brindar evaluaciones imparciales, rápidas y rigurosas y respetar la confidencialidad.

9. Conflictos de intereses: Los investigadores deberían revelar cualquier conflicto de intereses, ya sea económico o de otra índole, que comprometiera la confiabilidad de su trabajo, en propuestas de investigación, publicaciones y comunicaciones públicas, así como en cualquier actividad de evaluación.

10. Comunicación pública: Al participar en debates públicos acerca de la aplicación e importancia de resultados de cierta investigación, los investigadores deberían limitar sus comentarios profesionales a las áreas de especialización en las que son reconocidos y hacer una clara distinción entre los comentarios profesionales y las opiniones basadas en visiones personales.

11. Denuncia de prácticas irresponsables en la investigación: Los investigadores deberían informar a las autoridades correspondientes acerca de cualquier sospecha de conducta inapropiada en la investigación,

incluyendo la fabricación, falsificación, plagio u otras prácticas irresponsables que comprometan su confiabilidad, como la negligencia, el listado incorrecto de tutores, la falta de información acerca de datos contradictorios, o el uso de métodos analíticos engañosos.

12. Respuesta a prácticas irresponsables en la investigación: Las instituciones de investigación, las revistas, organizaciones y agencias profesionales que tengan compromisos con la investigación deberían contar con procedimientos para responder a acusaciones de falta de ética u otras prácticas irresponsables en la investigación así como para proteger a aquellos que de buena fe denuncien tal comportamiento. De confirmarse una conducta profesional inadecuada u otro tipo de práctica irresponsable en la investigación, deberían tomarse las acciones apropiadas inmediatamente, incluyendo la corrección de la documentación de la investigación.

13. Ambiente para la investigación: Las instituciones de investigación deberían crear y mantener condiciones que promuevan la integridad a través de la educación, políticas claras y estándares razonables para el avance de la investigación, mientras fomentan un ambiente laboral que incluya la integridad.

14. Consideraciones sociales: Los investigadores y las instituciones de investigación deberían reconocer que tienen la obligación ética de sopesar los beneficios sociales respecto de los riesgos inherentes a su trabajo.

La Declaración de Singapur (2010), muestra los trece puntos más sensibles a vigilar e intervenir. Recomienda a los evaluadores de los protocolos o de los informes finales, un mínimo de preparación en el campo de la ética, de la epidemiología y del método científico para que sus peritajes sean imparciales, rigurosos, respetuosos y responsables. Por otro lado, al menos algunos de los miembros de los Tribunales de Ética Médica deben tener la preparación académica que les permita la neutralidad, profesionalismo y objetividad de sus decisiones al evaluar las quejas contra los investigadores.

La deficiente formación en estos campos, puede llevar a los magistrados a tolerar los vicios de diseño del estudio, del reclutamiento de pacientes, de aplicación de los principios del Código de Helsinki, de las recomendaciones del

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS), etc. O por el contrario, un dictamen equivocado puede resultar en desmedro del mérito científico de una investigación bien hecha pero mal interpretada.⁵¹

6. EL ROL QUE NO DEBERÁ TENER NINGUNO DE LOS T.E.M. EN LA VIGILANCIA DE LA INTEGRIDAD CIENTÍFICA

No se debe entender que los TEM deban asumir el papel inquisitorio de vigilancia de la integridad científica y que deban evaluar, medir, juzgar, coaccionar o castigar las malas prácticas del investigador, el uso indebido del dinero, la violación de las normas éticas. La vigilancia de la calidad y utilidad de la investigación es tarea de las entidades públicas y privadas que financian o realizan investigación, a través de los comités de ética y de las diferentes modalidades de auditoría. Los TEM solo atenderán las quejas contra los investigadores médicos que han participado de manera consiente en investigaciones fraudulentas, que publican datos falsos, que hacen evidente plagio, que ponen en riesgo innecesario la salud o la vida de las personas investigadas, o que abusan de alguna manera de su calidad de investigadores para obtener beneficios personales.

⁵¹ ANANIAS, Rubén A. (2014). Integridad científica, op cit.

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y LA DOCTRINA PROBABLE EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Dr. Jacob Cuellar

Secretario Abogado

Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

En la actualidad, los órganos Judiciales y administrativos de cada país, tiene como referente una disciplina que les permite ajustar sus decisiones, acudiendo a las fuentes del derecho. En este marco, están la jurisprudencia y la doctrina, cada una de ellas, producto de aplicar las reglas de interpretación del derecho, que les permiten a los operadores jurídicos, afianzar y hacer más efectiva la función de la justicia y de la Seguridad Jurídica.

En esta charla nos dedicaremos a esbozar unas líneas sobre el impacto que en nuestro medio tiene, para aplicación del derecho, el precedente, denominado así en algunos países y por otra parte la doctrina probable, asumida por nuestra legislación Colombiana.

Comencemos con un instrumento común a todos nosotros, el lenguaje. En sede jurídica o de derecho, en Colombia se ha asumido una teoría semántica del derecho, dado que en muchas sentencias, el operador jurídico en sede judicial, considera que el término contenido en la norma, tiene o se basa en criterios semánticos. (Un autor que emplea este criterio es H.L. Harth, para plasmar sus presupuestos teóricos). Es por esto que en la actualidad se ha adoptado en nuestro medio, una SEMANTICA INTERPRETATIVA, siguiendo la línea de Ronald Dworking. En este sentido, los tipos de definiciones semánticas que encontramos son: lexicográfica, estipulativa, explicativa, teórica, persuasiva.

Como hemos propuesto que el derecho actual parte de un contenido semántico, acudiremos a esta herramienta conceptual, para exponer el tema que nos congrega hoy, partiendo de los siguientes criterios:

JURISPRUDENCIA:

Como definición semántica, la Real Academia de la Lengua, la define como el conjunto de sentencia de los tribunales y la doctrina que contienen. Pero desde la división que de ella existe, está la jurisprudencia normativa. Que en la Sentencia C se ha de entender como *“la doctrina dictada por la Corte Suprema de justicia y que proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”*

PRECEDENTE:

También debemos tener presente que por su contenido semántico el precedente es:

Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. Acción o dicho que sirve para valorar hechos posteriores. Aplicación de una resolución anterior a un caso igual o semejante al que se presenta.

DOCTRINA PROBABLE.

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua, se define como “Cualidad de probable o circunstancia de ser algo probable. “La probabilidad de una hipótesis”. Cálculo matemático de las posibilidades que existen de que una cosa se cumpla o suceda al azar. “cálculo de probabilidades; solamente hay un uno por ciento de probabilidad de que la operación fracase”.

En un sentido más general, y por la finalidad que se le puede dar al significado semántico, lo probable es la **mayor o menor posibilidad de que ocurra un determinado suceso**. En otras palabras, su noción viene de la **necesidad de medir o determinar cuantitativamente la certeza o duda de que un suceso dado ocurra o no**. Es identificar una relación entre

el número de sucesos favorables y el número total de sucesos posibles. Lo cual tiene como fin examinar, las formas y medios para obtener esas medidas de certeza.

Para el derecho, cada denuncia implica una conducta producto de un **suceso elemental**, y el conjunto de estos sucesos elementales conforman el **espacio muestral**, de forma que todo subconjunto que existe en ese espacio muestral es un suceso. Una aplicación práctica para el derecho de este recurso interpretativo son los contratos de seguro y sus efectos.

Otra aplicación de este concepto es la incorporación de la probabilidad, contenida en la Ley 169 de 1.896, que aún está vigente en Colombia. Esto implica un abandono al referente legal, de tal manera que pierde su aceptación normativa y se acerca más al concepto francés de jurisprudencia constante con autoridad ante los jueces pero sin valor obligatorio. El artículo 4 de la Ley 169 de 1896, aún vigente, establece que:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

La fórmula utilizada por la norma también adopta una regla de interpretación, ANALOGÍA. Lo cual indica o está en oposición al criterio legal, “pues no se trata de que la norma permita a los jueces apartarse del precedente, sino más bien, el artículo autoriza a los jueces el uso de la jurisprudencia en casos análogos”.

La Corte Constitucional ha refrendado este criterio de aplicación del derecho, pero resaltando que “la jurisprudencia tiene un carácter indicativo, con un grado menor de autoridad en cuanto a fuente auxiliar de interpretación de las normas legales, pero no construye por sí misma reglas autónomas capaces de generar efectos propios, ni a nivel de derechos, ni a nivel de sanciones o recursos, como ocurría con la doctrina legal.”

El sentido actual de la doctrina probable en Colombia

En este aparte y para efectos de nuestra charla, apelaremos al contenido exacto de la Sentencia C-836 del 2001, en la que se cambia la forma de

asumir esa fuente de derecho. En la actualidad y a partir de la Constitución de 1.991, “tiene el valor de fuente normativa de obligatorio cumplimiento, tal como claramente lo estableció la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia”.

Los ejemplos de este precedente son: “En la sentencia C-836 del 2001, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que consagra la doctrina probable desde hace más de 100 años, en razón de una demanda que, con base en el desarrollo jurisprudencial sobre precedente constitucional obligatorio, se oponía a la fórmula flexible utilizada en dicha norma”.

En la sentencia, la Corte se adentró a estudiar los fundamentos de la doctrina probable:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.¹”

En la referida sentencia, la Corte Constitucional procuró darle a la doctrina probable un valor jurídico explícito, fundamentando para ello su fuerza normativa en “el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.”

Para la Corte, es muy importante haber dado ese reconocimiento, porque hace más fuerte su adopción, indicando que si bien los jueces gozan de la independencia judicial, en cada uno de sus negocios que debe conocer y fallar, deben tener presente el precedente y si desean apartarse, tal conducta no sea caprichosa. , esto con el fin de “la seguridad jurídica, en concordancia con los principios de la buena fe y la igualdad frente a la ley.”²

¹ Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

² Artículos 6 y 83 de la Constitución Política de Colombia

“La citada Sentencia C-836 de 2001 estableció la diferencia de obligatoriedad entre la *ratione decidendi* de la decisión y el *obiter dicta*, señalando que “la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas” que hacen parte de la razón de la decisión, es decir aquellos que son “inescindibles de la decisión sobre un punto de derecho.” En cambio de ello, las *obiter dicta* constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del art. 230 superior, pues pueden servir para resolver aspectos tangenciales de la sentencia y en muchos casos permiten interpretar cuestiones relevantes desde el punto de vista jurídico, que si bien no deben ser seguidos en posteriores decisiones si pueden resultar útiles”.

Por otra parte, y siguiendo las clases de precedente que existen, la Corte indicó en dicha sentencia, C-836 de 2001 que no es lo mismo el precedente horizontal que el vertical porque, *“Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”*

Es en ese sentido que la Corte ha manifestado en sentencias como la SU-047/99,³ que el juez puede distanciarse de la doctrina probable siempre y cuando exponga clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la razón por la que decide apartarse de ella. Al respecto esta Corporación ha sostenido en la sentencia C-836 de 2001, que el apartamiento de la doctrina probable es válido a condición de: “que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.”

En dicha decisión, esta Corporación, explicó que para evitar que los jueces sean caprichosos al apartarse de una decisión, si bien no están obligados de forma absoluta al seguimiento del precedente, al apartarse, los jueces *“están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.”*

Finalmente la Sentencia C-836 de 2001 consagró también la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia se aparte de su doctrina probable, (precedente horizontal) en tres supuestos: 1) cambios sociales que hagan

³ M.P. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero.

necesario un ajuste en la jurisprudencia. 2) cuando encuentre que su jurisprudencia contradice “valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico” y 3) cuando exista un cambio relevante en el ordenamiento jurídico legal o constitucional.

Entonces, debemos preguntarnos: ¿los jueces en sus futuras decisiones, siempre deberán referirse a las sentencias anteriores horizontal y vertical, en cada caso sobre el cual ya hay sentencia y sea análogo al que va a decidir?

RECORDEMOS: En la Ley 61 de 1886, se consagró la OBLIGACIÓN de la “doctrina legal” -esto es, de la interpretación de la ley hecha por la Corte Suprema-, por lo cual, si los jueces desconocían dicha interpretación doctrinal, la sentencia podía recurrirse en casación.

El debate continuó hasta 1896, cuando, en el artículo 4º de la Ley 169 -hoy vigente- se mudó de la “doctrina legal” a la “doctrina probable” y se eliminó dicha causal de casación, en los siguientes términos: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarlas en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Sin embargo, este debate fue revivido por la Corte Constitucional en el 2001 (Sent. C-836/01) y, más recientemente, con la adopción del artículo 7º del Código General del Proceso (CGP), que establecieron al unísono: “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.

¿Qué constituye precedente? Siguiendo con la coherencia en las decisiones de la Corte Constitucional para darle a la jurisprudencia de las altas cortes la categoría de precedente judicial (en múltiples sentencias, como las T-292/06, T-794/11, T-830/12 y C-539/11, resumidas recientemente en la SU-354/17).

El precedente es la decisión de una controversia que contiene puntos de hecho y de derecho similares al que se va a decidir actualmente y, por lo

tanto, “la controla”. Vincula al Juez, si este no puede distinguir la regla jurídica (por la vía de la disanalogía iuris) ni los hechos (por la vía de la disanalogía factii) del precedente respecto del caso bajo examen. Además, solo la “ratio decidendi consolidada” —esto es, la parte motiva determinante— de las decisiones de una alta corte constituye precedente (Sent. C-621/15).

El precedente, entonces, se aplica, de manera específica, a la ratio decidendi de casos análogos concretos.

¿Qué constituye doctrina probable?. La doctrina probable establece, de manera general, el alcance interpretativo de una norma dada, sin que deba hacer parte de la ratio decidendi de casos fácticamente análogos¹. Un ejemplo es la definición que trae la Sentencia C-621 del 2015: “La doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión”.

En otras palabras, la doctrina probable no es ni precedente ni criterio auxiliar. Es una interpretación autorizada de leyes vigentes, que los jueces siempre deben considerar y de la que, excepcionalmente, pueden apartarse.

Si no constituye precedente, ¿para qué sirve la doctrina probable?

Al fijar jurisprudencialmente el alcance de una norma jurídica, la doctrina probable crea lo que el profesor Diego López Medina denomina una “subregla jurídica”². De suerte que, para aplicar una doctrina probable, deben converger los siguientes criterios:

- (i) Solo las decisiones de la Corte Suprema de Justicia (y en materia de competencia, de la Superintendencia de Industria y Comercio³) son susceptibles de convertirse en doctrina probable. Por muchas decisiones uniformes que expidan, ni los jueces ni los tribunales superiores ni los tribunales arbitrales están en capacidad de generar doctrina probable.

(ii) Una sentencia singular no puede generar doctrina probable. Solo tres “decisiones uniformes” de la Corte Suprema en sede de casación y “sobre un mismo punto de derecho” tienen este potencial.

(iii) En caso de que sí constituyan doctrina probable, no todo el contenido de las tres sentencias es vinculante. Solamente lo es la interpretación común (o subregla jurídica), que no necesariamente deberá estar contenida en la *ratio decidendi* de las sentencias.

(iv) A diferencia del precedente judicial, para el intérprete no será necesario hacer un estudio de analogía fáctica de cara a la doctrina probable. Es decir, el intérprete no está obligado a analizar los hechos de su caso concreto en comparación con los hechos estudiados en las tres sentencias.

(v) La doctrina probable es obligatoria, salvo que, en ejercicio de su independencia, el juez de inferior jerarquía se aparte de ella. Empero, para hacerlo, tiene una alta carga argumentativa consistente en “exponer clara y razonadamente” los fundamentos legales que lo llevan a ello.

SEGURIDAD JURIDICA.⁴

El concepto de “seguridad jurídica” está de moda actualmente y se aplica a todas las esferas del derecho, en el sector privado y en el sector público.

A partir de un artículo del Doctor Diego López Medica, que indica que el concepto de seguridad jurídica, se presente como de moda, radica en que su exigencia proviene del derecho económico, por aquello de la distribución de los ingresos y la menor barrera que se tenga en el proceso inversionista en un país. Que hacen parte de las llamadas libertades económicas.

Para el derecho, la seguridad jurídica parte de la estabilidad de las normas, dentro del marco de la predicción de sus efectos. (Regla de la probabilidad). Con lo cual se convierte en un bien social. Con los efectos sinérgicos que esto con lleva, porque al proteger un sector se debilita su contrario. Pero que también se enfrenta a la intangibilidad de los derechos humanos.

⁴ Diego López Medina. Mayo 23 del 2.006. <https://www.dejusticia.org/que-es-la-seguridad-juridica/>,

Con lo cual, y aceptando el criterio del profesor Medina, La verdadera seguridad jurídica dentro de un estado de derecho tiene que ser algo más generosa: es fundamental que todos los actores económicos, entiendan que la seguridad jurídica no solamente se exige, sino que también se otorga. Que la seguridad jurídica no solo vale de las normas que me benefician, sino también de aquellas que protegen los ingresos y expectativas de otros. Y que la seguridad jurídica, por tanto, está finalmente conectada con una distribución equitativa del ingreso social porque sólo en ese marco es posible pensar que el derecho pueda ser estable a mediano o largo plazo.

CRITERIOS DE NECESIDAD DEL PRECEDENTE:

Así, para llamar la atención sobre la necesidad de proteger el valor jurídico del precedente, de forma tal que la Administración de Justicia pueda ofrecer a sus usuarios – incluidos aquellos que litigan y representan los intereses jurídicos de las entidades del Estado-, decisiones mejor argumentadas, más equitativas y ponderadas en sus órdenes, se enunciarán brevemente algunas repercusiones por la falta o uso inadecuado de éste:

1. Cuando el precedente es variable, se somete a las partes del proceso judicial a un estado de incertidumbre más allá de lo razonable. No quiere decir que, al iniciar una controversia, los interesados tengan derecho a tener el convencimiento pleno de cómo será resuelto un caso, pero sí significa que los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales, aplicables, han de ser previsibles, cuando no haya elementos especialísimos a considerar.

2. Igualmente, dado que las partes pueden argumentar mejor su defensa, cuando lo hacen sobre la base de un conocimiento previo de los elementos que el juez tendrá en cuenta para fallar y de los presupuestos que son comunes a su caso, según la naturaleza del asunto, si dichos elementos o presupuestos son variables, se anula la eficacia de oportunidad procesal para intervenir.

3. El desconocimiento del precedente afecta el valor de la igualdad, la seguridad jurídica, pero también el derecho al debido proceso, por ausencia de reglas y procedimientos previos, claros e inalterables. En estos eventos, es previsible que los interesados traten de proteger su derecho fundamental, a través de la acción de tutela contra sentencia judicial, incrementando con ello el número de procesos judiciales.

4. Concatenado con el punto anterior, si las reglas jurisprudenciales son variables, es probable que se inicien pleitos por los mismos hechos tantas veces sea necesario, hasta tanto la parte interesada obtenga la decisión que le favorece, obedeciendo a la variabilidad de interpretación y en perjuicio del valor de la justicia.

5. Si no existen posiciones jurídicas unificadas, la administración puede errar al resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento de derechos. En consecuencia, se entorpecerán las posibilidades de solucionar controversias en esa instancia y se incrementan las demandas por asuntos que no requerían llegar a sede judicial.

6. Cuando queda evidenciada una arbitrariedad, los ciudadanos pierden confianza en la imparcialidad y rigurosidad de la administración de justicia y esto puede llevarlos a solucionar sus conflictos por vías menos pacíficas, que perpetúan tanto el conflicto particular como el conflicto social generalizado.

7. De igual forma, si los ciudadanos interpretan que debido a las fallas de la administración de justicia, por ejemplo, la falta de rigor en la aplicación del precedente, no hay garantías para la protección de sus derechos o que las vías procesales para hacerlos efectivos no son idóneas, preferirán acudir a instancias internacionales, lo cual, también, aumenta el litigio por asuntos que deberían ser resueltos en la jurisdicción interna.

CONCLUSIONES:

La Jurisprudencia y la Doctrina Probable se refieren al quantum; es decir, la Jurisprudencia sería la decisión judicial o las decisiones judiciales que se tomen sobre un tema en específico o no. La doctrina Probable, serían tres decisiones o más (Jurisprudencia) sobre un tema específico, si o si. Esto quiere decir que la Doctrina Probable por sí conlleva Jurisprudencia, pero la Jurisprudencia no necesariamente conlleva a Doctrina Probable. O sea, mientras que la Jurisprudencia puede ser una, dos o más decisiones judiciales, ya sean conexos o inconexos sobre un mismo punto o no; la Doctrina Probable parte de tres decisiones en adelante sobre un tema y conexos sobre un mismo punto; por ello, es que la Doctrina Probable tenga mayor rigor que la Jurisprudencia misma, jerárquicamente. Debido a que la Jurisprudencia trata de un tema en específico o no, de un

tema o varios temas o no; en cambio, con la Doctrina Probable parte de temas específicos, que dan relación a tres o más decisiones similares o análogos que se hayan tratado. Por lo general el efecto de estas últimas son: inter pares, también inter partes o inter comunis, en cambio, en la Jurisprudencia comúnmente sus efectos son inter partes, pero también inter pares o inter comunis.

La Doctrina Constitucional (interpretativas e integradoras, esta última es la que vincula, artículo 5 y 8 de la Ley 153 de 1887) son reglas/sub-reglas, “normas constitucionales”, aplicadas a un caso en concreto, que ya han sido decididas por la Corte Constitucional; imaginen un libro recordatorio, en este se extrae, “cualificación adicional”, un pasaje que haya sido citado en ese libro anteriormente, igual (cfr. Sentencia C-083 de 1995). En suma, son casos anteriores que son decididos bajo una misma égida, y por lo general sus efectos son inter partes, inter pares, inter comunis, pero también podrían ser erga omnes, cuando se subsume una regla establecida en una Sentencia C.

El Precedente es aquella decisión vinculante (en principio, no obligatoria, ya que los operadores jurídicos se pueden apartar), que puede ser constituida de una, dos o más decisiones judiciales, sin importar el número; su decisión está conforme a la ratio decidendi, que es emitida por las altas cortes, esto quiere decir, que la única forma para que haya precedente es que estas cortes la emitan (Precedente vertical) y no solo eso; para efectos de la Corte Constitucional un precedente puede ser una sentencia T, C o SU, pero en la jurisdicción ordinaria no pasa este fenómeno (y menos con el Precedente horizontal), ya que no existe un raigambre que lo considere como tal, ni siquiera legal, como sí sucede con las Sentencias emitidas por el Consejo de Estado, que son definidas por el mismo CPACA como Precedentes, pero de las Providencias promulgadas por la Sección o la Sala Plena. En nuestro caso y muy confusamente le llamamos Precedente a la Doctrina Probable y no es cierto (se asemejan). También existe la confusión de darle carácter legal a los precedentes, y esto ha sido por culpa de nuestro sistema propio (civil law y el de querer darle trasplante jurídico por medio de figuras del derecho anglosajón).

De esta manera, podríamos decir que los únicos que marcan Precedente en el país por su propio peso son las decisiones de la Corte Constitucional, ya que de por sí son vinculantes (sentencias T) o vinculantes y obligatorias

(como las sentencias C y SU). Cuestión que no sucede con “los Precedentes” que emite el Consejo de Estado, que su raigambre ha sido legal, no constitucional (CPACA) propiamente dicho, aún así la Corte Constitucional misma “le haya dado” por medio de “Doctrina Constitucional” ese carácter, al considerar al imperio de ley como fuente material y no formal (artículo 230 de la CN, ver, Sentencia C-836 de 2001). En el mismo sentido sucede de menor relieve, con las Providencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, que solo se pronuncian por medio de Doctrina Probable y no por medio de Precedentes estrictamente, ya que como he dicho confusamente se les ha dado el nombre de “Precedente” a la Doctrina Probable, sin serlo, manía legalista.

[1] C.Const., sentencias C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-295 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

[2] Arts. 2º, 4º, 13 y 228 y siguientes de la Constitución.

[3] Esta horizontalidad vincula a las Altas Cortes, y por eso, en aras de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica, es común encontrar que las cortes se citan, se interpretan y usan recíprocamente su jurisprudencia. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha adoptado la jurisprudencia de la Corte Constitucional tratándose de la infracción a deberes constitucionales que eventualmente pueden generar responsabilidad patrimonial de Estado en materia del daño al ambiente (ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1999-00278 de 2013, M.P. Stella Conto Díaz), y la Corte Constitucional hace lo mismo, a propósito de las protecciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado (ver, Corte Constitucional, sentencia SU874 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

[4] C.Const., sentencias C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); y T-296 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[5] Una parte fundamental del trabajo de la Agencia ha sido analizar la jurisprudencia para rescatar reglas que le sirvan a las entidades del orden nacional para ajustar su defensa a esos hallazgos, y que por regla general tienden a determinar: (i) las actuaciones que previenen el daño; (ii) los asuntos susceptibles de conciliación y las condiciones en que opera; (iii) los posibles argumentos de defensa judicial o prejudicial de las partes, (iv) las omisiones procesales que afectan el debido proceso; (v) la vigencia de las normas y su constitucionalidad; (vi) los medios probatorios conducentes según la naturaleza del caso; y (vi) las particularidades de los procesos, con el fin de adelantar el posible desenlace y contenido del fallo, entre

otros. Por ejemplo, se han estudiado distintas materias que son sensibles desde la perspectiva de la satisfacción de derechos fundamentales, pero también desde la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño. Así, la entidad se ha referido a: (i) la desnaturalización del contrato de contrato de prestación de servicios y la protección que se deriva de la declaratoria del contrato realidad; (ii) la tasación de la indemnización por el hecho victimizante del desplazamiento forzado; (iii) la competencia administrativa y judicial para declarar las zonas de reserva forestal sin afectar de forma desproporcionada los derechos de civiles propietarios; (iv) la forma de emplear adecuadamente las presunciones de hecho y de derecho; y (v) el contenido del deber de protección a cargo de las Unidad Nacional de Protección y otras entidades como la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, entre otros.

Esta entrada se publicó el 9 octubre, 2018 y fue actualizada el 16 octubre, 2018 / Natalia Villa. Publicado en Blog y etiquetado en jurisprudencia ordinaria y contenciosa. Marcar el enlace permanente.

PSICOCIRUGÍA

Ramiro Calderón Tarazona

Magistrado. Tribunal Seccional de Ética Médica Norte de Santander

I Historia

La Neurocirugía es una moderna rama de la cirugía que se inicia en Inglaterra en el siglo XVIII, fortaleciéndose con la presencia de Victor Horsley. En París se desarrolla, en el siglo XIX, cuando Joseph Babinski se retira de la cátedra neurológica de Jean Martin Charcot y funda el primer servicio francés de neurocirugía en la, Salpêtrière en 1895.

Con la colaboración de Thierry de Martell y Clovis Vincent inicia el servicio de cirugía para manejar enfermedades cerebrales quirúrgicas, tratando pacientes con tumores cerebrales, abscesos cerebrales, hematomas post-traumáticos, fracturas de cráneo y patología traumática de la columna vertebral. Publica su trabajo sobre el signo de Babinski, reseña de 1 página, publicada en 1986, que lo propulsó al conocimiento mundial cuyo centenario se celebró en Los Estados Unidos de América en 1996 en el congreso norteamericano de Neurocirugía. Giuseppe Lanzino, jefe del servicio de neurocirugía de Carolina del Sur publicó la nota biográfica de Babinski M.D. informándonos que el signo de Babinski aparece en los cuadros de Sandro Botichelli pintados en 1550. Cuando los periodistas entrevistaron a Babinski en 1932 y le preguntaron si el signo de Babinski era su contribución a la Neurología mundial, él contestó: “Ese signo lo hubiera descrito cualquier observador juicioso; mi gran contribución a la Neurocirugía fué haberles mostrado el camino a los doctores Marcel y Vincent M.D.”.

En la misma época, Krepelin inició el primer servicio para enfermos mentales que consistía en un sanatorio donde se internaban todo tipo de pacientes con cambios mentales que fueran un peligro para la sociedad (asilo de locos).

Sigmund Freud inició su carrera neurológica en el servicio del doctor Charcot en 1876 alternando con Babinski la observación y atención de pacientes “pitiáticos”, describiendo la parálisis histérica, creando una clara diferencia entre los pacientes puramente mentales y los pacientes neurológicos.

A pesar de sus conocimientos académicos, ellos continuaron con la teoría dualista de cuerpo y alma llamando la especialidad ‘psiquiatría’; que significa ‘médico del alma’

II PASADO

La teoría monista (cerebro y mente) se inicia con los profundos estudios histológicos cerebrales desarrollados por Don Santiago Ramón y Cajal, quien con su formación académica en Zaragoza y su afición al arte, describió los detalles anatómicos microscópicos del cerebro humano y de los mamíferos, sugiriendo el funcionamiento de las neuronas y el flujo de sustancias a través de las terminaciones nerviosas, con tal perfección que se hizo acreedor al premio Nobel de Fisiología y/o Medicina en 1906.

Los estudios posteriores a Don Santiago, sólo confirmaron sus descripciones previas. La neurona es la unidad funcional del SNC; el impulso nervioso se transmite en una sola dirección, y la separación de las neuronas, llamada sinapsis, es el sitio donde se vierten sustancias químicas denominados neurotransmisores (NT). El pensamiento es un proceso mental superior, producido por el cerebro y expresado por el aparato fonatorio como lenguaje. Dicho lenguaje es la expresión fonética del pensamiento.

El lenguaje intercelular es bioquímico por NT vertidos en el espacio sináptico. La neurona debe contar con el aparato bioquímico para sintetizar los millares de NT necesarios para la comunicación. Y el espacio sináptico contiene los mecanismos enzimáticos para la degradación y destrucción del neurotransmisor. La proteína receptora de la membrana post-sináptica posee todos los mecanismos bioquímicos para la continuación del impulso a través de los axones hasta los órganos efectores o las placas terminales. Don Santiago Ramón y Cajal sin proponérselo planteó la existencia del primer “microchip” en 1901, adelantándose 30 años al genio de la computación, Alan Turing quien postuló y creó la primera máquina con inteligencia artificial en Manchester.

Don Severo Ochoa, discípulo de Don Santiago Ramón y Cajal en la facultad de medicina de Madrid, ganó el premio Nobel de Medicina en 1959 por aislar e identificar las enzimas que separan los ácidos nucleicos, permitiéndonos conocer en profundidad el lenguaje químico intracelular y dando las bases para que Watson y Crick encontraran la molécula helicoidal del ADN y posteriormente Jacob y Monod descifrarán las unidades químicas de la herencia, creando una nueva rama de la medicina denominada Biología Molecular.

En 1936 el Dr. Otto Loewi catedrático bioquímico de la universidad de Gotinga recibió el premio Nobel de medicina por identificar los NT que intervienen en el sistema nervioso autónomo, que llamó inicialmente “Vagostof y Acelerestof”, como acetil colina y epinefrina.

En 1950 el Dr. Arvid Carlsson observando jóvenes farmacodependientes intoxicados con anfetaminas sintéticas infirió que el cuadro clínico era idéntico a sus pacientes enfermos mentales con esquizofrenia paranoide, deduciendo que la esquizofrenia es una enfermedad bioquímica. Las anfetaminas son catecolaminas, es decir sustancias cuya matriz es el catecol (anillo bencénico hidroxilado) base de la dopamina y de todos los NT estimulantes del SNC. Por la importancia de la dopamina en el manejo de pacientes esquizofrénicos y enfermedad de Parkinson recibió el premio Nobel de Medicina en el año 2000 junto a Paul Greengard y Eric R. Kandel. Un año antes (1949), el comité Nobel del Instituto Karolinska distinguió al Dr. Antonio Caetano de Abreu Freire Egas Moniz, conocido popularmente como Egas Moniz, con el premio Nobel por su procedimiento lobotomía frontal bilateral para manejo de la esquizofrenia. Aclaro que el Dr. Egas Moniz insigne neurocirujano lisboeta, quién dedicó su vida al estudio y tratamiento de las enfermedades mentales y cerebrales fue el creador de la arteriografía carotídea y de la panangiografía cerebral, método radiológico utilizado en el mundo desde 1925 hasta 1975 (50 años), como único recurso para confirmar el diagnóstico de las lesiones cerebrales vasculares y tumorales hasta la aparición de la tomografía axial computadorizada del doctor Hounsfield, premio Nobel de medicina 1974.

En 1928, Egas Moniz presentó sus trabajos de arteriografías en animales y humanos con estudios anatomopatológicos ante la sociedad neurológica de Paris, presidida por el Dr. Joseph Babinski, quien cerró la sesión con felicitación al Dr. Moniz “Por haber creado el método más preciso para planear la cirugía neurológica”.

Lamentablemente uno de sus pacientes, enfermo mental de su hospital en Lisboa, en una crisis, le propinó 8 disparos con lesión medular irreversible y paraplejía que padeció hasta su muerte. Su alumno de pregrado, el Dr. Antonio Damásio es uno de los Neurólogos prominentes de Occidente quien se ha dedicado a estudiar los nuevos Phineas Gage entre los pacientes lobotomizados del Dr. Moniz y los pacientes con tumores frontales bilaterales, localizando la conciencia moral en las áreas frontobasales del cerebro.

III PRESENTE

En Bogotá - Colombia, los primeros neurocirujanos en ejercicio con títulos otorgados en EE.UU. fueron Mario Camacho Pinto especializado en Bellevue – Nueva York en el servicio del Dr. Robert Foster Kennedy MD y el Dr. Álvaro Fajardo Pinzón especializado en Boston en el servicio del Dr. Harvey Cushing quien es el padre de la Neurocirugía científica moderna de Occidente.

El Dr. Mario Camacho Pinto MD y profesor de la Universidad Nacional de Colombia, fundador del servicio de neurocirugía del Hospital San Juan de Dios de Bogotá y neurocirujano del ASILO DE LOCAS de Bogotá realizó en forma sistemática y programada los procedimientos quirúrgicos de lobotomía frontal del Dr. Egas Moniz MD, descritos y tabulados en su libro ‘RESEÑA HISTÓRICA DE LA PSICOCIRUGÍA EN COLOMBIA’, trabajo presentado ante la academia de medicina en el año 2000, editado y publicado en el año 2001 con prólogo del Dr. Juan Mendoza Vega MD y con discurso laudatorio del Dr. Efraim Otero-Ruiz.

La película “One Flew Over the Cuckoo’s Nest” (Atrapado sin salida) dirigida por Milos Forman, producida por Michael Douglas y estelarizada por Jack Nicholson denuncia las consecuencias dramáticas y los resultados inciertos de dichos procedimientos realizados indiscriminadamente por los estamentos del poder en cualquier disidente.

La difusión de la taquillera película llamó la atención de los eticistas y colocó los procedimientos psicoquirúrgicos en el ojo del huracán, limitando estrictamente la psicocirugía a casos muy específicos y seleccionados en algunos países y en otros vetándola totalmente al punto que en Noruega se indemnizaron sobrevivientes.

El Dr. Fernando Gutiérrez Lara, Neurocirujano estereotáxico del Hospital Militar de Bogotá, realizó procedimientos psicoquirúrgicos en la década del 70 para manejar agresividad, drogadicción, trastornos obsesivo - compulsivos, alcoholismo y homosexualidad; lo cual encendió las alarmas éticas que deterioraron su reputación y credibilidad médica.

El primer neurocirujano colombiano con entrenamiento en cirugía estereotáxica en el servicio del Dr. Irving Cooper MD del instituto San Bernabé de Nueva York fue el Dr. Gerardo Aristizábal MD, quien realizó procedimientos para tratamiento del Parkinson, corea, atetosis y distonías musculares deformantes. El Dr. Aristizábal MD fue miembro del staff de neurocirujanos del HSJD de Bogotá hasta su retiro para fundar la Escuela Colombiana de Medicina denominada hoy 'La Universidad El Bosque'.

En la década del 80 llega al país el Dr. Luis Carlos Cadavid Tobón MD neurocirujano egresado de la Universidad de Antioquia con estudios de cirugía estereotáxica realizados en Londres. Inicia su trabajo como profesor de la UDA en movimientos anormales y psicocirugía. Representa a Colombia en congresos internacionales, presenta trabajos libres en congresos nacionales centrados en la psicocirugía, produce un equipo de cirugía estereotáxica diseñado por él y masifica el uso de la estereotaxia en provincia, dictando cursos en las principales capitales del país. En Cúcuta – Colombia recibimos el curso de capacitación del doctor Cadavid y compramos su marco estereotáxico por 10 millones de pesos en el año 2005.

En América se ha practicado la psicocirugía en México de mano del Dr. Ramiro del Valle, quién ha venido a Colombia en varias oportunidades a dictarnos sus charlas y mostrarnos sus equipos en el extinto instituto neurológico de Colombia fundado y dirigido por el Dr. Jaime Gómez González. También hemos tenido visitantes norteamericanos, quienes nos han presentado sus equipos y hemos recibido entrenamiento por Manuel Djovnic y la Dra. Zamorano MD (Equipo estereotáxico ZD).

En 1982, el Dr. Stewart MD, presidente del congreso de Neurocirugía de Toronto Canadá condecoró como miembro honorario de la sociedad americana de neurocirugía al Dr. Keiji Sano MD, psicocirujano estereotáxico japonés, una de las figuras más importantes del desarrollo de la neurocirugía japonesa en el siglo XX. El Dr. Sano MD encaró una gran oposición de los movimientos eticistas de su país.

En la actualidad, los doctores Jairo Espinoza MD Neurocirujano de la U. de Cartagena y cirujano estereotáxico de la Universidad de Frankfurt - Alemania, residente en Bogotá en el presente y el Dr. Hans Carmona MD. de la Universidad Tecnológica de Pereira y cirujano estereotáxico y funcional de la Universidad de Freiburg – Alemania, residente en la ciudad de Armenia - Risaralda.

Se puede practicar procedimientos quirúrgicos implantando electrodos para estimular áreas superficiales o profundas, corticales o subcorticales conectadas a un marcapaso que dispara descargas eléctricas de una amplitud y frecuencia que modifica la función de áreas específicas. Por este método se puede influir en el temperamento del paciente sin demeritar las funciones mentales superiores y sin detrimento de sus facultades intelectuales o motoras.

Se pueden modificar los rangos de estimulación y si el paciente solicita querer permanecer en el estado previo a la cirugía simplemente se puede apagar la batería del neuroestimulador. Esto es lo que se denomina cirugía funcional.

IV FUTURO

La medicina del futuro se denomina “Medicina de Precisión” que incluye genómica, inmunogenética, nanotecnología, inteligencia artificial, biotecnología, bioquímica, cómputo de algoritmos e ingeniería genética, con el objeto de personalizar los procesos curativos, a saber: secuenciación ultrarrápida de ADN, ingeniería de tejidos, reprogramación celular (Santiago Palacios en el MIT) y edición de genoma.

El Dr. Mario Capecchi MD, Inmunogenetista de la Universidad de UTAH ha creado cepas de ratones mutantes con rasgos obsesivos-compulsivos en sus rutinas de acicalamiento, hasta la muerte. Obteniendo células de médula ósea de ratones normales e inyectándolas en ratones mutantes (con los rasgos del TOC) obtiene la curación en 10 días. Por esta investigación le fue otorgado el premio Nobel de medicina en el año 2007, exactamente 100 años posteriores del Nobel obtenido por Don Santiago Ramón y Cajal. Los Dioses han sido misericordiosos con España después de la arrogancia de Don Pablo Morillo y Pascual Enrile cuando al fusilar al Sabio Francisco José de Caldas pronunciaron la frase lapidaria en 1816 “¡España no necesita sabios!”.

Hoy España lidera la investigación bioquímica en la edición genómica con el sistema bioquímico operativo CRISPR-CAS9 (Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats) que significa: Repeticiones Palindrómicas (Capicúas) cortas agrupadas y regularmente secuenciadas encontradas en las cadenas ADN. Este **S.O. biotecnológico** fué descubierto y desarrollado por Dr. Francisco Juan Martínez Mojica en la Universidad de Alicante – España en 1992 cuando estudiaba las ‘archeas’ de las salinas de Santa Pola.

En su laboratorio trabajan las bioquímicas: Dra. Emmanuelle Charpentier y La Dra. Jennifer Doudna, quienes desarrollaron el sistema protéico intercambiador de los genes determinados y lo denominaron ‘CAS9’ (tijeras bioquímicas asociadas a CRISPR que cortan el ADN).

Con esta novedosa herramienta estamos en capacidad de realizar o corregir todas las mutaciones genéticas posibles. Es decir, estamos en capacidad de dirigir nuestra propia evolución biológica.

La revolución que plantea la medicina de precisión es superior a cualesquiera otras que hayamos visto; nos permite averiguar lo desconocido de nuestro cuerpo y predecir nuestro futuro médico. Nos lleva a un nuevo ámbito de la manipulación y edición genéticas y a la reparación biológica. Al igual que la energía nuclear, es catastrófica si se nos sale de las manos, pero si se controla, es benéfica.

35° aniversario del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

Dr. Néstor Harry Amoroch Pedraza

*Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca
Coordinador de publicaciones y educación médica continuada*

El comienzo jurídico de las normas sobre ética médica en Colombia corresponde al Código de Moral Médica (CMM), contenido en el Decreto 2831 del 23 de septiembre de 1954. Aprobado por la Asociación Nacional de Médicos Católicos (ANMEDIC), de Colombia, abre las puertas, en 1962, a la Ley 14 que introduce cambios al CMM sobre sanciones, como la suspensión temporal y definitiva del ejercicio profesional, atribución del Ministerio de Salud Pública que responsabiliza de ello al Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares.

Con ocasión de la Asamblea Internacional de Colegios Médicos, reunida en Paracas, Perú, en octubre de 1977, Colombia se comprometió a redactar un documento sobre Normas de Ética Médica que se convirtió en el Código Latinoamericano de Ética Médica, documento base para la elaboración de la Ley 23 de 1981, cuyo proyecto se presentó en 1978, apoyado por el Ministerio de Salud, la Academia Nacional de Medicina, la Federación Médica y las Sociedades Científicas.

La Ley 23 de 1981 fue sancionada el 18 de febrero de 1981 por el presidente de la república, doctor Julio César Turbay Ayala. Como consecuencia de ello, el Tribunal Nacional de Ética Médica designó a los miembros de los tribunales seccionales el 22 de noviembre de 1982. Para el Tribunal del Valle del Cauca (TEMV) se nombró a los doctores Óscar Ayala Reina, Diego Cruz Roldán, Daniel Payán Otero, José María Otero Amaya y Arturo Vélez Gil. Este último no aceptó el cargo. El 14 de julio de 1983 se reunió la primera Sala del TEMV, integrada por los doctores Cruz, Payán y Otero, con la presencia del doctor Carlos Bonilla Salinas, presidente del Colegio Médico del Valle del Cauca.

En calidad de magistrado, ingresé al TEMV en junio de 1991 para hacer Sala con los doctores Rómulo Holguín Pastrana, Armando Cifuentes Ramírez, Óscar Ayala Reyna y Roberto Calero Mercado (médicos ya fallecidos que dejaron un legado de probidad), la cual se efectuó en el consultorio del doctor Hernando Escallón Villa, quien fuera luego magistrado del TEMV, ubicado en la calle 26 norte N° 5N-39, oficina 301, de Santiago de Cali. En 1992 la entidad se trasladó al Centro Comercial Imbanaco, local 105 y posteriormente el 15 de Septiembre de 2003 se ubicó en la oficina 201 del mismo edificio.

Con la colaboración del Gobernador German Villegas V., cuando posesionó a los magistrados en el año 2003 se dio inicio a la página Web y el Ingeniero Ríos, Jefe de comunicaciones y sistemas de la Gobernación solicitó la Misión y Visión del Tribunal que fue redactada y aprobada en Sala Plena de fecha julio 16 de 2003 y se asignó el dominio de la página Web por parte de UNI-ANDES. Desde entonces Misión y Visión del TEMV se publicó en (<http://www.temvalle.org>). El mismo año 2003 se aprobó en Sala Plena el nuevo logo que identificaría en adelante a la corporación.

Su misión manifiesta que “Protege el responsable, correcto y honesto ejercicio de la medicina, regula la relación entre los médicos y sus pacientes, la de los médicos entre sí y con las instituciones, la sociedad y el Estado”; su visión expresa que acata “la norma que lo rige, ejerciendo para lograrlo, paralelamente, tanto la función sancionadora como la del magisterio”.

En cumplimiento de sus funciones de magisterio, el TEMV ha realizado 12 seminarios, publicado el libro *ASPECTOS ÉTICOS EN AUDITORÍA MÉDICA* y hasta la fecha, la revista Tribuna Ética Médica. Con esta edición, volumen 12, números 1 y 2, celebramos los 35 años de la instalación y puesta en marcha del Tribunal, cuya Sala Plena actual rinde homenaje a los honorables miembros que nos precedieron, quienes administraron justicia de acuerdo con los dictados ético-deontológicos contenidos en la Ley 23 de 1981, que propenden por aplicar los principios fundamentales inherentes a la ética médica y que protegen el responsable, correcto y honesto ejercicio de la medicina; regulan, además, las relaciones entre médicos y pacientes, las de los médicos entre sí y con las instituciones, la sociedad y el estado; desarrollan, finalmente, la función pública disciplinaria consagrada.

EL EJERCICIO DE LAS ESPECIALIDADES POR MÉDICOS QUE NO CUENTAN CON EL AVAL DE UN TÍTULO ACADÉMICO.

Edgar Saavedra Rojas

Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica

I. El principio de Legalidad.

El principio de legalidad que hoy nos parece tan obvio, es una garantía de reconocimiento realmente reciente puesto que teóricamente su existencia comienza a plantearse en la obra de Beccaria, publicada en 1764 en Livorno, con el planteamiento y popularización de sus ideas de esta obra adelantada y visionaria: “De los Delitos y las Penas “, y con elucubraciones filosóficas, humanísticas, sociales y políticas de los precursores que fijaron las bases ideológicas de las manifestaciones revolucionarias de la Comuna de París, la liberación e independencia de América de su pesadilla colonialista, y el nacimiento del Estado Moderno, surgido de los planteamientos ideológicos de iluminados pensadores entre los que debemos destacar a Locke, Rousseau, Bentham, Montesquieu, y Hobbes entre otros.

Este principio es enunciado por Beccaria así:

“ sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social¹ (Lo destacado no lo es en el texto).

Se evidencia en el extracto anterior la claridad que tenía Beccaria, con fundamento en las enseñanzas de Rousseau, que solo el legislador era el

¹ De los Delitos y de las Penas, Cesare Beccaria, pág., 29, Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1968

representante de la soberanía de la Nación, y que por tanto solo el legislador era quien podía consagrar los delitos y señalar las penas.

Aparece entonces formalizado teóricamente el principio de legalidad, nacido del explicable rechazo a la omnipotencia de la monarquía absoluta europea, en la que sobre los hombros del soberano recaía todo el poder del Estado.

“ El Estado soy yo “, es la célebre frase de Luis XIV, que describe con absoluta claridad la realidad de un Estado que dependía en todas sus manifestaciones de la voluntad caprichosa del príncipe de turno, o de sus personales intereses.

Ese absolutismo se reflejaba particularmente en el ámbito penal, porque los delitos, las penas, y los procedimientos se creaban de conformidad con los intereses coyunturales, y dependía de quien fuera el procesado, cuál la víctima, y cuáles los intereses de la monarquía.

Unos eran los procedimientos y los castigos para los miembros de la aristocracia, y otros bien diferentes para los miembros de la plebe. Los unos y los otros, se modificaban de conformidad a los intereses reflejados en cada caso, y la administración de justicia acude a la utilización generalizada de la tortura, bien como un reprochable medio de investigación, o bien como una forma de ejecutar la pena impuesta.

No existía certeza de cuáles eran las conductas amenazadas con sanción, es decir las reprochadas socialmente, de la misma manera que no existía claridad en los procedimientos, ni en los jueces competentes para investigar y juzgar, los términos como un límite temporal al poder del soberano eran inexistentes y era frecuente que las personas detenidas en mazmorras malolientes e insalubres, como la Bastilla, donde ingresaban, sin saber si algún día podrían salir de las mismas, y sin que algún día se les notificase cuál el motivo por el cuál eran privados de la libertad.

El principio de legalidad surge entonces de la situación de esclavitud, de angustiosa y absoluta zozobra en que vivían los ciudadanos de la época, con la incertidumbre constante de cuándo podrían ser objeto de una persecución, sin importar qué conductas hubieran podido realizar, para activar la monstruosa máquina del poder represor de la monarquía absoluta.

Esta necesaria y clarividente visión llevó a los revolucionarios de París, a introducir dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, y a positivizar por primera vez en la historia el principio de legalidad, y la trascendencia que se le dio se evidencia del hecho de haberle dedicado 4 de los 17 artículos que constituyen este importante documento histórico:

“ Art. 5º. *La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas para la sociedad.* Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena.

“ Art. 6º *La ley es la expresión de la voluntad general.* Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir, personalmente o por medio de representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

“ Art. 7º *Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella.* Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable.

“ Art. 8º. *La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada.* (Lo destacado no lo es en el texto).

Principio que mucho más tarde sería acogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos al estipularse:

“ Art. 7. *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.* Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

“ Art. 11. 1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley* y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.* (Lo destacado no lo es en el texto).

Este trascendental principio es reiterado en la Declaración Americana de Derechos Humanos:

“ Art. XXV. *Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.*

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y a ser juzgada sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también aun tratamiento humano durante la privación de su libertad.

’
“ Art. XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas. (Lo destacado no lo es en el texto).

Y posteriormente se incorpora en el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, respectivamente:

“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 pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

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

ARTÍCULO 15.

1.- *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

2.- Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

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

La Constitución Nacional de 1991 incluye el principio de legalidad como uno de los elementos fundamentales del debido proceso constitucional al establecerse:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
.....”. (Lo destacado no lo es en el texto).

El Código Penal, Ley 599 de 2000 instituye el principio de legalidad al determinar:

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

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

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es igualmente reiterado en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, al establecerse:

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

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

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

El principio de legalidad constituye la más extraordinaria garantía que puede concederse al ciudadano, en cuanto al absoluto respeto de su libertad de locomoción, y en general de todos los derechos humanos inherentes a la naturaleza de ser hombre, porque la existencia e intangibilidad de este derecho evita el abuso del poder y la arbitrariedad por parte del Estado y de quienes ejercen el ius puniendi, en sus diversos ámbitos de persecución, investigación, juzgamiento y castigo.

Solo el legislador puede definir qué conductas pueden ser consideradas como delito, y solo cuando se haya descrito legalmente una conducta como socialmente reprochable, el ciudadano puede ser objeto de persecución, investigación, enjuiciamiento y castigo.

En tales circunstancias políticas es claro que el principio de legalidad se convierte en la más eficiente barrera para evitar el absolutismo del Estado y una eficaz valla salvadora contra la arbitrariedad, la corrupción y el abuso de poder de los funcionarios encargados de concretar en el medio social el ius puniendi estatal.

Por medio del principio de legalidad se controla toda la actividad del Estado y la conducta de todos los servidores públicos, de la misma manera, que se convierte en una extraordinaria garantía para la preservación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La Corte Constitucional nos da una extraordinaria y sintética definición del principio de legalidad en general al sostener:

“En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”. (Lo destacado no lo es en el texto).²

Y ya desde la perspectiva del derecho penal, en la misma decisión se nos dice en que consiste el principio de legalidad al establecerse:

“En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el

² Sentencia C 200 02. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

derecho penal,³ los cuales define de la siguiente manera:

“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; **nulla poena sine praevia lege:** esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; **nemo iudex sine lege:** o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; **nemo damnetur nisi per legale indicum,** es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.⁴”

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado,⁵ y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.⁶

Al respecto, cabe recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos en su artículo 15-1,⁷ como la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 9,⁸ se refieren en forma particular y explícita a la preexistencia de los delitos y sus respectivas sanciones.

La Carta Política colombiana, por su parte en el artículo 29 establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al

³ Ver Sentencia C-739/00 M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴ Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal”, Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

⁵ Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP: Alvaro Tafur Galvis.

⁶ Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ “Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” (subrayas fuera de texto)

⁸ “Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” (subrayas fuera de texto).

acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exigiendo al legislador *(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.*

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional,⁹ haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. Así ha dicho esta Corporación lo siguiente:

“13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues es una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas.”¹⁰ De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29).¹¹

14- Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la *reserva legal*, esto es, que *la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.*

⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

¹⁰ Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3. Ver igualmente, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-2465 de 1993 y C-344 de 1996.

¹¹ Ver igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados por nuestro país mediante las leyes 74 de 1968 y 16/72, respectivamente.

15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. *Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la norma sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.* ¹²”

16- La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. *Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad,* ¹³ *según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.* ¹⁴”

¹² Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3

¹³ Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

¹⁴ Sentencia C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La jurisprudencia ha señalado igualmente que para imponer sanciones penales, “no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29).¹⁵” *Por ende, para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos.*

Para esta Corporación la exigencia contenida en el artículo 29 en este aspecto hace relación a la existencia de un juez independiente e imparcial al cual el ordenamiento jurídico le haya atribuido la competencia para decidir sobre la conducta de la persona acusada de un hecho punible, juez o tribunal que deberá observar la plenitud de las “formas propias de cada juicio”, establecidas igualmente por el legislador.¹⁶” (Lo destacado no lo es en el texto).

II. El principio de la tipicidad.

Mucho tiempo después, ya adentrados dentro de los parámetros del derecho penal moderno, el jurista alemán, Ernesto Von Beling en 1905 creó la teoría de la tipicidad, o de la taxatividad, corroborante del principio de legalidad, según la cual, las conductas seleccionadas por el legislador como socialmente dignas de reproche, deben tener una descripción gramatical inequívoca, es decir, que la concepción teórica de la conducta ilícita debe ser tan clara que no debe quedar la más mínima dubitación, de cuál es el hecho que ha sido seleccionado para ser digno de castigo penal, la tipicidad debe garantizar que no exista confusión entre las conductas lícitas y las ilícitas, la conducta ilícita debe ser indubitable, es decir que la conducta materialmente realizada en el mundo de los fenómenos sociales debe encajar materialmente con cada uno de los elementos gramaticales que la describen, es decir, que la concordancia debe ser tan perfecta que el encasillamiento de la conducta fenomenológicamente realizada debe coincidir en todas sus características con la gramaticalmente descrita, tal como sucede con la identidad que surge entre la figura original y la calcada. De no producirse esa perfecta correspondencia, estaremos en presencia de un caso de atipicidad absoluta o relativa, casos en los cuales la conducta no

¹⁵ Ver Sentencia C-843/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Sentencia C 200 02. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

puede ser objeto de persecución, ni de reproche penal, por falta de tipicidad y consecuentemente de legalidad.

Recuérdese que los elementos de la conducta punible son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad,¹⁷ y para que una persona pueda ser condenada como autor responsable de un hecho punible, estos elementos de la conducta deben estar indubitadamente probados dentro del proceso, por medio de pruebas oportuna y legalmente practicadas o allegadas.

La tipicidad está concebida normativamente de la siguiente manera:

“ARTICULO 10. TIPICIDAD. *La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

Establecida la observancia normativa de los principios de legalidad y tipicidad, ha de concluirse sin temor a equívocos, que para que un ciudadano pueda ser objeto de cualquier tipo de persecución por parte del Estado y de los funcionarios que la implementen es necesario que la conducta, por la cual es objeto de la misma, debe responder a los principios de legalidad y de tipicidad, es decir, que la conducta que motiva la movilización del aparato represivo del Estado, debe estar legalmente prevista como objeto de reproche social, pero además esa previsión normativa tiene que cumplir con el requisito de la tipicidad, es decir, que la descripción gramatical que hizo el legislador debe ser perfecta descriptivamente, inequívoca, que no existan dudas respecto a cuál es la conducta que debe ser objeto de persecución, que no exista el peligro que la conducta descrita penalmente pudiera llegar a confundirse con una parecida, que exista una perfecta concordancia entre la conducta legalmente descrita y la fenomenológicamente realizada, y de existir discrepancias parciales o totales, se habrá de con-

¹⁷ ARTICULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. (Lo destacado no lo es en el texto).

cluir en la atipicidad y consecuentemente en la imposibilidad de proseguir la persecución y la imposibilidad absoluta de poder llegar a un juicio de responsabilidad.

III. La analogía.

Es bien sabido que la analogía es una fuente creadora de derecho, pero tiene limitaciones en el ámbito del derecho penal, puesto que solo se acepta su aplicación en lo favorable a los intereses del procesado. Escriche en su conocido "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", en relación con este vocablo nos enseña: "...la relación o semejanza que hay entre los casos expresados en alguna ley, y otros que se han omitido en ella".

Ossorio y Florit en relación con la analogía nos dice:

"Analogía Jurídica. El legislador dicta la norma de derecho con un sentido abstracto, a fin de que ella pueda regular las relaciones entre los individuos y hacer posible la convivencia social. La norma legal sirve para resolver las diferencias en la apreciación de los respectivos derechos y para restablecer el derecho violado. La aplicación de la norma abstracta al caso concreto, constituye la función judicial.

Ahora bien, tal aplicación o, como dicen algunos autores, ***la subsunción del caso a la norma, ofrece frecuentemente muy serias dificultades, tanto en el orden del Derecho civil como en el del Derecho penal, bien porque ciertos matices del hecho enjuiciado le hagan susceptible de interpretación respecto a la exacta aplicabilidad de la norma, bien porque el legislador no haya previsto el caso, dando lugar a las lagunas en el Derecho***, de que se han ocupado muy distinguidos tratadistas (Zit-telmann (1), Gény (2), Stammler (3), Savigny (4), De Buen (5), Castán (6), De Diego (7), Stolfi (8), Valverde (9), Donati (10), y otros muchos, pues es evidente que en la complejidad de la vida humana se presentan casos no sólo imprevistos, sino imprevisibles. Y esto, que siempre ha sido una realidad, ofrece caracteres más agudos en los tiempos actuales, incluso por la rapidez misma del progreso material y por la vertiginosa evolución de las costumbres.¹⁸ (Lo destacado no lo es en el texto).

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Manuel Ossorio y Florit, págs. 676 y 677, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

Es claro que si un aspecto de las relaciones civiles o comerciales no está expresamente previsto en la ley, ese tema o caso puede ser resuelto, aplicando la ley que regule un tema parecido, y ésta práctica que está plenamente autorizada en casi todos los ámbitos del derecho, no es posible en el derecho represivo, porque sería un claro desconocimiento del principio de legalidad y del sub-principio de la tipicidad, y porque, de aceptarse, se estaría abriendo el espacio para que en regímenes totalitarios se pudieran implementar las más graves persecuciones por motivos políticos, raciales, ideológicos, sociales o de cualquier otra índole, como lamentablemente ya ha sucedido en el pasado, porque sería suficiente que una conducta determinada no estuviese tipificada como delito, para que los jueces con autorización legal, pudiera procesar y condenar a la persona que realizó la conducta que no está prevista en la ley como delito, por otra, que es parecida a la que no está contemplada en la ley.

El desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad, o mejor, la aceptación de la analogía para ser aplicada en el ámbito penal, puede llegar a ocasionar verdaderas tragedias nacionales, como ocurrió en el pasado en los regímenes nacional socialista y en la dictadura de proletariado, tal como no los relata el autor antes citado:

*“Al desconocerse el principio legalista de que no hay delito ni pena sin previa ley, se ha de entrar forzosamente en la norma de la aplicación analógica de la ley, como claramente se advierte en el artículo 16 del Código penal ruso, determinante de que **“cuando algún hecho peligroso no se hubiera contenido en este Código, las responsabilidades criminales del mismo se determinarán con arreglo a la ley que fije hechos más semejantes”**. Según Castro, la analogía es consecuencia legítima del positivismo de los soviets y no constituye ninguna extraordinaria novedad, porque “no es, ni ha sido nunca, la arbitrariedad, sino un prudente arbitrio judicial, conforme con las corrientes modernas penales de la burguesía, y que quizás debiera encontrarse menos limitados para conceptuarse concorde con la idea rectora del Derecho penal soviético” pues **“la analogía, tal como la define el artículo 16 del Código, es la determinación de la punibilidad de los hechos antijurídicos, pero no incluidos en el articulado, con arreglo a la semejanza que ofrezcan con los ya existentes”**. Si relacionamos ese precepto con el artículo 6º, que considera socialmente peligrosas las acciones u omisiones dirigidas contra la Constitución del Estado So-*

viético o que lesionen el orden jurídico creado por el régimen de los obreros y campesinos durante la etapa de transición a la organización del Estado comunista, veremos claramente la finalidad más política que jurídica de la aceptación del criterio analógico en materia penal. Otro tanto hay que decir de la ley de 28 de junio de 1935, obra del nacionalsocialismo, que al modificar el Código Penal Alemán, estableció lo siguiente:

“Será castigado el que cometiere un hecho declarado punible por la ley o que merezca ser penado conforme al principio fundamental de una ley penal y al sano sentimiento popular. Si no hubiera ley directamente aplicable al hecho, éste será penado según la ley en cuyo principio fundamental encaje mejor”. Bien se advierte que el nazismo llevó la impugnación del principio nullum crimen sine lege, mucho más allá que el comunismo, porque mientras éste refiere el delito no expresamente penado, a la vulneración de una disposición legal similar, aquél lo extiende a algo tan inconcreto como el sano sentimiento popular. Excede de las posibilidades del comentario jurídico –doctrinal, la apreciación de las consecuencias del orden práctico de tales normas; pero justo es decir que la precitada disposición de la ley alemana de 1935, ha sido derogada por el artículo 19 de la ley No. 11 de 30 de enero de 1946, del Consejo aliado de control.¹⁹”

Es por esta razón, de defensa de la libertad y de los derechos fundamentales de los ciudadanos que, en los verdaderos Estados de Derecho, de formación democrática y liberal, no se admite la aplicación analógica de la ley en materia penal.

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

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

¹⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Manuel Ossorio y Florit, pág. 681, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas. (Lo destacado no lo es en el texto).

Las anteriores consideraciones han sido formuladas para tratar de resolver una problemática trascendente que se presenta en el ejercicio contemporáneo de la medicina de conformidad con la normatividad que hasta ahora la regula, como es el de la delimitación del campo de acción profesional que tienen los médicos y cirujanos generales.

Mientras que algunos sostienen que al no estar reglamentadas sino dos especialidades médicas, la anestesiología y la radiología e imágenes diagnósticas, los médicos cirujanos generales (en adelante médicos generales para diferenciarlos de los cirujanos generales, que son médicos que se han especializado en cirugía general) no tienen ningún impedimento normativo para ejercer en cualquier campo de la medicina especializada.

Por el contrario, otros sostenemos qué, pese a la ausencia reglamentaria de la mayoría de las especialidades, los médicos generales, por falta de formación académica y de un adecuado entrenamiento vigilado y controlado por los maestros, no pueden adentrarse en la peligrosa práctica en aspectos de la medicina especializada, porque además de tratarse de un ilegal ejercicio de la medicina, es poner en grave e inminente peligro al paciente al que trata o interviene.

La temática es grave y delicada, y aún más cuando nuestros propios tribunales de justicia han abierto el boquete hacia un ejercicio universal e ilimitado de la medicina por parte de los médicos generales.

Se hace referencia a una decisión relativamente reciente, en la que el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de la Sala de decisión Penal de dicha Corporación, en un caso en el que una conocida protagonista de los medios y la televisión se vio involucrada en graves y peligrosas secuelas en su figura corporal y su salud, como consecuencia de una intervención de cirugía plástica realizada por quien no era especialista en cirugía plástica, estética y reconstructiva.

No discrepamos de la decisión en la que se absuelve al médico, a quien se había acusado de ser eventualmente responsable de lesiones por dolo eventual. Y no disentimos de la decisión, porque difícilmente se podría

encontrar el caso de un médico que con dolo eventual quisiera o admitiera querer ocasionar daño a una paciente, y menos si la misma es una amiga íntima como se reconoce en dicha providencia; y porque se demostró procesalmente que la sustancia adquirida como ácido hialurónico, o hialucorp era en realidad silicona líquida, que fue lo que se encontró en el cuerpo de la paciente cuando fue intervenida para extraerle lo que le había sido inyectado; nuestro apartamiento de la decisión es por algunas consideraciones que se hacen en relación a la práctica médica en materias especializadas, por quienes no tienen la formación académica en las mismas. En dicha providencia en relación con la temática de las especialidades médicas y su ejercicio se sostiene:

“3.2 De las competencias académicas y profesionales que tenía CARRILLO GÓMEZ para inocular “HIALUCORP”.

En el desarrollo de la fase probatoria del Juicio, la Fiscalía intentó demostrar que MARTÍN CARRILLO GÓMEZ no estaba facultado para realizar el procedimiento de inoculación de ácido hialurónico para la hidratación de glúteos en ninguna persona, por el hecho de tratarse de un médico general, sin la especialidad de Cirugía Plástica.

Para esta pretensión, se valió de los testimonios de los cirujanos plásticos OSCAR TIRADO e IVAN ADOLFO SANTOS GUTIERREZ, tratantes de CEDIEL a partir del año 2011, quienes realizaron intervenciones en su humanidad para intentar extraer el material “Silicona Líquida” que le fuera hallado a la paciente por el primero de estos tratantes, al realizarle una lipoaspiración e inyección de su propia grasa en los glúteos, para la que fue contratado por la aquí denunciante en esa anualidad, así como con los testimonios de la Delegada de la Secretaría de Salud MARTHA JUDITH FONSECA SUÁREZ y la Delegada del Ministerio de Educación NANCY CONSUELO CAÑÓN SUAVITA, y de otro cirujano plástico Dr. FELIPE COIFFMAN ZAICANSCHI experto en “Alogenosis Hiatrogénica”, diagnóstico con el que se describe la afectación física que sufrió la corporalidad de XXXXXXXX con la inoculación de lo que resultó ser “Silicona Líquida”.

En este devenir, a tono con lo que pergeñó la instancia, habrá de resaltarse que como conceptuaron de forma clara y extensa los testigos de cargos antes enunciados, que se desempeñan en la especialidad de Ci-

rugía Plástica, quienes dieran cuenta de sus conocimientos en la materia y lo que encontraron objetivamente en la paciente en el año 2011, *la realidad para la época de los hechos, 2009, era que las únicas dos especialidades que se encontraban reguladas por el Ministerio de Educación Nacional y que requieren en el campo de la práctica médica que el galeno haya cursado una especialidad, son la Radiología y la Anestesiología, y en ese sentido, si un médico “general”, esto es, sin una especialidad en específico, decide practicar una cirugía a corazón abierto o en el cerebro, nada le impide, desde lo legal, practicarla.*

Ahora bien, como estipulación se aportó al Juicio, la certificación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que certifica que CARRILLO GÓMEZ es Médico egresado de la Universidad Industrial de Santander, graduado en el año 1996. *También, se determinó que cursó estudios de Maestría en “Medicina Estética” en la Universidad de las Islas Baleares, en España, título que obtuvo el 15 de febrero de 2007 y que presentó ante el Ministerio de Educación Nacional para ser convalidado, sin haber obtenido lo pretendido, por cuanto por medio de las Resoluciones 1003 del 27 de febrero de 2008 y 7099 del 21 de octubre de 2008, el Ministerio sostuvo que los créditos académicos cursados no eran similares al programa de educación superior de esa área de la Medicina que se ofrece en Colombia.*

Empero, ello no implica que CARRILLO GÓMEZ no haya obtenido las competencias para desarrollar con mayor experticia su labor en el área estética, pues como indicó la médico egresada de la Universidad Juan N. Corpas CLAUDIA CECILIA DELGADO DELGADILLO, Especialista en Medicina Familiar Integral, Especialista en Terapéuticas alternativas y farmacología vegetal, Especialista en Antienviejimiento de la Universidad Autónoma de Barcelona, Doctorada en Educación de la Universidad Santo Tomás, Docente de Pregrado y Posgrado de la Universidad Juan N. Corpas, Coordinadora de posgrados médico quirúrgicos de esa Institución, Investigadora Directora del laboratorio de farmacología vegetal LABFARVE, Docente de la Universidad del Rosario, y Par Académico del Ministerio de Educación, fue delegada por la Universidad Juan N. Corpas para iniciar el proyecto de especialización en medicina estética, y en esa labor, tuvo que buscar los docentes más idóneos para ese proceso, señalando que buscó a los mejores médicos estéticos del país, entre ellos,

CARRILLO GÓMEZ, quien por su gran experticia superó el proceso de selección, nombrándosele profesor adjunto de la Universidad.

.....

Ahora bien, ¿Era la inoculación de ácido hialurónico para hidratación de glúteos un procedimiento complejo que debiera ser practicado en exclusiva por un cirujano plástico?

Revisados con detenimiento los testimonios de los cinco (05) médicos deponentes en Juicio, testigos de cargos y descargos, tres de ellos con especialidad en Cirugía Plástica (TIRADO, SANTOS y COIFFMAN) y dos expertos en Medicina Estética (DELGADO y CARVAJAL), la Sala observa que coinciden en lo fundamental con respecto al procedimiento que se practicó en XXXXXX y otras 68 pacientes, en el caso de la práctica médica de CARRILLO GÓMEZ, esto es, que se trataba de múltiples inyecciones intramusculares en el área de los glúteos con la sustancia, que no se requería anestesia general, que se podía practicar en un Consultorio debidamente habilitado por la Secretaria de Salud, que es de los denominados tratamientos “mínimamente invasivos”, que no incapacitan al paciente, ni siquiera requieren reposo de su parte, sino únicamente utilizar una faja de comprensión y asistir a controles para verificar el éxito del procedimiento, pues lo que se esperaba, es que al tratarse de ácido hialurónico, el producto se reabsorbiera en un lapso relativamente corto.

Se colige entonces, que por la profesión y estudios adicionales realizados por el médico CARRILLO GÓMEZ, quien además tenía un consultorio debidamente avalado para procedimientos de medicina estética, como señaló la testigo de cargos MARTHA JUDITH FONSECA SUÁREZ, Delegada de la Secretaría de Salud, el acusado estaba facultado no solo profesionalmente, sino administrativamente, para inocular ácido hialurónico en los pacientes.

Finalmente, aunque los Cirujanos Plásticos testigos de cargos, indicarán en sus declaraciones que preferían para el aumento del volumen en glúteos, realizar implantes de silicona como los que se usan en las mamas, o inocular grasa autóloga -del mismo paciente- para evitar complicaciones, ello no implica que sean los dos únicos métodos autorizados, sino que son los que estos especialistas prefieren, puesto que al unísono resaltaron, que esa es una postura propia de la Sociedad de Cirugía

Plástica en Colombia y que no hay regulación legal al respecto, siendo necesario entonces, verificar, si probatoriamente es sostenible que el acusado, tenía suficiente comprensión de que la sustancia que aplicó a su amiga XXXXXX, en realidad era silicona líquida y no Hialucorp, que es donde deriva la exigencia dogmática del saber para la imputación del dolo eventual en razón del resultado que le era previsible.

3.3 De la obtención y uso del “HIALUCORP” por parte del acusado.

Resulta pertinente para la Sala efectuar un análisis de trazabilidad de la forma en la que CARRILLO GÓMEZ obtuvo conocimiento de la existencia de ese medicamento, y cómo resultó obteniéndolo para inocularlo en sesenta y ocho (68) pacientes, como señalará en su testimonio, lo que se constató además por la declaración de la investigadora de la defensa KAREN NATALIA TALERO, quien en informe de Investigador de campo, rendido el 25 de mayo de 2015, señaló que revisó una a una las historias clínicas de las pacientes que fueron inoculadas con la sustancia entre los años 2007 a 2010 por parte de CARRILLO GÓMEZ.

Indicó el acusado que obtuvo conocimiento de la existencia del producto HIALUCORP, desde mucho antes de inocularlo en CEDIEL, por parte de GLORIA BEJARANO -Representante Legal de la empresa ESTETIC CLARCK- su proveedora de otros medicamentos (Toxina botulínica y Mesoterapias), quien le exhibió el Registro Sanitario otorgado por el INVIMA para su uso.

Señaló igualmente, que se comunicó directamente con la firma MEDICAL ADVANCE SYSTEM -Establecida en Cali-, única importadora del HIALUCORP, autorizada por el INVIMA, siendo atendido por uno de los representantes de la empresa, OMAR DE JESÚS AGUDELO, quien le explicó las bondades del producto, y quien incluso lo contactó con un médico que ya lo inoculaba en esa ciudad, razón por la que CARRILLO se desplazó a Cali para constatar el manejo clínico del HIALUCORP.

Indicó que hizo que uno de sus colegas se lo aplicara a él mismo en los glúteos, pues quería conocer bien el producto, qué se sentía, sus efectos adversos y mecanismo de acción, y que al evidenciar que contaba con registro sanitario, empezó a aplicarlo en sus pacientes, explicándoles

que en un término aproximado de 18 meses, el cuerpo lo reabsorbía. Este es un hecho relevante, no objetado por la fiscalía en el juicio oral, que se opone a la presunción de un saber malicioso de la clase de sustancia y la aplicación en sus pacientes despreciando razonablemente sus eventuales efectos perniciosos en la salud.

Y no puede dejar de observarse otro aspecto relevante de ese saber, pues, explicó el procesado, que la red de distribución autorizada en Bogotá por parte de MEDICAL ADVANCE SYSTEM, estaba en cabeza de JORGE CASTELLANOS FÉLIX, quien despachaba directamente el producto HIALUCORP a la firma ESTETIC CLARCK, proveedora de CARRILLO GÓMEZ.

Luego, las manifestaciones del acusado, se constataron con los testimonios de CARLOS FERNANDO CASTELLANOS -Esposo de GLORIA BEJARANO- Representante de ESTETIC CLARCK, y JORGE CASTELLANOS FELIX - Distribuidor autorizado en Bogotá de HIALUCORP por parte del importador MEDICAL ADVANCE SYSTEM , quienes depusieron que el HIALUCORP venía de Cali, en frascos color ámbar, en presentación de hasta 250 cc ó ml, debidamente sellado y con etiqueta que contenía el número de Lote, la fecha de vencimiento y el Registro Sanitario del INVIMA, y que ese era el producto que se le vendía al médico CARRILLO GÓMEZ, por valor aproximado de \$650.000° (No de \$250.000°° como indicó erradamente la instancia) llevándoselo directamente a su consultorio, precio que resulta acorde con lo que se conseguía habitualmente en el mercado, pues el mismo testigo Dr. IVAN SANTOS, declaró que el HIALUCORP se conseguía en el mercado por un valor que oscilaba entre 700 mil y un millón de pesos.

Por tanto, lo que aparece probado, es que MARTIN CARRILLO adquiría la sustancia conocida como HIALUCORP por parte del distribuidor autorizado por el importador MEDICAL ADVANCE SYSTEM.

En este orden, habiéndose constatado que el acusado tenía las competencias académicas y profesionales para realizar inoculación de HIALUCORP en sus pacientes, que el procedimiento no estaba restringido o prohibido para obtener mayor volumen en los glúteos, que lo realizó en un consultorio debidamente avalado por la Secretaría de

Salud para procedimientos de “medicina estética” y que lo adquiriría de la empresa autorizada para su importación, queda por analizar, si MARTIN CARRILLO podía tener conocimiento diferente en relación con la sustancia que finalmente resultó en el cuerpo de su paciente, como silicona líquida, y si en ello no influía el control y registro del INVIMA con relación a esta sustancia.

Se parte del hecho que el contenido de esos frascos provenía de la ciudad de Cali por parte de la empresa importadora MEDICAL ADVANCE SYSTEM, y todo indica que no contenía ácido hialurónico, sino “Silicona Líquida”, como arrojaron los resultados de la patología realizada a la sustancia extraída de la humanidad de la víctima y del frasco allegado por el procesado con la etiqueta “HIALUCORP”, sustancia finalmente hallada que no fue reabsorbida por el cuerpo humano, y de la que vale la pena traer a colación, de forma expresa, los hallazgos en el estudio de Patología realizado por Medicina Legal, como sigue:

“...El material contenido en los tejidos blancos, tanto del frasco como de los bloques de parafina, corresponde a Silicona (...) desde el punto de vista químico un biopolímero es un compuesto de alto peso molecular obtenido a partir de materiales biológicos. En ese sentido el ácido hialurónico es un biopolímero mientras que la silicona líquida no lo es. Con relación a lo encontrado en las muestras analizadas todas corresponden a silicona la cual es un polímero obtenido a partir del silicio, material inorgánico componente principal de la arena (...) es IMPOSIBLE que el ácido hialurónico, producido o implantado en el cuerpo humano, se transforme en silicona. La principal razón de ello es que en la molécula de ácido hialurónico no existen átomos de silicio...” (Informe pericial de laboratorio No. DRB-GET-291311 -2013. Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias forenses, suscrito por el profesional especializado forense JAIRO PELAEZ RINCÓN)

En ese entendido, y lo que traducen las pruebas allegadas, no podemos inferir algo diferente, sino que la sustancia que contenía el HIALUCORP no se correspondía con ácido hialurónico, sino con silicona líquida, y por la misma vía de la trascendencia probatoria, resulta a la Sala, ciertamente dudable, con las pruebas que tenemos, inferir con probabilidad de verdad, que MARTIN CARRILLO tenía conocimiento de que la sustancia que estaba aplicando en realidad era otra, y más distante en la construcción probatoria, que podía representarse que era

sustancia fraudulenta a partir de los registros del INVIMA y las restricciones de aplicación en pocas cantidades para tratamientos faciales y no corporales, y aun así dejó los nefastos resultados que podrían producirse en XXXXXXXX, librados al azar, como expuso la fiscalía, la apoderada de la víctima y en parte la instancia, al condenarlo bajo la modalidad “Eventual” del Dolo, temas que abordamos a continuación.

.....

Lo anterior, porque la ciudadana, XXXXXXXX sufrió unas lesiones de orden físico y psíquico que fueron valoradas y dictaminadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal, pero no puede afirmarse más allá de toda duda razonable, que esas lesiones fueron determinadas en total aceptación intelectual del curso de la aplicación de la sustancia en cuanto fraudulenta (silicona líquida) de principio a fin, por MARTÍN CARRILLO, porque además no se acoplaron los testimonios de quienes suministraron el llamado Hialucorp, sin perjuicio de lo que compete a la Fiscalía, dado que se compulsaran copias de los titulares de los registros (por un presunto delitos contra la salud pública de que tratan los arts. 372 y ss del C.P.), por la presunción del fraude en la sustancia para la cual en un principio el INVIMA, concedió registros de importación, distribución y comercialización, y sin perjuicio de que la víctima reclame perjuicios de orden civil, porque en este momento solo se resuelve lo concerniente la conducta delictiva – lesiones personales dolosas – de que se ocupa el derecho penal, agotándose el objeto de nuestro conocimiento.²⁰

IV. EL RIESGO SOCIAL QUE IMPLICA EL EJERCICIO DE CIERTOS OFICIOS Y PROFESIONES, Y LA NECESIDAD DEL ESTADO DE REGULARLAS Y CONTROLARLAS.

La Constitución Política consagra la libertad de escogencia de profesión u oficio, pero al mismo tiempo limita dicha libertad, puesto que potestativamente consagra su derecho a exigir títulos de idoneidad.

De la misma manera establece para las autoridades competentes el deber de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones u oficios.

Finalmente consagra la libertad de escogencia de las ocupaciones u ofi-

²⁰ Tribunal del Distrito Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal. Sent. 4 de marzo de 2019. M. P. Fabio David Bernal Suárez.

cios que no exijan formación académica, “salvo aquellas que impliquen un riesgo social.”

En relación con las profesiones legalmente reconocidas establece que pueden organizarse en colegios, y que la ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. En tal sentido se establece:

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

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. (Lo destacado no lo es en el texto).

El constituyente consagró la libertad de enseñanza aprendizaje, investigación y cátedra;²¹ y bien se sabe que, al igual que todos los derechos y libertades, no es absoluto, y si la libertad de cátedra tampoco lo es, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional,²² en consonancia con esta idea de la relatividad de los derechos, en el artículo 67 constitucional se consagra la educación como un derecho,²³ pero el Estado se reserva el

²¹ ARTICULO 27. El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

²² “Las libertades de aprendizaje y de investigación, no pueden entenderse reconocidas en forma absoluta. Ellas como las demás amparadas constitucionalmente son relativas, pues su ejercicio se encuentra limitado por el orden y el sometimiento debido a la Constitución, la ley y los reglamentos de la institución de enseñanza. “T-493 de 1992.

²³ ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

derecho de regular, ejercer la suprema inspección y vigilancia de la misma, con el objetivo de garantizar su calidad, el cumplimiento de sus fines y en la búsqueda de la mejor formación moral, intelectual y física de los discentes, de la misma manera que para garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y garantizar las condiciones de acceso y cubrimiento del servicio educativo.

Es por ello que el Congreso de la República en el ejercicio del deber reglamentario de los principios constitucionales ha dictado numerosas leyes reglamentando el funcionamiento de la enseñanza superior, y establecido una serie de exigencias en cuanto a la formación de los profesionales de la salud, no solo en los estudios de pregrado, sino también en los de especialización, maestrías, doctorados y postdoctorados. De ello constituye un ejemplo la Ley de Talento Humano en Salud, Ley 1164 de 2007.

Recuérdese que es el propio Constituyente quien al consagrar el derecho de escogencia de profesión y oficio, establece que el ejercicio de las profesiones será regulado y controlado por el Estado, y pese a consagrar que el ejercicio de ocupaciones, artes y oficios que no requieren formación académica son de libre ejercicio, establece una salvedad, respecto de las que impliquen en su ejercicio un riesgo social.

Es claro y justificable el afán de regular y controlar las actividades de las profesiones, oficios y ocupaciones que conlleven en su ejercicio un riesgo social, porque está dentro de sus objetivos constitucionales, el brindar a sus súbditos las condiciones sociales, económicas y políticas para que la comunidad puede coexistir en paz y tranquilidad, y que las personas individualmente puedan desarrollar libremente su personalidad. En tales condiciones es evidente, que debe tomar todas las medidas preventivas que sean necesarias para garantizar esa coexistencia pacífica y tranquila y así evitar cualquier tipo de riesgos sociales que puedan ocasionar daño a los miembros de la nación, o a ella misma.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación 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; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

Se ha sostenido con razón que estamos viviendo en la sociedad del riesgo, porque dentro de la realidad tecnológica y científica del momento, existen innumerables conductas, ocupaciones, oficios profesiones y actividades de diversa naturaleza, qué por su solo ejercicio, constituyen un verdadero riesgo social, razón por la cual el Estado en cumplimiento de sus deberes constitucionales debe controlar y regular, para evitar la producción de daños a las personas, o verdaderas tragedias dentro de la comunidad.

La Corte Constitucional tiene una nutrida y reiterada jurisprudencia en relación con el ejercicio de las profesiones, ocupaciones u oficios, en las que ha explicitado en qué consiste el riesgo social, y la necesidad de obtener títulos de idoneidad profesional para poder ejercer determinadas profesiones, o sus especialidades. En uno de sus primeros pronunciamientos sostuvo:

“El derecho al ejercicio de una profesión se manifiesta como una de las materializaciones de la libre elección de profesión u oficio. *Sin embargo, a diferencia de la elección que es libre, la Constitución autoriza que la ley reglamente el ejercicio de las profesiones que serán vigiladas e inspeccionadas por las autoridades competentes. El objetivo de la reglamentación de las profesiones no es consagrar privilegios en favor de determinados grupos sociales sino controlar los riesgos sociales derivados de determinadas prácticas profesionales.*²⁴ (Lo destacado no lo es en el texto).

La Corte Constitucional en sentencia C-964 de 1999, nos dio un claro concepto de lo que ha de entenderse por riesgo social, como consecuencia del ejercicio de una profesión. En tal sentido sostuvo:

“En primer término, el riesgo social que genera la actividad social debe ser claro y afectar, o poner en peligro, el interés general y derechos fundamentales; pero eso no es suficiente; es además necesario que ese riesgo pueda ser disminuido de manera sustantiva gracias a una formación académica específica. En efecto, no tiene sentido que la ley profesionalice ciertos oficios e imponga, como requisito para su ejercicio, un título de idoneidad, si los riesgos de esa actividad no pueden ser claramente reducidos gracias a una formación, pues, de no ser así, la exigencia del título sería inadecuada e innecesaria. Por

²⁴ Sent. C 226 1994 M. P. 5 de mayo de 1994. Alejandro Martínez Caballero.

*ende, sólo puede limitarse el derecho a ejercer un oficio y exigirse un título de idoneidad, cuando la actividad genera: (i) un riesgo de magnitud considerable, (ii) que es susceptible de control o de disminución a través de una formación académica específica.*²⁵ (Lo destacado no lo es en el texto).

En la misma decisión se estableció que el derecho del Estado de exigir títulos de idoneidad profesional, no puede llevarlo a establecer exigencias innecesarias, debiendo en tales circunstancias enmarcar las limitaciones dentro de las siguientes premisas: a) Debe hacerse por medio de una ley, porque se trata de un tema de reserva legislativa; b) Se deben establecer los requisitos que garanticen la idoneidad profesional; c) Se deben adecuar las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica y científica; y d) Las condiciones establecidas para el ejercicio no pueden crear circunstancias discriminatorias. En tal sentido se expresó.

“Es razonable sostener que si el Legislador está obligado a exigir títulos de idoneidad también goza de un margen importante de discrecionalidad para fijar los requisitos necesarios para obtener la autorización estatal para el ejercicio de una profesión. Sin embargo, esto no quiere decir que el Legislador es absolutamente libre para establecer las condiciones para lograr el título de idoneidad, pues el Congreso no puede imponer condiciones exageradas, o poco razonables, que anulen los derechos a ejercer una profesión y al trabajo. *Se ha señalado que la libertad de configuración política del Legislador para determinar los requisitos para obtener el título profesional debe enmarcarse dentro de las siguientes premisas: (i) regulación legislativa, pues es un asunto sometido a reserva de ley; ii) necesidad de los requisitos para demostrar la idoneidad profesional, por lo que las exigencias innecesarias son contrarias a la Constitución; iii) adecuación de las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica; iv) las condiciones para ejercer la profesión no pueden favorecer discriminaciones prohibidas por la Carta.*²⁶ (Lo destacado no lo es en el texto).

Posteriormente la misma Corporación se pronunciaría sobre el mismo tema, al analizar la norma que regula el ejercicio de la biología:

²⁵ Sentencia C-964/99, M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero, 1º de diciembre 1999.

²⁶ Sentencia C-964/99, M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero, 1º de diciembre 1999.

“La potestad reguladora del legislador para introducir exigencias, requisitos y limitaciones a las profesiones y los oficios no es absoluta, y en cambio debe estar cimentada en profundas razones de orden y seguridad sociales. Los recortes que el legislador está autorizado para imponer al ejercicio de determinada profesión u oficio, se hallan principalmente justificados en el hecho de que no existen en el ordenamiento jurídico, derechos subjetivos de naturaleza absoluta. Analizadas desde la perspectiva de la razonabilidad, las restricciones legales al ejercicio de este derecho fundamental deben estar claramente encaminadas a la protección del interés general, siendo ilegítima cualquier disposición que defraude dicha teleología.

.....

La alternativa de exigir dichos títulos implica la garantía para la sociedad de que el titular del diploma es competente en el área del conocimiento de que se trata y ha sido entrenado de acuerdo con los niveles de exigencia considerados como mínimos para el ejercicio responsable de su saber. La finalidad de esta exigencia es a la vez restricción de sí misma. En otras palabras, la Ley no puede, sin quebrantar la voluntad del artículo 26 de la Carta, pero tampoco sin transgredir la integridad del núcleo esencial de los derechos vinculados, exigir las calificaciones de que se habla cuando la profesión o el oficio frente al cual aquella se solicita no cumple con el requisito de llevar implícito un riesgo social. Es una consecuencia directa, en punto a los diplomas de excelencia, de la necesidad de que la ley tenga un sustento de razón suficiente.

.....

La Biología, ciencia objetiva y empírica, se encarga de estudiar uno de los aspectos cruciales de la realidad: el de la vida. De la vida en todas sus manifestaciones, desde la que reside en los organismos unicelulares hasta la que anima los seres complejos en los reinos animal y vegetal. De allí que su espectro de acción sea tan amplio que pueda encontrarsele aplicación prácticamente en cualquier realidad presente de la tierra.

.....

Es sabido, a propósito de las ciencias en general, que la aplicación de los conocimientos científicos (tecnología) afecta directamente la realidad circundante, porque la interpreta y transforma, y que la influencia de los resultados científico-tecnológicos tiene consecuencias en la noción social del entorno. Se sabe que esa influencia, provechosa y útil en los más de los casos, puede devenir en perjudicial para el ser humano. Los resultados que arroja la investigación biológica no sólo comparten ese riesgo, común a toda experimentación científica, sino

que parecen incrementarlo, por virtud de que el elemento manipulado es, en su caso, la vida.²⁷ (Lo destacado no lo es en el texto).

Más tarde en el control constitucional de la ley que reglamenta la Radiología e Imágenes Diagnósticas, nuevamente la Corte se pronunció sobre el derecho de escogencia profesional, insistiendo en la necesidad de su reglamentación y del establecimiento de ciertas restricciones, como los títulos de idoneidad profesional por el riesgo social que implica el ejercicio de la medicina y de sus especialidades

“Se puede apreciar que las referidas actividades de radiología e imágenes diagnósticas comprenden no sólo la manipulación de los aparatos disponibles para la obtención de las imágenes, los cuales son diversos y algunos de ellos sofisticados, sino también, y principalmente, la interpretación de aquellas y la formulación del diagnóstico correspondiente, materias éstas que de modo ostensible están directamente relacionadas con la salud de los usuarios de tales servicios y más concretamente con la detección de enfermedades que en muchos casos pueden ser graves, como el cáncer, y especialmente en los campos de la ginecología y la obstetricia, de suerte que ***el ejercicio deficiente de esas actividades, por la falta de una preparación científica y académica adecuada, implica un riesgo social evidente y, también, un riesgo de lesión de derechos fundamentales como son la vida y la integridad personal.***

Lo anterior explica que el legislador mismo expresamente prescriba que el ejercicio de la especialidad regulada, “es una actividad de alto riesgo”, en forma integral (Parágrafo, Art. 11).

Por esta razón, no puede aceptarse el argumento de la demanda en virtud del cual la práctica de imágenes diagnósticas, independientemente de la práctica de la radiología, es inocua, es decir, no causa daño alguno, por referirse esta apreciación exclusivamente al manejo de los aparatos utilizables y no al conjunto de la actividad médica.

En consecuencia, la restricción impuesta por las disposiciones acusadas a la libertad de ejercicio de la profesión médica en el mencionado campo se ajusta a lo establecido en el Art. 26 de la Constitución Nacional. (Lo destacado no lo es en el texto).

²⁷ Sentencia 505 del 16 de mayo de 2001.M. P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Nuevamente, se pronunció la Corte sobre el derecho del Estado a exigir títulos de idoneidad profesional:

“En relación con aquellos oficios u ocupaciones -sea a nivel profesional, técnico o empírico- cuyo ejercicio pueda implicar un riesgo para el conglomerado social, la Corte reafirma su jurisprudencia en el sentido de establecer que frente al ejercicio de este tipo de actividades se prevé una mayor injerencia estatal.

.....

Resulta justificado, desde el punto de vista constitucional, que el Legislador goce de un margen de apreciación y pueda, en este sentido, exigir el cumplimiento de una serie de requisitos de obligado observancia por parte de quienes realizan oficios o profesiones que conlleven un riesgo social. No obstante lo anterior, como ya fue expuesto, el Legislador goza de un margen de apreciación limitado y no puede ejercer sus competencias de forma desproporcionada o poco razonable. ***La facultad que le otorga la Constitución al Legislador en este ámbito obedece justamente a la necesidad de conjurar o disminuir, en la medida de lo factible, los riesgos sociales vinculados al ejercicio de ciertos oficios o profesiones. Así las cosas, el legislador está habilitado para exigir la debida certificación académica mediante la cual se garantice la idoneidad de quienes han de realizar actividades conexas con algún tipo de riesgo social.***

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es preciso que la actividad del Legislador en este contexto se ajuste a las siguientes premisas: (i) la regulación debe ser establecida por vía legislativa en virtud de la reserva de ley que opera en este ámbito; (ii) las exigencias para certificar la idoneidad profesional deben ser necesarias; (iii) las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica deben ser adecuadas; (iv) los requisitos exigidos para el ejercicio de la profesión u oficio no pueden implicar una discriminación prohibida por la Constitución Nacional.²⁸ (Lo destacado no lo es en el texto).

C-193 2006. M. P.Dr.

²⁸ Sent. C 193 del 15 de marzo de 2006 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, marzo 15 de 2006.

V. La voluntad del legislador de controlar el ejercicio de las profesiones, regular y supervisar la enseñanza profesional, en los estudios de pregrado y postgrado.

Es claro que el artículo 46 de la Ley 23 de 1981 hace referencia es a los requisitos normativos exigidos al médico general para poder ejercer lícitamente la profesión,²⁹ y algún intérprete de esta normatividad podría pensar que como la Ley no regula nada en relación con el ejercicio de las especialidades médicas, se podría aplicar esta norma represiva al médico general que ejerza una especialidad médica sin tener el aval de un título universitario; interpretación que sería manifiestamente errónea y contraria a los preceptos constitucionales porque se trataría de la aplicación analógica de una norma penal desfavorable.

Las previas reflexiones sobre dogmática penal en materia de legalidad y tipicidad, son importantes para entrar a analizar la problemática de las especialidades médicas, y solucionar el interrogante de si se puede imponer sanción disciplinaria al médico general que realiza actos médicos, propios de la competencia de alguna de las especialidades o subespecialidades médicas.

Porque es indubitable que el médico que ejerce la profesión sin cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 46 de la Ley 23 de 1981, incurre en una falta disciplinaria, pero debe reconocerse que no existe norma que consagre como falta disciplinaria la conducta del profesional que ejerce en actividades propias de una especialidad o subespecialidad médica, obviamente, por fuera de los casos extraordinarios impuestos por las urgencias y las emergencias.

²⁹ ARTICULO 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

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

PARÁGRAFO: El Ministerio de Salud expedirá a cada médico un carné o tarjeta profesional que acredite su calidad de tal, y enviará mensualmente a la Federación Médica Colombiana una relación completa de los profesionales registrados, identificándolos con el número correspondiente a su tarjeta profesional.

PARÁGRAFO: El Ministerio de Salud buscará los medios necesarios para expedir las tarjetas a que se refiere este artículo antes del 31 de diciembre de 1982.

Frente a tal problemática se ha de reconocer que, si bien es una realidad que el legislador cumpliendo deberes constitucionalmente impuestos en cuanto a la capacidad del Estado de reglamentar y supervisar las profesiones,³⁰ hasta el momento solo ha cumplido con este deber en relación con las especialidades de la anestesiología y la radiología e imágenes diagnósticas es decir que la inmensa mayoría de las especialidades y subespecialidades médicas aún siguen esperando que el legislador cumpla con esta trascendental obligación constitucional, pero pese a la anterior realidad legislativa, igualmente debe reconocerse que existe evidente voluntad del Congreso de la República por reconocer y reglamentar, no solo el pensum académico de las Universidades a nivel de pregrado y postgrado, sino que se ha adentrado en la problemática de las especializaciones, maestrías, doctorados y postdoctorados, presionado por la consecuente necesidad del país y de sus ciudadanos de contar con los mejores profesionales, formados en los más óptimos y novedosos protocolos y conocimientos que brindan la técnica, las ciencias en general y las artes.

Si lo anterior se predica de todas las profesiones, con mayor razón, se debe afirmar con respecto a la medicina y a las ciencias de la salud, porque entendemos que si el Estado y la Constitución que lo rige, son instrumentos creados por el hombre para garantizar a nivel individual las condiciones sociales, políticas, y económicas para que el ser humano individualmente considerado pueda desarrollar libremente su personalidad,³¹ y a nivel comunitario, para que la Nación como tal, y que cada uno de los hombres que la constituyen obtengan las condiciones propicias: “.....**con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana**,.....³²” es

³⁰ ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. (Lo destacado no lo es en el texto).

³¹ ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

³² Preámbulo de la Carta Política.

evidente, que la medicina más que una profesión liberal, es una herramienta indispensable en la construcción de la Nación.

Si lo anterior se afirma en relación con la medicina general, que exige para su ejercicio un título universitario, con mucha mayor necesidad se requiere para ejercer las especialidades médico-quirúrgicas, habida cuenta de que los especialistas se ocupan de patologías de mayor complejidad, utilizan tecnologías avanzadas que requieren entrenamiento intensivo y deben conocer a profundidad los riesgos de sus actividades y saber reconocer y tratar las complicaciones que puedan resultar de los tratamientos que hacen. Es decir, el riesgo social puede ser, y de hecho lo es, superior cuando se ejercen especialidades y subespecialidades, que surgieron precisamente por la complejidad de los problemas a tratar, mucho mayores que cuando se ejerce la medicina general.

Si la medicina es algo más que una profesión, es evidente que con mayores exigencias y necesidades que en otras profesiones, no puede escapar al impresionante y desconcertante desarrollo tecnológico, científico y humanístico al que se ha llegado, luego de una evolución milenaria, durante la cual el hombre ha luchado contra el sufrimiento, la peste, la enfermedad, el dolor y la muerte.

En un trabajo inédito del Honorable Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica, Dr. Ariel Iván Ruiz Parra, que será próximamente publicado en La Gaceta de Obstetricia en relación con esa especialidad médica sostiene:

“La obstetricia es una especialidad que tiene un gran componente de arte y experticia derivada, no solo de los años de preparación, sino de la experiencia. El desarrollo de competencias y habilidades para resolver emergencias obstétricas exige horas de estudio, investigación, prácticas de simulación clínica y, por supuesto, la atención durante la residencia de un número importante de pacientes bajo la supervisión de especialistas experimentados. Incluso después de terminar la residencia los especialistas pueden verse enfrentados a situaciones que no tuvieron la oportunidad de tratar previamente. En este sentido, las maniobras e intervenciones obstétricas -que con frecuencia deben realizarse de manera urgente e inesperada- deben ser practicadas idealmente por especialistas en ginecobstetricia o en su defecto por los facultativos con la mayor experiencia de la institución de salud.”

Si no se hace esto aumenta la posibilidad de desenlaces adversos maternos y perinatales.

La medicina más que una ocupación es una profesión. De este tema se ha ocupado a profundidad el Dr. José Félix Patiño en varios escritos en los que señala que una profesión se caracteriza por un cuerpo amplio y profundo de conocimientos, un campo de acción y desempeño específico y la autorregulación.

Se han perdido centenares de batallas, pero el momento actual de la medicina nos demuestra, que la guerra se está ganando, y para seguir por ese camino de esperanza y de vida, es una necesidad insoslayable que los estudiosos de la medicina se sigan especializando y subespecializando, porque de los sacrificios personales y familiares de quienes ejercen esta hermosa visión de vida, se podrá garantizar el futuro, y la vida del hombre y de la humanidad.

El Constituyente consciente de que la vida es el sustrato esencial para el ejercicio de los demás derechos, no se limita a consagrarla como derecho fundamental,³³ sino que dedica un número plural de normas tendientes a garantizar en la medida de lo posible la vida de los seres humanos, vivida con dignidad, respeto, salud, y alejada en la medida de lo posible de la enfermedad, el dolor y la muerte prematura.

En el artículo 42 de la Carta se reconoce a la familia como el núcleo esencial de la sociedad y se le garantiza una protección integral, aspecto en el que tiene trascendental importancia el derecho a una medicina científica, técnica, humanística y responsable;³⁴ en el artículo 45 se establece la igual-

³³ ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

³⁴ ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

dad de derechos para el hombre y la mujer, especificándose que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado;³⁵ en el artículo 44, se consagran los derechos fundamentales de los niños, entre los que se destacan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y una alimentación equilibrada;³⁶ en el artículo 45 se consagran los derechos de los jóvenes, destacándose que el adolescente tiene derecho a una formación y protección integral, que obviamente incluye como lo más fundamental, la salud;³⁷ en el 46 se consagran los derechos fundamentales de los miembros de la Nación que estén en la tercera edad, garantizándoseles su protección y asistencia, destacándose la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia,³⁸ en el 47 se

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

³⁵ ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

³⁶ ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

³⁷ ARTICULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

³⁸ ARTICULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

establece como un deber del Estado: "...una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requiera;³⁹" en el artículo 48, se instituye la Seguridad Social como un servicio público, de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos por la ley;⁴⁰ en el artículo

³⁹ ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

⁴⁰ ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del

49 se establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, garantizándose a todos los habitantes del territorio nacional los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud;⁴¹ en el artículo 50 se determina que todo niño menor

Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

⁴¹ ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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

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

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

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

de un año que no tenga ningún tipo de protección o seguridad social, tiene derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado;⁴² en el artículo 52, se precisa que el deporte tiene como función la formación integral de las personas y como una de sus objetivos preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano;⁴³

El anterior catálogo constitucional nos demuestra que la medicina es algo más que una profesión liberal, es una vocación de servicio, que al ser escogida por seres excepcionales, saben de antemano los grandes sacrificios y limitaciones a que se someten, porque se trata de una que día y noche implica trascendentales deberes que sobrepasan los que surgen del ejercicio de una mera profesión liberal; de manera preponderante surge para el gremio médico el deber de garantizar derechos consagrados en la Constitución, protegidos por el Estado, pero que realmente dependen de la actividad médica y del servicio esclavizante y sacrificado que exige el ejercicio de este oficio, razón por la cual, con mayores razones el Estado debe controlar la idoneidad, eficiencia y actualidad de los programas curriculares en la formación de pregrado, y en todas sus expresiones académicas de especialización y subespecialización de los profesionales médicos.

La norma que regula la Educación Superior, Ley 30 de 1992, establece que los campos de acción de la Educación Superior son: “El de la técnica, el de la ciencia, el de la tecnología, el de las humanidades, el del arte y de la filosofía.”⁴⁴

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

⁴² ARTICULO 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

⁴³ ARTICULO 52. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano.

El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social.

Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre.

El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas.

⁴⁴ ARTICULO 7o. Los campos de acción de la Educación Superior, son: El de la técnica, el de la ciencia el de la tecnología, el de las humanidades, el del arte y el de la filosofía.

La medicina por su complejidad, queda comprendida dentro de la problemática de la ciencia, la tecnología y la filosofía. Parecería una afirmación exagerada e incomprensible, pero constituye una realidad que dentro de las ciencias químicas y físicas particularmente, gira un vasto campo de acción de la medicina y no solo por la farmacología, sino que los modernos adelantos en temas estrictamente médicos como son los relacionados con los trasplantes, las sustituciones y reemplazos de componentes orgánicos, campos en los que la química y la física tienen una profunda participación a nivel de las ingenierías mecánica, eléctrica, electrónica y otras áreas de la física, porque si no, ¿cómo puede comprenderse la existencia médica de los marcapasos, las prótesis, los implantes y la multitud de adelantos médicos con los reemplazos orgánicos y los trasplantes?.

La filosofía es esencial en la cultura médica para comprender el ser, su trascendencia, su dignidad, sus objetivos, su relación con el mundo que lo circunda, y sus objetivos más trascendentes. El hombre es un ser que por su espiritualidad trasciende lo puramente físico y biológico, por tanto, la labor del médico y sus objetivos de beneficencia, no puede estancarse exclusivamente en los procesos de salud y enfermedad, sino en la integridad del ser que la padece, y el médico, con su formación filosófica debe comprender y entender al ser humano en su inmensa complejidad espiritual y biológica.

La ley educativa que se comenta, prevé la interacción de la técnica, la ciencia y la filosofía dentro de los respectivos programas curriculares de pregrado y postgrado, cuando dispone que los mismos harán referencia a esos diversos campos del conocimiento de conformidad con los propósitos de cada programa de formación.⁴⁵

La necesidad del fortalecimiento de los conocimientos obtenidos en pregrado, se evidencia con el contenido del artículo 10 de la Ley Educativa, en cuanto establece que son programas de postgrado las especializaciones, las maestrías, los doctorados y los postdoctorados.⁴⁶

Sin adentrarnos en la historia de la medicina colombiana en las épocas más remotas, la problemática de las especialidades médicas comienza a

⁴⁵ ARTÍCULO 8o. Los programas de pregrado y de postgrado que ofrezcan las instituciones de Educación Superior, harán referencia a los campos de acción anteriormente señalados, de conformidad con sus propósitos de formación.

⁴⁶ ARTÍCULO 10. Son programas de postgrado las especializaciones, las maestrías, los doctorados y los post doctorados.

despertar de una manera más evidente a mediados del siglo pasado, como lo reconocen Diego Roselli, e Isabel del Socorro Moreno, en su trabajo, sobre la historia de las especialidades médicas en Colombia:

“Unos años más tarde, en 1953, visitó a Colombia una nueva e influyente misión norteamericana encabezada por **Maxwell E. Lapham**, decano de la facultad de medicina de la Universidad de Tulane. Como una de sus recomendaciones surgió la creación de Ascofame, la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, muy influyente en sus primeros años de existencia. La Misión de Tulane reforzó la tendencia a la departamentalización y el especialismo. Es así como hacia finales de los años cincuentas, de manera casi simultánea y con clara influencia norteamericana, se crearon los primeros programas de postgrado en el Hospital de la Samaritana y en el Hospital San Juan de Dios en Bogotá, así como en el Hospital Evaristo García en Cali y el Hospital San Vicente de Paúl en Medellín. El primer programa formal de especialización, que fue el de anestesia se constituyó en la Universidad del Valle en 1956, en el recién inaugurado Hospital Departamental. En 1959, siendo decano de la Facultad de Medicina el doctor Rafael Casas Morales se iniciaron los programas de especialización en cirugía general, ortopedia y urología en la Universidad Nacional de Colombia.

Ascofame fue creada en diciembre de 1959, y en 1962, ésta a su vez conformó el Consejo General de Especialidades Médicas. El Consejo aprobó la reglamentación de 15 especialidades y organizó los respectivos Comités de Especialidades, que tenían entre sus funciones establecer los requisitos mínimos de los programas de especialización, así como su duración. Se definió también la “certificación por derecho adquirido”, por medio de la cual se optaba al título de especialista, en dichas ramas de la medicina, si se habían dedicado un mínimo de cinco años a determinada especialidad, ejerciendo por lo menos medio tiempo. En 1966 Ascofame certificó a los primeros 55 especialistas y al año siguiente confirió 23 títulos más.⁴⁷”

La necesidad de las especialidades médicas se ha venido mencionando en la legislación nacional desde hace ya bastante tiempo, demostrándose con ello que ha sido voluntad del legislador, que el país por medio de sus uni-

⁴⁷ El desarrollo histórico de las especialidades médicas en Colombia. Diego Andrés Roselli Cock, Isabel del Socorro Moreno Luna. Revista MediUnab, Historia de la Medicina, Vol 3, Nro 8, pág 109 y ss, agosto de 2000.

versidades públicas y privadas, puedan brindar la mejor de las medicinas a los miembros del conglomerado nacional. Y esta voluntad legislativa surge como consecuencia de una realidad, puesto que frente a la existencia de las especialidades y a la urgente necesidad de los miembros de la Nación de ellas, el legislador comienza a reglamentarlas.

Pese a lo anterior tenemos que reconocer que el legislador de manera lamentable, solo ha reglamentado la anestesiología y la radiología e imágenes diagnósticas, pero este hecho no puede llevar a la conclusión, que las otras especialidades no existan, o que cualquier médico general, está autorizado y capacitado para ejercer en todos los vastos y complejos campos de la medicina.

En la Ley 14 de 1962, se hace referencia a los estudios de las especialidades médicas, y a pesar de que se trata de una ley pre-constitucional, en el artículo 8º establece que para que una Universidad pueda abrir un programa de una especialidad médica requiere de la autorización del Gobierno, e impartirá la misma, si el programa llena los requisitos mínimos exigidos por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina:

“Artículo 5º El estudio de las especialidades relacionadas con la profesión de que se viene hablando, será organizado por las respectivas facultades y hará parte de sus programas docentes.

Artículo 8º Las facultades o escuelas universitarias que otorguen títulos profesionales en medicina y cirugía, ya establecidos o que puedan establecerse en el territorio nacional, funcionarán bajo la inspección y vigilancia del Presidente de la República.

Parágrafo 1º De acuerdo con lo previsto en el artículo 135 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República podrá delegar en el Ministerio de Educación Nacional la función de inspección y vigilancia de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2º ***Para que una universidad, facultad o escuela pueda enseñar la medicina y cirugía o cualquiera de sus especialidades o ramas, necesita la autorización previa del Gobierno Nacional, el cual la dará si llena los requisitos mínimos señalados por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.***” (Lo destacado no lo es en el texto)

El precedente texto legal, demuestra de un lado el interés del Gobierno Nacional en regular todo lo relacionado con las especialidades médicas, y sobre todo, demuestra el interés de tener el control sobre la enseñanza de las mismas, para que las que se ofrezcan a los miembros de la comunidad médica, respondan al rigor técnico y científico que exige la calidad y excelencia en materia de especialidades médicas.

La Ley 1188 de 2008, sobre registro calificado de programas de educación superior, es reglamentada por el Decreto 1295 de 2010, y en su artículo 23 se regula lo relacionado con las especialidades médicas:

“ARTÍCULO 23. ESPECIALIZACIONES MÉDICAS Y QUIRÚRGICAS. <Artículo compilado en el artículo 2.5.3.2.7.4 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015. Son los programas que permiten al médico la profundización en un área del conocimiento específico de la medicina y adquirir los conocimientos, competencias y destrezas avanzados para la atención de pacientes en las diferentes etapas de su ciclo vital, con patologías de los diversos sistemas orgánicos que requieren atención especializada, lo cual se logra a través de un proceso de enseñanza-aprendizaje teórico que hace parte de los contenidos curriculares, y práctico con el cumplimiento del tiempo de servicio en los sitios de prácticas asistenciales y la intervención en un número de casos adecuado para asegurar el logro de las competencias buscadas por el programa.

De conformidad con el artículo 247 de la Ley 100 de 1993, estos programas tendrán un tratamiento equivalente a los programas de maestría.” (Lo destacado no lo es en el texto).

Precepto reiterado en el artículo 3.1.1. del Decreto 1075 de 2015.

Del contenido de la norma anterior se concluye que las especialidades médicas tienen como objetivos los siguientes:

- A) Profundizar en un área del conocimiento específico de la medicina;
- B) Adquirir los conocimientos, competencias y destrezas avanzados para el tratamiento de los pacientes, con patologías de los diversos sistemas orgánicos que requieren atención especializada;

C) Lo anterior se logra con un proceso de enseñanza, y aprendizaje teórico de los contenidos curriculares;

D) Proceso de enseñanza y aprendizaje práctico con el cumplimiento de servicios en los sitios de prácticas asistenciales;

E) La intervención del discente, en un número de casos adecuado para asegurar el logro de las competencias buscadas por el programa y:

F) Supervisión y control permanente de los profesores, tanto en los programas curriculares teóricos, como en el de las prácticas hospitalarias.

La Ley 1164 de 2007 sobre Talento Humano en las áreas de la salud, tiene una interesante norma, en la que se consagra el ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones en las áreas de la salud al establecer:

“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.*”. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es claro que en esta norma se prohíbe el ejercicio de las profesiones de la salud, sin que se tengan las competencias académicas adecuadas que lo habiliten para el ejercicio idóneo de las mismas, de igual manera, el ejercicio de competencias para los cuales no está autorizada, sin haber cumplido con los requisitos establecidos en esta ley. Y ¿cuáles son esos requisitos?, los de formación académica en instituciones de Educación Superior, que comprende no solo los estudios de pregrado, sino también los de postgrado, que incluye de manera necesaria a todas las especialidades y subespecialidades médicas, lo que nos llevaría a concluir, que pese a que la mayoría de las especialidades y subespecialidades médicas no se encuentran reglamentadas, es una realidad que ha sido voluntad del legislador, considerar como ejercicio ilegal de una actividad médica de cualquier naturaleza, si el médico que la realiza no llena los requisitos exigidos en esta ley, es decir, de una adecuada formación académica en una institución de educación superior, exhibiendo el respectivo título que demuestre sus competencias profesionales, lo cual acredita también la pericia en un área específica del conocimiento médico.

Y esas exigencias sobre el cumplimiento de unos requisitos académicos, debidamente certificados por una institución de Educación Superior son enumerados en el artículo 18 de la misma ley al establecerse:

“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:*

1. *Acreditar una de las siguientes condiciones académicas:*

a) *Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique adicione o sustituya;*

b) *Certificado otorgado por una institución de educación no formal, legalmente reconocida, para el personal auxiliar en el área de la salud, en los términos establecidos en la Ley 115 de 1994 y sus reglamentarios;*

c) *Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.*

2. <Numeral INEXEQUIBLE

- Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1063-08 de 29 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

PARÁGRAFO 1o.<Parágrafo INEXEQUIBLE

- Parágrafo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1063-08 de 29 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

PARÁGRAFO 2o. Quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado.

PARÁGRAFO 3o. Al personal extranjero de salud que ingrese al país en misiones científicas o de prestación de servicios con carácter humanitario, social o investigativo, se le otorgará permiso transitorio para ejercer, por el término de duración de la misión, la cual no debe superar los seis (6) meses.

- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1085-08 de 5 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

En casos excepcionales y debidamente demostrados el término señalado en el presente artículo podrá ser prorrogado de acuerdo con el programa a desarrollar y la reglamentación que para tal efecto se expida.

Este permiso será expedido directamente por el Ministerio de la Protección Social o a través de los colegios de profesionales que tengan funciones públicas delegadas de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO 4o. En casos de estado de emergencia sanitaria legalmente declarada, el Ministerio de la Protección Social, podrá autorizar en forma transitoria, el ejercicio de las profesiones, especialidades y ocupaciones, teniendo en cuenta para este caso las necesidades del país y la suficiencia del talento humano que se requiere para garantizar un adecuado acceso a los servicios de salud.” (Lo destacado no lo es en el texto).

Por el contenido de la norma transcrita en precedencia queda establecido normativamente que para poder ejercer en una especialidad o subespecialidad médica se requieren los siguientes requisitos:

A) Tener el título de médico, otorgado por una Universidad debidamente aprobada por el Gobierno Nacional;

B) Título de especialista o subespecialista en una determinada área de la medicina refrendada por una institución de educación superior, debidamente aprobada por el Gobierno Nacional.

C) En caso de tratarse de títulos obtenidos en el exterior, que los mismos estén debidamente convalidados ante el Gobierno Nacional.

D) Si en el momento de la entrada en vigor de esta ley, -fue promulgada en el Diario Oficial Nro. 46.771 del 4 de octubre de 2007-, los médicos que estuvieran ejerciendo en especialidades o subespecialidades médicas sin tener el título correspondiente, se les dio un plazo de tres años: ***“..... para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado.*”**

En las circunstancias normativas precedentes, los médicos que en el 2007, estuvieran ejerciendo una especialidad o subespecialidad médica sin tener título de idoneidad académica para hacerlo y dentro de los tres años siguientes no acreditaron en una Universidad legalmente reconocida por el Estado su competencia académica en esa especialidad médica, no pueden ejercer legalmente dicha especialidad.

Si se tiene en cuenta que la Ley 23 de 1981, regula el ejercicio ético de la profesión, es claro que esta norma posterior, introduce una importante adición y reforma a la mencionada ley, porque esta normatividad no hace mención a la problemática originada en el ejercicio de las especialidades médicas. Es evidente que el artículo 46, -como ya se comentó-, de esta normatividad hace referencia al ejercicio profesional por parte de los médicos generales.⁴⁸ Pero como se va a demostrar con posterioridad, lo anterior no alcanza, desde la perspectiva de la legalidad y de la tipicidad, para con fundamento en la nueva norma procesar y sancionar a un médico por ejercicio ilegal de la profesión en una cualquiera de sus especialidades o subespecialidades por carecer de título académico que acredite sus competencias.

El artículo 22 de la Ley 1164 de 2007, citado en precedencia que consagra el ejercicio ilegal de las profesiones relacionadas con la salud, dispone que

⁴⁸ ARTICULO 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.

Registrar el título ante el Ministerio de Salud.

Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen a las disposiciones legales.

esa ilegalidad surge cuando se realizan actividades profesionales de atención en salud o se ejercen competencias para las que no está autorizado por no contar con los requisitos establecidos en esta ley.

En el artículo 2º, se consagran los preceptos generales que deben regir el Talento Humano en el área de las ciencias de la salud, entre los que se debe destacar el de la **CALIDAD**, principio en el que se destaca la idoneidad profesional de los servicios prestados.⁴⁹

⁴⁹ “ARTÍCULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES. El Talento Humano del área de la Salud se regirá por los siguientes principios generales:

Equidad: La formación y el desempeño del Talento Humano en Salud deben estar orientados a proveer servicios de salud en cantidad, oportunidad y calidad igual para todos los habitantes de acuerdo con sus necesidades e independiente de su capacidad de pago.

Solidaridad: La formación y el desempeño del Talento Humano en Salud deben estar fundamentados en una vocación de servicio que promueva la mutua ayuda entre las personas, las instituciones, los sectores más fuerte debe apoyar al más débil.

Calidad: La formación y el desempeño del Talento Humano en Salud, debe caracterizarse por el logro de los mayores beneficios posibles en la formación y la atención, dentro de la disponibilidad de recursos del sistema educativo y de servicios y con los menores riesgos para los usuarios de servicios de salud. Se reconocen en la calidad dos componentes interrelacionados: el ejercicio idóneo de competencias propias de cada profesión u ocupación en salud y la satisfacción y mejoramiento de la salud de los usuarios de los servicios.

Ética: La formación y el desempeño del Talento Humano en Salud, debe estar enmarcado en el contexto cuidadoso de la vida y la dignidad del ser humano.

Integralidad: La formación y el desempeño del talento humano debe reconocer las intervenciones y actividades necesarias para promover, conservar y recuperar la salud, prevenir las enfermedades, realizar tratamientos y ejecutar acciones de rehabilitación, todos ellos en cantidad, calidad, oportunidad y eficiencia de la salud de los individuos y las colectividades.

Concertación: La formación y el desempeño del Talento Humano en Salud deben establecer espacios y mecanismos para propiciar acercamientos conceptuales y operativos que permitan definir líneas compartidas de acción, por parte de los diferentes actores que intervienen en la prestación de los servicios de salud.

Unidad: Debe ser una característica del accionar de los diferentes actores institucionales que intervienen en la formación y el desempeño del Talento Humano en Salud, que garantiza la concreción de la articulación y la armonización de las políticas, estrategias, instrumentos legislativos, normas, procesos y procedimientos que rigen en sus respectivos campos de actuación para lograr un desarrollo equilibrado y acorde con las necesidades del país.

Efectividad: La formación y el desempeño del personal de salud, deben garantizar en sus acciones el logro de resultados eficaces en la atención de salud individual y colectiva, mediante la utilización eficiente de los recursos disponibles y la selección del mejor curso de acción alternativa en términos de costos. (Lo destacado no lo es en el texto).

Se hace referencia a las competencias propias de las profesiones y ocupaciones en el área de la salud, de conformidad con los títulos respectivos, que hayan sido obtenidos legalmente, que deben ser reconocidos y respetados por los prestadores y aseguradores de servicios en salud.⁵⁰

En la norma citada, es evidente que se hace referencia a las especialidades y subespecialidades médicas, en la consagración de una garantía para los médicos que han realizado el esfuerzo de las residencias y los postgrados, en cuanto deben ser respetados contractualmente por los prestadores y aseguradores en salud.

Es decir, que esta ley hace referencia concreta a las especialidades, para que las mismas sean respetadas contractualmente por las instituciones que prestan servicios de salud y que contraten a médicos como especialistas en una cualquiera de las ramas de la medicina.

En el artículo 12, nuevamente se hace referencia a la competencia profesional obtenida en los programas de postgrado en las áreas de la salud, cuando se define la competencia profesional como: "...una actuación idónea que emerge en una tarea concreta, en un contexto determinado.

Esta actuación se logra con la adquisición y desarrollo de conocimientos, destrezas, habilidades, aptitudes y actitudes que se expresan en el ser,

⁵⁰ ARTÍCULO 3o. DE LAS CARACTERÍSTICAS INHERENTES AL ACCIONAR DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. Las actividades ejercidas por el Talento Humano en la prestación de los servicios de salud tiene características inherentes a su accionar, así:

1. El desempeño del Talento Humano en Salud es objeto de vigilancia y control por parte del Estado.

2. Las competencias propias de las profesiones y ocupaciones según los títulos o certificados respectivos, obtenidos legalmente deben ser respetadas por los prestadores y aseguradores de servicios de salud, incluyendo la individualidad de los procesos de atención. El desempeño del Talento Humano en Salud lleva consigo un compromiso y una responsabilidad social, que implica la disposición de servicio hacia los individuos y las colectividades sin importar creencias, raza, filiación política u otra condición humana."

<Incisos adicionados por el artículo 15 del Decreto 17 de 2011. Declarados INEXEQUIBLES>

Corte Constitucional

- Decreto 17 de 2011 declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-218-11 de 29 de marzo de 2011, según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 31 de marzo de 2011, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza.

saber, el hacer y el saber-hacer.⁵¹

Se consagra para los Universidades y programas de formación de profesionales de la salud que deben buscar: “el desarrollo de perfiles y competencias que respondan a las características y necesidades en salud de la población colombiana, a los estándares aceptados internacionalmente y a los requerimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fundados en la ética, calidad, pertinencia y responsabilidad social. El Ministerio de la Protección Social desarrollará los mecanismos para definir y actualizar las competencias de cada profesión atendiendo las recomendaciones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud.⁵²

⁵¹ ARTÍCULO 12. DE LA PERTINENCIA DE LOS PROGRAMAS DEL ÁREA DE LA SALUD. El Consejo Nacional del Talento Humano en Salud, a través de los comités de cada disciplina, realizará el análisis de la pertinencia de los programas correspondientes a los diferentes niveles de formación del área de la salud, de manera que estos respondan a las necesidades de la población. Los resultados de este análisis serán recomendaciones previas para que el Gobierno Nacional expida la reglamentación correspondiente en los diferentes niveles de formación de acuerdo con lo la Ley 30 de 1992 y la Ley 115 de 1994 o las normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

Para efectos de la formación del Talento Humano de que trata la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones sobre pertinencia y competencias.

Pertinencia: Es la característica de un programa educativo en el área de la salud para responder a los requerimientos de formación en coherencia con los avances del conocimiento y la tecnología en el área del saber correspondiente, de manera que den respuesta a las necesidades y problemas de salud de la población, sean estos actuales o previsibles en el futuro.

Competencia: Es una actuación idónea que emerge en una tarea concreta, en un contexto determinado. Esta actuación se logra con la adquisición y desarrollo de conocimientos, destrezas, habilidades, aptitudes y actitudes que se expresan en el ser, saber, el hacer y el saber-hacer. (Lo destacado no lo es en el texto).”

⁵² ARTÍCULO 13. DE LA PERTINENCIA Y CALIDAD EN LA FORMACIÓN DE TALENTO HUMANO EN SALUD. < Artículo modificado por el artículo 99 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las instituciones y programas de formación del Talento Humano en Salud buscarán el desarrollo de perfiles y competencias que respondan a las características y necesidades en salud de la población colombiana, a los estándares aceptados internacionalmente y a los requerimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fundados en la ética, calidad, pertinencia y responsabilidad social. El Ministerio de la Protección Social desarrollará los mecanismos para definir y actualizar las competencias de cada profesión atendiendo las recomendaciones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud.

Los programas que requieran adelantar prácticas formativas en servicios asistenciales deberán contar con escenarios de prácticas conformados en el marco de la relación docencia servicio. Esta relación se sustentará en un proyecto educativo de largo plazo compartido entre una institución educativa y una entidad prestadora de servicios, que integrará las actividades asistenciales, académicas, docentes y de investigación. (Lo destacado no lo es en el texto).

Dentro de esa clara y declarada vocación de obtener la calidad, eficiencia, y excelencia en la prestación de servicios en salud, se establece que los perfiles y programas de los profesionales deben concebirse de conformidad con los estándares internacionales y las necesidades nacionales, pero todo ello basado en la ética, la calidad y responsabilidad social. “ De hecho, la acreditación interna (por pares nacionales) y externa (por pares internacionales) de programas académicos y de instituciones prestadoras de servicios de salud exige la demostración de la idoneidad de los especialistas que se desempeñan en las áreas de educación y asistencial, respectivamente.⁵³”

Es tal la trascendencia que el legislador le otorga a los profesionales de la salud, y a su formación académica, que establece norma especial relacionada con la calidad que deben reunir los lugares de práctica de los estudiantes en los cursos de especialización, prácticas que se realizan entre otros lugares en los hospitales universitarios, que deben concebirse sobre los criterios de calidad.⁵⁴ Además, la CONACES (Comisión Nacional para el Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior) evalúa si las Instituciones de Salud cumplen con todos los requisitos (talento humano y recursos) para poder ser sitios de práctica (en el marco del desarrollo de programas académicos).⁵⁵

Como consecuencia de las previsiones precedentes para garantizar la calidad en la formación de los profesionales de la salud en sus estudios de especialización, se establece el deber de realizar las evaluaciones de los exámenes sobre la calidad de la Educación Superior, debiéndose hacer las recomendaciones y la priorización para la inspección, vigilancia y control de los programas de formación en el área de salud.⁵⁶

⁵³ Nota del Honorable Magistrado Dr. Ariel Iván Ruiz Parra.

⁵⁴ ARTÍCULO 14. DE LA CALIDAD PARA LOS ESCENARIOS DE PRÁCTICA. Los criterios de calidad, desarrollados en el Modelo de evaluación de las prácticas formativas incluidos para estos efectos los hospitales universitarios, se integrarán a las normas, procesos y procedimientos establecidos por el Ministerio de Educación sobre los criterios de calidad para el registro calificado de los programas de formación en el área de la salud.

⁵⁵ Nota del Honorable Magistrado Dr. Ariel Iván Ruiz Parra.

⁵⁶ ARTÍCULO 15. DE LA CALIDAD DE LOS EGRESADOS DE EDUCACIÓN SUPERIOR DEL ÁREA DE LA SALUD. El Consejo Nacional del Talento Humano en Salud, con el concurso de sus comités, analizará los resultados de la evaluación de los exámenes de la Calidad de la Educación Superior y propondrá al Ministerio de Educación Nacional las recomendaciones pertinentes y la priorización para la inspección, vigilancia y control de los programas de formación del área de la salud.

Se establece que las profesiones en estas áreas, están dirigidas a obtener la atención integral en materia de salud, ejercicio profesional que requiere de las competencias adquiridas en los programas de educación superior en salud; y se determina que a partir de la vigencia de esta ley, se consideren como profesiones del área de la salud las ya clasificadas y aquellas que demuestren por sus programas curriculares competencias para brindar atención en salud en los procesos de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y paliación.⁵⁷

En el artículo 18 se consagran los requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones en el área de la salud y entre los exigidos que nos interesan para el caso presente, es el de tener título otorgado por una institución de educación superior, legalmente reconocida, en materias de especializaciones, maestrías y doctorados. En el caso de títulos obtenidos en el exterior, se exige la debida convalidación de los mismos.⁵⁸

⁵⁷ ARTÍCULO 17. DE LAS PROFESIONES Y OCUPACIONES. Las profesiones del área de la salud están dirigidas a brindar atención integral en salud, la cual requiere la aplicación de las competencias adquiridas en los programas de educación superior en salud. A partir de la vigencia de la presente ley se consideran como profesiones del área de la salud además de las ya clasificadas, aquellas que cumplan y demuestren a través de su estructura curricular y laboral, competencias para brindar atención en salud en los procesos de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y paliación. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁵⁸ 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:

1. Acreditar una de las siguientes condiciones académicas:

- a) Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique adicione o sustituya;
- b) Certificado otorgado por una institución de educación no formal, legalmente reconocida, para el personal auxiliar en el área de la salud, en los términos establecidos en la Ley 115 de 1994 y sus reglamentarios;
- c) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.

2. Numeral INEXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1063 del 08 del 29 de octubre de 2008. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

PARÁGRAFO 1o. Parágrafo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1063 del 08 del 29 de octubre de 2008. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

En el párrafo 2º del mismo artículo se autorizó por un término de tres años a aquellos que en el momento de entrada en vigencia de esta ley estuvieran ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones en las áreas de la salud sin título, que acreditara esa especialidad, por una institución legalmente reconocida por el Estado, para demostrar su idoneidad profesional como especialista en una de las ramas de la medicina.

En el artículo 26 se define el acto médico, en la prestación de sus servicios profesionales a un paciente, y es importante destacar, que precisa que esa relación de asistencia es una obligación de medio: ***“basada en la competencia profesional.”***

Igualmente se precisa que los profesionales de la salud tienen la obligación permanente de la autoregulación, y que deben concertar su conducta, con las actividades profesionales de sus pares, sobre la base de varios elementos entre los que se encuentra en primer lugar el ejercicio profesional responsable, ético y ***competente.***⁵⁹

PARÁGRAFO 2o. Quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado.

La Corte Se declaró inhibida por medio de Sentencia C-816 del 18 de noviembre de 2009. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

PARÁGRAFO 3o. Al personal extranjero de salud que ingrese al país en misiones científicas o de prestación de servicios con carácter humanitario, social o investigativo, se le otorgará permiso transitorio para ejercer, por el término de duración de la misión, la cual no debe superar los seis (6) meses. Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1085-08 de 5 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

En casos excepcionales y debidamente demostrados el término señalado en el presente artículo podrá ser prorrogado de acuerdo con el programa a desarrollar y la reglamentación que para tal efecto se expida.

Este permiso será expedido directamente por el Ministerio de la Protección Social o a través de los colegios de profesionales que tengan funciones públicas delegadas de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO 4o. En casos de estado de emergencia sanitaria legalmente declarada, el Ministerio de la Protección Social, podrá autorizar en forma transitoria, el ejercicio de las profesiones, especialidades y ocupaciones, teniendo en cuenta para este caso las necesidades del país y la suficiencia del talento humano que se requiere para garantizar un adecuado acceso a los servicios de salud.

⁵⁹ ARTÍCULO 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD.<Artículo

Se establecen también los derechos del talento humano en salud, debiéndose destacar que se determina entre ellos: ***“El Talento Humano en Salud debe ser ubicado de acuerdo a sus competencias correspondientes a sus títulos o certificados expedidos por la entidad educativa. No se comprometerán a realizar labores que excedan su capacidad.”***⁶⁰

modificado por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de:

1. El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios.
2. La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social.
3. En el contexto de la autonomía se buscará prestar los servicios médicos que requieran los usuarios, aplicando la autorregulación, en el marco de las disposiciones legales.
4. No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran.
5. Las actividades profesionales y la conducta de los profesionales de la salud deben estar dentro de los límites de los Códigos de Ética Profesional vigentes. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales a adoptar conductas éticas para mayor beneficio de sus pacientes.

⁶⁰ ARTÍCULO 37. DE LOS DERECHOS DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. El ejercicio de la profesión u ocupación se realizará teniendo en cuenta el derecho a la objeción de conciencia, a la protección laboral, al buen nombre, al compromiso ético y al ejercicio competente.

Del derecho a la objeción de conciencia: El personal de salud puede presentar objeción de conciencia ante todo lo que la pueda violentar.

De la protección laboral: Debe garantizarse en lo posible, al personal que ejerce una profesión u ocupación en salud la integridad física y mental, y el descanso que compense los posibles riesgos que se asuman en el trabajo y permita atender dignamente a quien recibe sus servicios.

No será causal de inhabilidad para el ejercicio laboral en administración pública la sanción que haya sido declarada extinta por cualquiera de las causales señaladas en la ley.

Del derecho al buen nombre: No se mencionarán las limitaciones, deficiencias o fracasos, del equipo de trabajo para menoscabar sus derechos y estimular el ascenso o progreso laboral, excepto cuando sea necesario y justo, por el bien de terceros. También se evitará todo tipo de conductas lesivas, tales como ultrajes físicos o psicológicos, injurias, calumnias, falsos testimonios o críticas nocivas.

Es importante destacar la última frase de la norma citada precedentemente en cuanto dispone: ***“No se comprometerán a realizar labores que excedan su capacidad”***. Y es importante resaltarla, porque una vez más se reitera la voluntad del legislador, de que en medicina solo se puede prestar servicios en las áreas especializadas en las que se encuentra formado académico, de conformidad con el título expedido por una institución de educación superior.

Hemos destacado y comentado numerosas normas, que regulan los estudios y el ejercicio de la profesión médica y en todas ellas se han destacado profusas disposiciones de las que se concluye de manera clara, que la voluntad del legislador ha sido la de garantizar bajo su control, que la enseñanza de la medicina en sus estudios de especialización y subespecializaciones correspondan a programas curriculares que garanticen la mejor preparación humanística, técnica y científica de los médicos, enseñanzas que deben garantizar a los miembros de la Nación el recibir una práctica médica idónea, profesional, responsable, humanística, y prestada por médicos competentes en la especialidad en que ejerzan.

Incluso destacamos el contenido del artículo 22 de la Ley 1164 de 2007 sobre Talento Humano en áreas de la Salud, norma en la que se dispone que nadie podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no esté autorizado, por el diploma emitido por una entidad de Educación Superior, debidamente autorizada por el Estado, que garantice esa idoneidad profesional, y que si carece de tal aval académico estará ejerciendo esa actividad profesional de manera ilegal.

Lo anterior quiere decir que la exigencia de tener un título universitario debidamente registrado en el Ministerio de Educación Nacional, no solo es un requisito para ejercer la medicina por parte de los médicos generales, sino que la norma anterior extiende tal exigencia para los médicos que ejercen en determinadas especialidades y subespecialidades de la medicina, para los que no basta que tengan el título de médicos, sino que requieren el de especialista.⁶¹

⁶¹ ARTÍCULO 23. DEL REGISTRO UNICO NACIONAL DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. Créase el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud consistente en la inscripción que se haga al Sistema de Información previamente definido, del personal de salud que cumpla con los requisitos establecidos para ejercer como lo señala la presente ley, proceso con el cual se entiende que dicho personal se encuentra certificado para el ejercicio de la profesión u ocupación, por el período que la reglamentación así lo

Pero con la aplicación concordada de las normas que hemos citado y analizado, ¿se podría concluir que los médicos generales que ejerzan en áreas especializadas de la medicina, pueden ser procesados y sancionados por vulnerar las previsiones éticas de la Ley 23 de 1981, por el solo hecho de ejercer en áreas especializadas de la medicina en la que no tienen la formación académica que se exige para las mismas?.

Pese a todas las consideraciones precedentes debemos concluir que existe un vacío en la ley disciplinaria de los médicos, porque la exigencia de títulos académicos para el ejercicio de la profesión, solo es exigida para los médicos generales en el artículo 46 de la ley antes citada.

Los principios de legalidad y de tipicidad sobre los cuáles razonamos brevemente al principio de este escrito, impiden que se pueda sancionar a un médico general, por ejercer en ramas especializadas de la medicina en las cuales no tiene la formación académica exigida por la ley.

Para estos efectos debemos recordar el pensamiento del penalista argentino Sebastián Soler, quien afirmara con profunda razón, que toda laguna o vacío creado por el legislador en una norma penal constituye un espacio de libertad, queriendo indicar con la anterior expresión, que si la conducta objeto de reproche penal, no tiene la conducta a sancionar, descrita gramaticalmente de manera inequívoca, no se puede implementar nunca una persecución penal y menos una sanción de tal naturaleza.

El artículo 22 de la Ley 1164 de 2007, es un tipo inaplicable por ser un tipo penal incompleto, en cuanto a que no basta que se haya consagrado el ejercicio ilegal de la medicina, cuando se hace sin cumplir con los requisitos académicos exigidos en esta normatividad, sino que era necesario, que el legislador hubiera agregado a dicha norma la pena o sanción prevista para el ejercicio ilegal de la profesión en las áreas de la salud.

De conformidad con la dogmática penal, todo tipo penal debe constar de dos partes, un precepto en el que se describe la conducta que debe ser

determine. En este registro se deberá señalar además la información sobre las sanciones del personal en salud que reporten los Tribunales de Ética y Bioética según el caso; autoridades competentes o los particulares a quienes se les deleguen las funciones públicas.

- Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1063-08 de 29 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

objeto de reproche penal, a la que se le debe agregar la determinación de la pena o sanción que se debe imponer por ese ejercicio ilegal de las profesiones en el área de la salud. Al no haber señalado la pena, lo convierte en un tipo penal incompleto que se hace inaplicable para sancionar a una persona que ejerza ilegalmente una profesión en las áreas de la salud.

De la misma manera no se podría pretender aplicar el artículo 46 extensivamente con esta reflexión, o una similar: si el legislador exige que para ejercer en un área especializada de la medicina, se debe tener un título académico expedido por una universidad legalmente aprobada, ha de entenderse que es igualmente voluntad del legislador que se sancione de la misma manera al médico general que ejerce en una especialidad médica sin tener el correspondiente título universitario que lo habilita para ese ejercicio.

La reflexión anterior sería contraria a los preceptos de la Carta Política, y de manera concreta al principio de legalidad, porque se estaría desconociendo, por aplicación indebida de la interpretación analógica.

En el caso concreto que se analiza, implementar una sanción disciplinaria por ejercer la medicina en una de sus especialidades sin tener el respectivo soporte académico, sería aplicar la analogía in malam partem, y bien se sabe que en el ámbito del derecho penal, la analogía solo puede aplicarse in bonam partem como claramente lo establece el artículo 6 del C. Penal al establecer:

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es una de las mayores garantías constituidas en las grandes democracias y uno de los derechos más importantes que protegen al ciudadano frente a la omnipotencia del Estado, y a la corrupción, la arbitrariedad y la prepotencia de los funcionarios encargados de la persecución y la represión penal. Son entonces, el principio de legalidad y el de tipicidad, vallas inexpugnables que no pueden ser vulneradas porque son las más claras expresiones de la existencia de un verdadero Estado de Derecho, donde el valor de la ley, es superior al valor de la voluntad del príncipe de turno. Solo en un verdadero Estado de Derecho el querer de la Ley, puede predominar sobre la voluntad del príncipe de turno.

VI. La culpa y sus diversas manifestaciones en la actividad médica.

Pero al hacer las afirmaciones precedentes, ¿estaríamos concluyendo que, en tales circunstancias, el ejercicio ilegal de la medicina por quien no tiene la refrendación académica para ejercer una especialidad médica, de conformidad a como lo indica el artículo 22 de la Ley 1164 de 2007, deben quedar en la impunidad?

Nuestra respuesta es que no necesariamente, porque algunas de las conductas disciplinarias son dolosas, pero la mayoría son de naturaleza culposa, mientras que otras admiten tanto la modalidad dolosa, como la culposa.

Es claro que quien se atreve a realizar o practicar una profesión u oficio sin tener la formación profesional y académica para hacerlo actúa de manera imprudente por carecer de la suficiente y adecuada idoneidad para ejercer esa profesión u oficio. Y quien actúa imprudentemente y trabaja profesionalmente sin tener la preparación académica que lo convierta en idóneo en el ámbito de la medicina, está colocando a sus pacientes en un riesgo injustificado, tal como lo establece el artículo 15 de la Ley 23 de 1981.⁶¹

La impericia es una de las formas de la culpa, y para incurrir en ella no es necesario que se produzca un resultado lesivo para la salud y la vida del paciente, porque es evidente, que al realizar una actividad profesional para la que no se encuentra preparado está colocando a ese paciente -que confía en su idoneidad profesional- en un riesgo injustificado.

El artículo 15 de la Ley 23 es un tipo penal de peligro, en el que no es necesario que se produzca un resultado dañoso para concluir en la consumación del hecho ilícito.

Desde esta perspectiva los tipos penales son de dos clases: a) De resultado y b) De peligro. Para que se puedan entender consumados los primeros es necesario que la conducta prevista en el verbo rector, se produzca fenomenológicamente como consecuencia de la acción o la omisión del sujeto

² ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

activo del delito. En el homicidio que es un delito eminentemente de resultado es menester que el sujeto activo del delito por acción, o por omisión, ocasione la muerte de otra persona; mientras que, en los delitos de mero peligro, no es indispensable que se presente un resultado, basta con la realización de la conducta.

Es exactamente la hipótesis prevista en el artículo 15 comentado, basta que el médico ponga en peligro a su paciente para que la infracción legal se entienda consumada, sin que sea indispensable, que efectivamente se le ocasione un daño a ese paciente.

El Tribunal Nacional de Ética Médica ha tenido plurales pronunciamientos en relación con la culpa y sus diversas manifestaciones en el ejercicio profesional médico, y por comprender toda la universalidad de la culpa, citamos una con ponencia del Magistrado Guzmán Mora al sostenerse:

“Dentro de la estructura del delito se encuentran tres elementos constitutivos de éste, que son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Para que pueda hablarse de delito, es necesario que se encuentren los tres elementos antes indicados. Es decir, que si falta alguno de tales elementos, no existe violación a la ley penal en la acción u omisión que haya realizado la persona a la cual se le imputa una conducta punible.

Dentro del ámbito penal, como ya se anotó, solamente se hablará de delito cuando la conducta desplegada por el actor además de ser típica (que esté descrita en una norma penal) y antijurídica (que esté vulnerando sin justificación jurídica un derecho legalmente protegido), exista una voluntad encaminada a la realización de dicha conducta. Este último aspecto es el conocido con el nombre genérico de “CULPABILIDAD”. Por ser este aspecto de la culpabilidad un fenómeno que se origina en la parte síquica del sujeto que ejecuta la conducta, se hablaba de él como aspecto subjetivo del delito. En la actualidad se dice que no siempre la culpa se deriva de la parte subjetiva del actor y, por ello, se habla de la culpa desde el punto de vista objetivo.

La culpabilidad puede darse de tres maneras: por dolo; por culpa o por preterintención.

El Código Penal refiriéndose al dolo establece en el artículo 36: “la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible (delito) y

quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”. (Paréntesis fuera de texto)

Nótese pues, que la norma citada es clara en establecer la intención de inferir daño a otro para que exista el dolo. En otras palabras, podemos decir que el dolo consiste en una manifestación reprochable de la voluntad de una persona que a sabiendas de que la conducta a realizar es constitutiva de un delito, conscientemente desea su realización.

De su parte, la preterintención, que es el aspecto intermedio de la culpabilidad, consiste en que el resultado antijurídico obtenido por el agente supera la intención de éste. El ejemplo más claro para ilustrar este concepto, es el de la persona que desea causar lesiones personales a otro y resulta matándolo. En este caso, el agente (agresor) solo deseaba lesionar a la víctima, pero, “se le fue la mano y lo mató” Es decir, que el agresor sí deseaba un resultado delictivo, pero consiguió uno mayor al deseado.

En cuanto a la culpa, el Código Penal en el artículo 37 señala: “la conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”

Como se observa, en la culpa ya no existe la intención de causar un resultado dañino determinado, sino que el resultado típico y antijurídico se produce por la omisión del deber de cuidado a que el agente estaba obligado en el caso concreto. De ahí que los elementos generadores de culpa sean: la impericia; la imprudencia y la negligencia.

Podemos, decir entonces, que la culpa es una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, pericia y diligencia al efectuar una acción determinada, pudiendo con tal descuido ocasionar un daño a otro.

Hasta aquí tenemos más o menos claro el concepto de culpa dentro del ámbito penal, pero, en el campo civil tal concepto no se encuentra definido, como ya anotamos, pero, aun así, la ley civil sí se refiere a culpa leve, levísima y grave, razón por la cual nos limitaremos a adoptar en materia civil la definición que de ésta hacen los hermanos Mazeaud

cuando refiriéndose a ella expresan: “es un error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño”

La conducta médica, cuando omite o actúa por fuera de los parámetros de la diligencia, pericia o prudencia, está inmersa en los supuestos de la culpa, y por ello, puede encontrarse dentro de los límites de la responsabilidad por el hecho desplegado. Dicha responsabilidad puede ser de tipo penal, civil o ético-disciplinaria.

En cuanto a la responsabilidad desde el punto de vista penal, ésta se circunscribe a la violación de la Ley penal. Es decir, que la conducta realizada debe encontrarse definida como delito en el estatuto penal, pues de lo contrario, no puede ser constitutiva de delito y por ello no puede seguirse acción penal a la persona que la haya cometido. Lo anterior se fundamenta en el principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

Adicionalmente a que la conducta del sujeto sea típica (que esté descrita en una norma penal), debe ser antijurídica y culpable para que podamos hablar de delito, tal como lo expresamos al inicio de éste capítulo. Significa lo anterior, que el simple hecho de realizar una conducta que esté descrita en una norma penal como violatoria de la ley, no es suficiente para que se condene a quien la realizó.

El conocimiento de la responsabilidad que tenga que ver con la violación a la ley penal, está en cabeza de los jueces penales, quienes pueden declarar penalmente responsable al médico y adicionalmente cuando se ejercita la acción civil dentro del proceso penal, obligarlo al pago de la indemnización de perjuicios que haya sufrido la víctima con ocasión del delito.

En cuanto a la responsabilidad civil, debe aclararse que ésta puede darse de dos formas: la contractual y la extracontractual. En cuanto a la primera, ésta aparece cuando alguna de las partes incumple las obligaciones derivadas del contrato o las cumple imperfectamente. En cuanto a la segunda, los elementos que la constituyen son: un hecho, la presencia de la culpa, un daño indemnizable y un nexo causal entre el hecho y el daño.

Corresponde a los jueces civiles dirimir los conflictos relacionados con los particulares que reclaman la indemnización de otra persona por el daño que se les ha causado. Tales jueces solamente pueden decidir sobre aspectos meramente patrimoniales.

En cuanto a la responsabilidad ético-disciplinaria, ésta se produce cuando el médico actúa por fuera de los límites establecidos en las normas que regulan su conducta, que son la Ley 23 de 1.981 y el Decreto Reglamentario 3380 del mismo año.

El órgano encargado de revisar si existió o no una conducta susceptible de sanción ético-disciplinaria, es el Tribunal de Ética Médica, pero, su decisión no implica responsabilidad de tipo civil o penal, solamente disciplinaria.

Vistos en forma superficial los elementos constitutivos de la culpabilidad y habiendo establecido que uno de ellos, la culpa, tiene como generador además de la negligencia y la impericia a la imprudencia, luego de hacer una alusión a la prudencia y ética dentro del campo médico, nos ocuparemos de ésta última que es el tema central de este capítulo.

IMPRUDENCIA

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la PRUDENCIA así:

“(Del lat. *prudentia*) f. Rel. Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. 2. Templanza, cautela, moderación. 3. Sensatez, buen juicio”.

Como puede observarse, dentro de las tres acepciones de la definición se encierran los principios del cuidado. Por ello, todos los miembros de la sociedad tenemos la obligación de cuidar nuestros actos, con el objeto de evitar daños a los demás, en aras del beneficio común.

Ese deber de cuidado de nuestros actos debe ser tanto interno como externo. El primero, es decir, EL CUIDADO INTERNO, se refiere a la consciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de

emprender un acto médico. El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia. Y, el segundo, verbigracia EL CUIDADO EXTERNO, se refiere a evitar acciones peligrosas dentro de la medicina y a ejercer dentro de los riesgos previstos (artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1.981). Aunque la medicina NO es una actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro tanto para el médico, como para el paciente.

Cuando nos referimos a la prudencia, siempre estamos pensando en la previsión y la prevención, ya que estos dos conceptos son elementos esenciales de cuidado.

Prever es la capacidad de ver con anticipación, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se ejecuta una acción.

Prevenir consiste en tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca.

Un ejemplo claro de la prevención es el siguiente:

Se sabe que las ondas electromagnéticas de una Resonancia Magnética Nuclear pueden inhibir el funcionamiento de un marcapasos cardíaco y el radiólogo toma las precauciones necesarias para que esto no ocurra (colocando otro marcapaso temporal, constatando que existe una frecuencia cardíaca espontánea por debajo de la del marcapasos o, simplemente, contraindicando el examen y prescribiendo el cambio por uno más adecuado).

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación.

Es importante tener en cuenta que cuando se hable de culpa, al mirarse si la persona fue imprudente, inexperta o negligente, deberá compararse su conducta con la de una persona de iguales características y en igualdad de circunstancias. En el caso médico, diríamos que si se investiga a un especialista en cirugía por negligencia, su conducta deberá juzgarse basados en la conducta de otro cirujano de iguales condiciones.

Cuando por consecuencia de un tratamiento se ocasione un daño en la integridad de la persona, la actuación del médico no será culposa si se encontraba dentro del riesgo previsto.

También es de vital importancia tener en cuenta que en Colombia solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades colombianas.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, sin cumplir este requisito, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

A ese respecto, el artículo 12 de la Ley 23 de 1.981 establece: “el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

El acto médico prudente se basa entonces en el conocimiento profundo de las condiciones del enfermo, en la aceptación de las propias limitaciones, la planeación reflexiva del mejor camino terapéutico a seguir, la previsión de la mayoría de formas de complicación y la permanente vigilancia de resultados adversos y no deseados.

Analicemos el concepto de imprudencia desde el punto vista lingüístico. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define en los siguientes términos:

IMPRUDENCIA: (*Del lat. imprudentia.*) f. Falta de prudencia. 2. Acción o dicho imprudente. temeraria. Der. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos.

La imprudencia consiste entonces en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos; es un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca sin que el sujeto haya realizado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad,

conveniencia o inconveniencia, de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto. Así vemos, que se trata de una falla de la esfera intelectual del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto.

Cuando un conductor guía su vehículo a una velocidad excesiva por una calle bastante concurrida, diremos que su obrar es imprudente.

En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

Refiriéndose al tema que tratamos, el Profesor Carlos M. Molina Arrubla expresa:

“... el criterio objetivo que rige la calificación de una conducta como imprudente, viene dado por la siguiente regla: un resultado perjudicial para un paciente, será objetivamente previsible, si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante, conociendo los antecedentes del caso, y en el mismo estado técnico-científico de la medicina en general, y de la especialidad en particular...”

Si bien la imprudencia se define como un hecho en el cual no media la intención de dañar, el acto imprudente precede a la calamidad pues se acompaña de falta de previsión o de ausencia de precaución. Cuando el acto es de tipo omisivo, prima la negligencia. Cuando se debe a falta de conocimiento de lo que debería saberse, la hipótesis culposa se basa en la impericia. Sin embargo, puede haber violaciones simultáneas (impericia, negligencia e imprudencia) del deber de cuidado que la sociedad exige a cada uno de sus miembros.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema ha dicho:

“el facultativo está obligado a desplegar en pro del cliente, los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”.

En igual sentido, expresó:

“En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes, con el fin de procurar su curación y su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez, según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a las víctimas del daño causado”.

Así mismo la Corte ha dicho:

“en las obligaciones de medio, el trabajo de apreciación por parte del juzgador, es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución, sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad”.

Como puede verse, es claro que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado y, por ello, como indicamos anteriormente, la valoración de su conducta debe juzgarse teniendo en cuenta lo que otro profesional de la medicina de iguales calidades y en las mismas circunstancias hubiera hecho en forma prudente en un caso similar.

Volviendo al concepto de imprudencia, diremos entonces que, es la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de pensar evitarlas a pesar de haberlas previsto. Es, por lo tanto, una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual había que abstenerse. Es exceso de acción que coloca al paciente por fuera del riesgo previsto, sea por

inobservancia de reglamentos, precipitud, falta de tiempo de dedicación necesaria al paciente, procedimientos temerarios, experimentación ilegal, no aceptación de las limitaciones propias, etc. Es, como algunos lo han denominado, una especie de “culpa consciente”.

Algunos tratadistas afirman que no existe mayor diferencia entre la culpa médica y la culpa común. Aparentemente, la culpa por imprudencia es la menos difícil de evaluar y juzgar, pues en teoría nace de la lógica elemental de los actos humanos.

En efecto, existen actos de imprudencia médica que riñen con la prudencia que observaría cualquier miembro de la sociedad, tales, como presentarse embriagado a intervenir en una sala de cirugía.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, el acto de imprudencia es muy difícil de apreciar al tratar de compararlo con la lente de una persona común y corriente. Tal sucede en casos médicos o clínicos, en los que es indispensable tener un mínimo de conocimientos para evaluar la situación, pues no podría un ciudadano común precisar si es prudente o no exponer a radiación a un paciente de tumor abdominal, o, que hacer al evaluar una complicación secundaria a un tratamiento de radioterapia que ocasiona lesión en alguna visera sana, o cómo podría aquél juzgar si un infarto cardíaco posterior a una cirugía de revascularización miocárdica se haya debido a la colocación de uno de los injertos o puentes en una arteria excesivamente pequeña y por tanto, de pésimo pronóstico en cuanto a permeabilidad temprana?

Es en estos eventos en los que, insistimos, el obrar del médico debe evaluarse comparándolo con lo que otro médico de iguales condiciones hubiera hecho dentro de los términos de la prudencia.

Consideramos entonces, que cuando deba tratarse el tema de la culpa médica, la valoración de cualquiera de los elementos constitutivos de ésta (impericia, imprudencia o negligencia), deber ser realizada por galenos de reconocida probidad, adscritos a facultades de medicina, sociedades o entidades médico-científicas de prestigio, institutos de Medicina Legal y grupos de peritazgo especializado, entre otros.

A este respecto es importante mencionar que, cuando dicho peritazgo se apoya en el concepto de gremio o grupos mencionados, la calidad del

mismo es confiable en un alto porcentaje de los casos. En cambio, el sistema de “adscripción” de peritos a los juzgados, ha sido un estruendoso fracaso. Muchas de las personas que generalmente se encuentran en la “lista oficial” y rinde sus opiniones ante los jueces, ni son expertos, ni brindan la suficiente confianza respecto de la delicada misión que les es encomendada. Basta recordar un ejemplo de un peritazgo rendido en un caso de cirugía torácica, en donde las peritos fueron una mediocre médica general y una deficiente especialista en psiquiatría, quienes dieron un concepto de tan flagrante estupidez, que ni siquiera se tuvo en cuenta como pieza procesal.

Este par de “genios”, cuando evaluaron la dificultad en la disección en que se encontraba el cirujano en la resección de una costilla que ocluí a la arteria subclavia a la salida del tórax expresaron: “...No nos parece lógica esa aseveración....porque si a través de una incisión de una cesárea cabe la cabeza de un niño: cómo no se va a poder resear una costilla por una incisión axilar?...”.

Este tipo de “conceptos” hace que quienes se conocen como “auxiliares de la Justicia” caigan cada vez más en descrédito progresivo.

Son “especialistas en todo”, que en vez de garantía procesal, se convierten en un peligro para la recta administración de justicia. Si no es posible ser especialista y conocer a fondo una sola rama de la medicina, ¿cómo se puede ser perito en asuntos tan intrincados como evaluar la conducta de un médico especialista a quien se juzga, cuando quien lo evalúa no conoce la especialidad de aquél?

Dentro de estos criterios de evaluación de impudencia médica, debemos tener en cuenta el apoyo en la denominada *Lex Artis Ad Hoc* o “Ley del Arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión, es decir, de la evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

La *Lex Artis* se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene. En resumen, la *Lex Artis* orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad.

Desde el punto de vista de procedimientos médicos, cuando un paciente es tratado en un Hospital o Clínica, puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad, como en los siguientes casos: bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes, como cuando en una cirugía participan el cirujano, el residente y la instrumentadora.

El primero será el director del grupo y los otros sus dependientes. Otro tipo de situación se presenta cuando intervienen simultáneamente diversos miembros con responsabilidades claramente establecidas, como por ejemplo, el cirujano y el anestesiólogo. En cuanto a los actos asociados, pero independientes, el caso podría darse cuando el paciente requiere de varios servicios, como por ejemplo del ginecólogo, del laboratorio y radiología.

Cuando se ocasiona daño debido a una acción imprudente, la responsabilidad puede imputarse a cualquiera de estos niveles. Así, la culpa originada en imprudencia por parte del director del equipo, presume una responsabilidad que recae en el actor principal del daño. Aquella que parte de error no excusable de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director, implica responsabilidad para ambos.

Cuando no se puede delimitar la causa exacta del daño originado en acción imprudente de equipo o no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro en particular del equipo, la responsabilidad es colectiva. Se basa en la necesidad de reparar el perjuicio, no obstante la imposibilidad de identificar el causante del daño, por lo complicado del procedimiento; de esta forma, además, la ley previene la posibilidad de un encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.

En el caso de los residentes hospitalarios, las causales de culpa generadora de responsabilidad, inconsciente o negligente, son las mismas que para cualquier otro médico, con el agravante de la que se ha llamado en algunas legislaciones “responsabilidad vicariante” del jefe del equipo y del profesor responsable del estudiante en entrenamiento. Cuando se produce un daño y se demuestra culpa por la aparición de alguno de sus elementos generadores (impericia, negligencia o imprudencia), serán llamados a reparar solidariamente, tanto el responsable oficial del

paciente (especialista), como el médico residente, así se encuentre en proceso de adiestramiento.

La excepción la constituye, claro está, la culpa consciente o actuar temerario del residente, quien en este caso será el único responsable, siempre y cuando su tutor no haya podido impedirlo o preverlo a pesar de haber empleado la vigilancia y la autoridad necesarias, lo cual se desprende de la lectura del artículo 2347 del Código Civil, que a la letra dice:

“... cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho...”.

Si la imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño al enfermo, es decir, al efectuar un acto médico sin las debidas precauciones, oponiéndose a lo que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina, cualquier acción que el médico residente lleve a cabo sin tener en cuenta sus limitaciones, su adiestramiento actual, las reglas de la institución docente, las regulaciones de la universidad que respalda sus estudios y, obviamente, las normas jurídicas elementales y de prudencia de un médico cuidadoso colocado en las mismas circunstancias, será susceptible de responsabilidad civil.

Caso claro de una situación de responsabilidad, como la antes mencionada, de un residente, sería aquel en el que el estudiante decide por su cuenta y riesgo abordar una cirugía para la que aun no está preparado y, como consecuencia de ello, el paciente resulta lesionado.

Ahora bien, en relación con las otras personas que intervienen en el cuidado del paciente, éstas eventualmente también podrían llegar a responder cuando su actuar hace posible que el paciente sufra un daño. En este grupo se encuentran las enfermeras, quienes además de ser empleadas por la institución hospitalaria y tener labores de tipo administrativo, ejecutan labores de cuidado de los pacientes bajo la dirección del médico tratante y realizan actos de salud a nivel de su competencia.

Existen actos que son patrimonio de la profesión de la enfermería, tales como la administración de los medicamentos ordenados, la toma de algunas mediciones corporales, la vigencia de los signos de los pacientes críticamente enfermos, la observación del estado general de todo paciente a su cargo, etc.

Esta actividad debe ser ejecutada bajo los mismos supuestos de responsabilidad y conocimiento, de manera que la inobservancia por negligencia, impericia o imprudencia puede generar culpa de su parte, cuando era previsible el daño. De acuerdo con lo anterior, cuando la enfermera desatiende las órdenes médicas precisas, resuelve actuar en otro sentido, o cuando sabiendo perfectamente el límite de sus capacidades y conocimientos decide tomar medidas que los sobrepase, estaremos en presencia de un acto culposo.

NEGLIGENCIA MEDICA.

Como ya hemos visto en otros apartes de este libro, los elementos constitutivos de la culpa son la imprudencia la impericia y la negligencia.

En el presente capítulo nos referiremos a la negligencia como elemento generador de responsabilidad.

Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incurria. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.

Decimos entonces que es negligente la persona que por descuido omite la realización de una conducta a la que estaba jurídicamente obligada o cuando despliega tal conducta pero sin la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso no deseado.

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido tal vez el elemento que más ha servido para determinar la responsabilidad profesional.

La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

“... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar

su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud...”.

Como vemos, se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, se omite la conducta obligada y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

El Código Civil en su artículo 2356 se refiere a la negligencia en los siguientes términos:

“... por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención.

La negligencia puede ser consciente o inconsciente. El primer evento se refiere a aquella situación en la que conociendo la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, previendo que ese resultado puede darse, no se toman las precauciones necesarias para evitar su realización. Es inconsciente cuando no se previó el resultado dañoso que a la luz del conocimiento debió haberse previsto y, en consecuencia, no se tomaron las medidas de precaución para evitar su producción.

Un ejemplo claro de la negligencia consciente sería el caso en el que un paciente es programado para una cirugía sobre el páncreas y el médico no se reserva con anticipación la cantidad necesaria de sangre para transfundir en caso de hemorragia, que es muy frecuente en este tipo de intervenciones. En el acto quirúrgico se presenta lesión de uno de los vasos pancreáticos con sangrado abundante que lleva al paciente a estado de choque hipovolémico y, al no disponerse de sangre, el paciente fallece.

En cuanto a la negligencia inconsciente, podría ilustrarse tal situación en el caso en que un especialista decida intervenir quirúrgicamente a un paciente y sabiendo que eventualmente podría requerir el concurso de

un especialista de otra rama, omite avisar a éste de tal procedimiento. Al llevar a cabo la intervención quirúrgica, efectivamente se presenta la complicación que se tenía como posible y por ella el paciente muere.

Otro aspecto importante que podría considerarse como conducta negligente lo constituye el hecho de la autorización de equipos defectuosos en las instituciones hospitalarias, la falta de medios para atender complicaciones relacionadas con los procedimientos, la insuficiencia en los servicios de apoyo, la falta de medicaciones necesaria, etc.

Así mismo podemos decir que la falta de consentimiento del paciente para la realización procedimientos electivos, la garantía de resultados en procedimientos médicos o quirúrgicos, el defectuoso examen clínico, la inobservancia de los resultados de laboratorio, entre muchas otras, constituyen fuentes de responsabilidad culposa por negligencia.

Otro caso palpable de negligencia puede verse en el siguiente ejemplo: un paciente se programa, con base en un resultado radiológico, para resección de un tumor cerebral en el lóbulo frontal del hemisferio izquierdo. El neurocirujano teniendo la obligación de revisar dichos resultados no los confirma personalmente y emprende la cirugía sin saber que existe un error de transcripción, cuando lo que en realidad demuestran las radiografías, es la ubicación del tumor en el área parietal.

Obligaciones del Médico

En términos generales y en opinión de algunos tratadistas, las obligaciones del médico, son las siguientes:

- 1- Secreto Profesional
- 2- Información adecuada y consentimiento.
- 3- Obligación de conocimiento.
- 4- Obligación de diligencia y técnica
- 5- Continuidad en el tratamiento
- 6- Asistencia y consejo
- 7- Certificación de la enfermedad y el tratamiento efectuado.

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica basada en la ciencia de su oficio, una disposición de ánimo y conocimientos claros para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos en

la forma adecuada, con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mal función orgánica del paciente, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad.

El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el “ estado del arte” de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir el enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto, le brinden el mejor beneficio.

En toda la historia de la medicina se ha insistido en el deber de precaución que deben los médicos desplegar en bien del enfermo. Hipócrates, en su obra “Aforismos”, lo menciona así:

“...y si hubieren de emplearse, hágase después de meditarlo bien y de tomar las más diligentes precauciones...” (Aforismo 24).

“... En el principio de las enfermedades no te detengas en obrar, si te pareciere que el caso lo pide; pero cuando se hallen en todo su vigor, mejor es estarse quieto...” (Aforismo 29, sección segunda).

Por la especialidad del arte de la medicina, hemos dicho que, cuando se pretenda verificar si el obrar del médico ha sido correcto o no, éste debe juzgarse partiendo del supuesto de lo que haría un profesional igualmente calificado en circunstancias similares, ya que no sería ni prudente ni justo hablar del cuidado de cualquier padre de familia o persona cuidadosa, pues en casos como estos, se impone el tener un conocimiento determinado sobre el tema para poder saber si lo que se hizo fue o no lo correcto.

En resumen, el acto médico negligente es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. Es decir, constituye un descuido u omisión tal, que al comparar la conducta de un médico con la de otro

que posea un conocimiento similar y el correspondiente sentido común de responsabilidad que les ha conferido la experiencia y el estudio respectivos, y de quienes se esperarían una conducta lógica, mesurada y acorde con el deber de cuidado y la Lex Artis que rigen el acto determinado que se analiza, se concluye que obró por fuera de los parámetros mínimos de cuidado.

En medicina, el deber de cuidado es permanente, y si bien es cierto que los médicos no pueden garantizar el éxito de un tratamiento o intervención, deberán responder por los daños si se prueba la presencia de una cualquiera de las causales de culpa.

En ese sentido, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

“... Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente, pues de ellos no puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o el tratamiento. Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para el caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez se encuentra en las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo el daño, debe inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento...”

Como habíamos dicho previamente, el deber de CUIDADO INTERNO hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades de un acto médico y, el deber de CUIDADO EXTERNO, hace referencia a los deberes esenciales consistentes en evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto.

Aunque la medicina NO es actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro para médicos y pacientes. Los primeros, por el riesgo de contaminarse con enfermedades de cualquier tipo y los segundos por las lesiones que pueden sufrir en el curso de un tratamiento.

Como todo médico indica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser una ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: Licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y gubernamentales otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión u oficio.

La *Lex Artis*, o “Ley del Arte” es la regla de la técnica de actuación de la profesión a través de la cual se juzga si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se observa el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo profesional según el caso, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada paciente.

La *Lex Artis* orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se aplica por analogía. Se basa en normas jurídicas, literatura médica, experiencia decantada de la práctica médica por parte de personal debidamente adiestrado y elementos de juicio tomados de las ciencias y de la lógica en general.

En Colombia, las normas que se encargan de regular el ejercicio de la medicina se encuentran básicamente en la Ley 14 de 1962, la Ley 23 de 1981 y el Decreto de 3380 de 1981. Adicionalmente a las normas establecidas, se encuentra una multitud de sentencias de las máximas autoridades judiciales del país, en las que se ha ido estableciendo el alcance de todas estas normas y de las del ordenamiento jurídico ordinario para establecer la responsabilidad médica en las diversas situaciones que se presentan en el ejercicio de dicha profesión.

La literatura médica representa los informes de la experiencia de centros hospitalarios, instituciones investigativas y grupos de práctica que,

utilizando el método científico, reportan informaciones, avances técnicos, conceptos renovados y métodos terapéuticos adecuados para los diferentes tipos de patología que sufrimos los seres humanos.

La experiencia decantada de la vida se basa en la práctica de personas de alto nivel científico, prestancia intelectual, rectitud probada en su ejercicio y resultados demostrables de excelente calidad.

De todo lo anterior podemos concluir entonces que la consideración de un acto negligente se basa en varios aspectos. Uno de ellos es el estándar de tratamiento en el momento en que se juzgue el acto médico (*Lex Artis*), lo cual significa que no es suficiente un acto médico efectuado de buena fe, sino que aquél deber ser ejecutado dentro de los parámetros de la diligencia y cuidado requeridos, tal como lo hubiera hecho un médico razonable en similares circunstancias.

El hecho de que existan otros médicos o grupos de práctica profesional con la misma concurrencia de errores, no puede ser ni excusa ni atenuante de un acto negligente.

IMPERICIA.

Es la falta de conocimiento técnico y científico en un área profesional. Es sinónimo de ignorancia, ineptitud, inexperiencia, ineficiencia y torpeza.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la '*inobservation des regles d'art*' de la doctrina francesa; parcialmente a la '*malpractice*' de los anglosajones y al '*kunstfehler*' de los alemanes.

Se considera que hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando quien lo efectúa no ha sido certificado por alguna institución reconocida legalmente.

Ej.: El residente de obstetricia que no tiene la habilidad para practicar un raspado uterino diagnóstico y, sin la supervisión del especialista, perfora el útero ocasionando una peritonitis generalizada y la muerte de la paciente.

Debe diferenciarse a nivel semántico la diferencia entre:

- **IGNORANTE:** El que no conoce lo que debería conocer en el campo en el cual se desempeña.
- **NESCIENTE:** Aquel que no conoce los conceptos sobre un campo que no tiene por qué conocer

TIPOS DE IMPERICIA.

• POR FALTA DE COMPETENCIA EN UN CAMPO ESPECÍFICO DE LA PROFESIÓN.

Existe un socorrido argumento jurídico que utilizan aquellos médicos que deciden no profundizar en estudios de especialización y se dedican a una rama de la medicina especializada por su cuenta y riesgo. Ese argumento es: “En este país el título de médico me autoriza a ejercer cualquier acto médico”. Aunque en realidad hasta el momento no se hallen normatizadas sino algunas especialidades por la Ley, es obvio que no es lo mismo un procedimiento efectuado por quien se ha sometido a los filtros de la especialización o residencia, que el mismo acto practicado por quien piensa que con su diploma de médico general es perito en todos los campos de la medicina y la cirugía.

Y cuando los jueces juzgan los resultados de esta conducta francamente irresponsable, analizan a fondo los estudios de quien es responsable de esos actos médicos, para ver si en realidad se encuentra capacitado para llevarlos a cabo.

• POR FALTA DE EXPERIENCIA.

• Aún en el mismo campo de las especialidades, existen áreas que son cada vez más complejas. Por ejemplo, un médico graduado que posteriormente completa estudios de especialización en Cirugía General, muy seguramente no se encuentra capacitado para ser un cirujano cardiovascular, por obvias razones. Este campo, que cae dentro de la Cirugía general, requiere estudios aún más sofisticados y más prolongados por su misma complejidad y efectos derivados.

• POR FALTA DE HABILIDAD TÉCNICA.

• Algunos logran completar su residencia o especialización, pero existen determinadas áreas que requieren una especialidad y habilidad quirúrgica que no todos poseen. Afortunadamente la mayor parte de especialistas es consciente de sus limitaciones y no incursionan en campos que no conocen muy bien y que acarrearán problemas para el paciente y para su propia práctica profesional.

• POR FALTA DE EXPERIENCIA PERMANENTE.

• Es lógico pensar que un cirujano general que se dedica a intervenir la región del cuello por espacio de varios años, no debería ocuparse de una resección de colon, porque existen personas que se han dedicado a este último campo exclusivamente y lo hacen mejor que cualquiera de su misma altura científica.

• POR MALOS RESULTADOS EN EL EJERCICIO DE LA ESPECIALIDAD.

• Con todo y los títulos hay médicos que tienen pésimos resultados en su práctica diaria, motivo por el cual deberían revisar sus propias aptitudes para escoger caminos dentro de la profesión que les permitan tener éxito y así brindar un mejor servicio a sus enfermos.

FORMAS DE ACTO MÉDICO IMPERITO.

1. DIAGNÓSTICO. Este, como hipótesis de trabajo, no es suficiente para condenar a un médico, excepto cuando ese diagnóstico dependa de especialidades capacidades técnicas y científicas que sean patrimonio de personas con estudios avanzados.

2. TRATAMIENTO ORIENTADO AL DIAGNÓSTICO DE PRESUNCIÓN.

En estos casos se trata de pacientes muy enfermos, a quienes debe iniciarse un tratamiento de inmediato, basados en los elementos diagnósticos de los cuales se disponga en el momento.

3 TRATAMIENTO INVASIVO.

En este caso sí debería exigirse de rutina la certificación de especialista en las respectivas áreas. Sucede que, por razones económicas, sociales y personales, algunos médicos generales vislumbran un mejor ingreso a través de procedimientos estéticos y piensan que con una formación parcial por medio de cursos, seminarios, diplomados, etc, pueden reemplazar un verdadero postgrado. Ahorrándose así tiempo y dinero. Proceden entonces a ejercer en el campo determinado que escogen, amparados de nuevo en la falta de normatización. Aunque las facultades de medicina otorguen el título de Médico y Cirujano, el recién egresado de todo tiene menos de cirujano. Y siendo la medicina general una muy digna vía de ejercer la profesión, los conocimientos quirúrgicos se adquieren después de gran dedicación y sacrificio, dentro de programas diseñados para tal efecto. Por lo tanto, desde el punto de vista científico (Aún no normatizado y reglamentado en muchos aspectos), los procedimientos invasivos deberían efectuarlos quienes tengan la formación, experiencia y títulos que lo acrediten para hacerlo.

IMPERICIA MEDICA Y ERROR.

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser ‘pagadas’ por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso. Y una forma de llegar a complicaciones muy poco justificables es a través de la impericia médica.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias: El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia). Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia). Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

El error médico puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado ‘estado de necesidad’, que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente.

EL CONCEPTO DEL CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO.

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimiladas, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

El período de entrenamiento en procedimientos invasivos como la cirugía es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder dar al cirujano un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

En este período no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa en las salas de cirugía, en los laboratorios de investigación, en los pabellones hospitalarios y en la misma casa. Por lo tanto, la residencia es apenas el comienzo de toda una vida de estudio.

Aparte del bagaje científico, teórico y práctico, deben aprenderse los pasos básicos del arte de utilizar las manos y otros instrumentos sofisticados para el acto mismo de operar. Probablemente algunos de los intangibles que se aprenden en esas largas horas de entrenamiento incluyen la identificación de la consistencia de los tejidos, sus cambios con la enfermedad y el tipo de manipulación que debe dárseles para lograr adquirir lo que los británicos han bautizado como 'el toque de las manos'. Aquello que confiere al simple movimiento su toque de arte.

A todo lo anterior se suma la aparición y el dominio obligatorio de la nueva tecnología, cuyo conocimiento debe estar a la orden del día, con el objetivo esencial de no dejarse arrastrar innecesariamente en uso, sea porque es innecesaria (métodos más simples son suficientes); no exitosa (la condición de base del enfermo no se altera con ella); insegura (las complicaciones pesan más que los beneficios); inhumana (la calidad de vida lograda no es aceptable); o inoportuna (desvía enormes cantidades de dinero de objetivos más importantes y prioritarios).

Paralelamente, la estructura teórica del cirujano debe ser similar a la del mejor clínico. Su conocimiento anatómico debe ser impecable. Su experiencia táctil debe ser exquisita. En resumen, debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

- 1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia
- 2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica.
- 3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado
- 4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular
- 5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada

6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten”.

VII. La razón de la responsabilidad de los médicos generales, cuando ejercen en especialidades médicas que no tienen el respaldo de un título universitario.

El Tribunal Nacional de Ética Médica se ha pronunciado en plurales ocasiones en relación al ejercicio de la cirugía plástica, por parte de médicos generales. Citamos a continuación una de estas decisiones por ser una de la más representativas en relación con esta problemática:

“Después de revisar cuidadosamente el expediente, las historias clínicas fotocopias y las declaraciones y diligencia de descargos de los implicados, este Tribunal Nacional está de acuerdo con las conclusiones del Tribunal seccional en cuanto a que el acusado si infringió las normas establecidas por la Ley 23 de 1981 en lo referente a que ejerció dentro del territorio nacional sin expresa autorización del Estado, una especialidad médico quirúrgica cuyo título no había sido convalidado.

Debe hacer claridad nuevamente esta superioridad, sobre las grandes diferencias que existen entre los cursos y programas de adiestramiento en Cirugía Estética y la especialidad “Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva” tal y como se conoce en Colombia; ésta última hace referencia a un posgrado médico quirúrgico intensivo y de alta exigencia en el cual a través de cuatro largos años, el especialista adquiere conocimientos profundos sobre la anatomía y fisiología, el cuidado perioperatorio en cirugía menor y mayor, las técnicas quirúrgicas complejas para reparación de tejidos, las infecciones quirúrgicas, y la prevención y tratamiento de complicaciones derivadas de cirugías plásticas y reconstructivas.

Después de este largo recorrido por diversas áreas de la cirugía, los especialistas en Cirugía Plástica no sólo están preparados para atender pacientes que quieren embellecer su figura, su rostro o su apariencia general y que quieren combatir los efectos del tiempo en el exterior de su organismo; están preparados para reparar y reconstruir tejidos que los enfermos han perdido en situaciones tan complejas como el cáncer, las quemaduras, las infecciones severas y las heridas de combate y de

accidentes graves y pueden reconstruir cuerpos afectados por anomalías congénitas y adquiridas que les causan deformidad. Más importante aún, estos expertos están preparados para detectar oportunamente cualquier eventualidad y complicación postoperatoria en sus pacientes y tratarla apropiadamente, lo cual asegura un tratamiento integral, oportuno y conveniente no sólo en el acto quirúrgico sino durante las fases ulteriores del cuidado postoperatorio.

Los cirujanos plásticos forman parte de una especialidad cuya historia se remonta a cientos de años atrás, cuando se describieron los primeros colgajos reparadores. A partir de la Primera Guerra Mundial, el elevado número de heridos que se debían reconstruir y rehabilitar, impulsó su desarrollo lo que llevó a que para 1930 se iniciaran en todo el mundo los servicios de cirugía plástica en los hospitales, que se encargaban del manejo de heridas, quemaduras y amputaciones y la realización de injertos, colgajos, cirugía de la mano, cirugía maxilofacial, reconstructiva y estética.

Después de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló la Cirugía Plástica moderna que progresó hacia la corrección de pequeños defectos congénitos y adquiridos, que si bien no alteraban directamente la salud del individuo, afectaban la aceptación de su imagen corporal; de esta manera a partir de la cirugía reconstructiva, se desarrolló la cirugía estética tal y como la conocemos hoy en día.

La Cirugía Plástica como lo definen claramente las Asociaciones Científicas a nivel internacional, tiene entonces dos áreas que son la cirugía reconstructiva y la cirugía estética. La primera dio origen a la segunda y en el momento de su aplicación, estos dos principios son inseparables.

Lo anterior explica por qué para que un médico sea reconocido como un verdadero Cirujano Plástico, es necesario que en su entrenamiento haya adquirido las competencias suficientes en cirugía plástica, reconstructiva y estética, componentes de los cuales carecen la mayoría de programas cortos ofrecidos en diversas partes del mundo, que desde ningún punto de vista pueden compararse con un entrenamiento formal e integral en Cirugía Plástica. Estos cursos y entrenamientos prometen la adquisición en un corto tiempo, de algunas competencias para abordar problemas cosméticos y estéticos, concentran su atención sobre las

cirugías y procedimientos que la población demanda con más avidez, y por lo tanto representan un mayor beneficio económico; las prótesis mamarias, glúteas, la lipoescultura, la abdominoplastia, rinoplastia, blefaroplastia, los rellenos faciales y la aplicación de Botox, para citar los más solicitados; pero omiten el extenso entrenamiento que se requiere para abordar problemas reconstructivos, lo cual constituye el fundamento de la especialidad misma y por lo tanto es un requisito para que el cirujano pueda ejercer en este campo de la medicina de acuerdo con los más elevados estándares de calidad.

El cirujano plástico no es por lo tanto, simplemente un cirujano estético ni mucho menos un esteticista, aun cuando quienes se dedican a estas dos últimas áreas, han aprovechado la confusión que en la sociedad parece haber frente a los términos “cirugía plástica” y “cirugía estética”, e intentan suplantar a los verdaderos cirujanos plásticos, convenciendo a sus pacientes, de que son cirujanos plásticos reconocidos y que pueden dedicarse a practicar todo tipo de cirugías con los mismos resultados.

Cirujano plástico sólo puede haber uno, no existen cirujanos plásticos “parciales” ni tampoco rutas más cortas para acceder a este título profesional. Sólo puede ejercer la cirugía plástica en el país quien ha completado a cabalidad los requisitos académicos y asistenciales exigidos por un programa de especialidad reconocido en una institución ampliamente acreditada dentro de la sociedad o quien ha recibido la homologación de sus estudios por parte del Ministerio de Educación Nacional.

A partir de la proliferación de médicos que buscan ejercer en el campo de la cirugía estética, la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Reconstructiva y Estética ha expresado su preocupación respecto al “gran riesgo al que se ve sometida la comunidad debido al ejercicio de la especialidad por personal no calificado” y ha emprendido la búsqueda de un escenario legislativo propicio para la reglamentación del ejercicio de estos procedimientos, con base en el cumplimiento de la garantía constitucional de defender la salud como derecho fundamental de los colombianos y reconociendo las competencias de otras especialidades afines y complementarias.⁶³

⁶³<http://www.cirugiaplastica.org.co/noticias/comunicados/sccp-informa-a-la-opinion-publica.html>. Consultado el 17 de febrero de 2013

Con fundamento en la necesidad de controlar los riesgos derivados del problema creciente del ejercicio no idóneo de esta especialidad en el país, está adelantando un arduo trabajo educativo a nivel de la población general, con el cual busca enfrentar la proliferación de ofertas de tratamientos estéticos llevados a cabo por médicos sin el entrenamiento adecuado y en ocasiones por profesionales que ni siquiera son médicos, en centros no calificados donde cualquier paciente corre graves peligros, especialmente cuando ocurren cualquier tipo de complicaciones.

La jurisprudencia de este tribunal es prolija en ese sentido, pues entre las quejas que con mayor frecuencia reciben los tribunales de ética a nivel nacional, se encuentran las referentes a médicos que buscan ejercer como cirujanos plásticos sin realmente serlo; algunos de estos casos han sido incluso, ampliamente publicitados por los medios de comunicación. A pesar de lo anterior, es desafortunado ver como la población sigue acudiendo a centros que no cuentan con los requisitos mínimos de habilitación sin exigir las credenciales de la institución ni los títulos del profesional, por lo que se involucra en situaciones riesgosas, al ponerse en manos de médicos y especialistas que ofertan sus servicios sin cumplir con los requisitos que la ley colombiana exige para practicar la especialidad de Cirugía Plástica.

Como lo expresó en Providencia 27-03 el Magistrado Fernando Guzmán Mora sobre la especialización médica e impericia:

“..... ESPECIALIZACIÓN MEDICA E IMPERICIA.

No podemos pasar por alto el hecho de la impericia de quien no se somete al filtro de la especialización. Impericia que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de algunas ramas de la profesión médica y equivale a la ‘inobservation des regles d’art’ de la doctrina francesa; parcialmente a la ‘mal practice’ de los anglosajones y al ‘kunstfehler’ de los alemanes.

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia

2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica.

3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado

4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular

5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada

6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten

Hay que mencionar que el período de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

Esto hace que sea una verdadera injusticia que médicos graduados que sacrifican otros años adicionales para perfeccionar sus habilidades en especialidades concretas, deban competir con quien en forma empírica se anuncia, por ejemplo, como “cirujano estético” y acompañe su afirmación con pedazos de cartón de cursos cortos, llamándose adicionalmente “discípulo” de grandes profesores que ni siquiera lo conocen....”

Así mismo en providencia 50-2003 el Magistrado Fernando Guzmán Mora hace referencia a la cirugía plástica, su relación con el derecho fundamental a la vida y la especialización médica en el contorno del acto imperito de la siguiente manera:

“De modo que siendo un imperativo ético rehusar la atención siempre que exista la posibilidad de que un colega, verdadero especialista en el campo determinado que involucre la enfermedad del paciente, se encargue del asunto, el no hacerlo implica la asunción de responsabilidad por el fracaso. Por otro lado, si se encuentra suficientemente capacitado, su actividad será la de un experto y no habrá de temer por acusaciones de incompetencia, llamada técnicamente culpa o impericia.”

⁶³<http://www.cirugiaplastica.org.co/noticias/comunicados/sccp-informa-a-la-opinion-publica.html>. Consultado el 17 de febrero de 2013

Frente al argumento alegado por el acusado, primero en su versión libre y luego en sus descargos, de que ofreció y realizó los procedimientos “abdominoplastia, liposucción dorso-lateral trocantérea y lifting de entrepierna” a la paciente XXXXX por considerar que había adquirido las competencias necesarias en sus estudios de posgrado el exterior, y que cuando esto ocurrió se encontraba a la espera del trámite de homologación de su título obtenido en Brasil; esta superioridad debe anotar que no puede el disciplinado argumentar que el haber iniciado el trámite ante la instancia gubernamental encargada, es suficiente para ejercer libremente la práctica de la cirugía plástica o cualquier otra especialidad en el país; pues es claro que no todas las solicitudes de convalidación corresponden a programas académicos de posgrado reconocidos y por lo tanto no culminan necesariamente en la homologación del título, requisito que condicionaría la licitud de la práctica de tales especialidades en territorio colombiano. Es de anotar en lo referente a este punto, que los hechos ocurrieron en diciembre de 2008 y la fecha de radicación de la solicitud de convalidación en el Ministerio por parte del YYYYY fue en junio de 2009.

No pueden ser las consideraciones individuales de cada médico sobre su idoneidad profesional, o sobre sus capacidades técnicas y científicas, las únicas tenidas en cuenta al momento de definir la práctica de una especialidad médica, pues por su naturaleza misma, el ejercicio de cada área de la medicina conlleva importantes riesgos para la sociedad. El mismo artículo 26 de la Constitución Política de Colombia claramente lo ordena:

“ La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.”⁶⁴

De manera que el ejercicio de una especialidad médica en el país, debe supeditarse al cumplimiento de unos requisitos establecidos por la Ley, todo, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, que obedece a la función social implícita en el ejercicio profesional de la medicina y que claramente ha sido expuesta en la Sentencia C-964/99 donde se aclara el concepto del RIESGO SOCIAL en el ejercicio de la profesión

⁶⁴ Constitución Política de Colombia. Segunda Edición. Hernán Alejandro Olano García. Ediciones Doctrina y ley Ltda.

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

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha sostenido también que el artículo 26 de la Carta expresamente faculta al Legislador para exigir títulos de idoneidad que autoricen el ejercicio legítimo de las profesiones, como quiera que aquellos son indispensables para acreditar la preparación académica y científica que exija la ley tanto en relación con la profesión misma, como en lo relativo a sus especialidades.

“Es claro que la exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce.”⁶⁵

Por consiguiente, es constitucional que el Legislador exija el certificado.

En el presente caso, el Ministerio de Educación Nacional, instancia a la cual corresponde la convalidación de los títulos médicos obtenidos en el exterior, después de estudiar cuidadosamente toda la documentación presentada por el Dr YYYYYY incluyendo el currículo y el record quirúrgico emitió el siguiente concepto definitivo, con el cual está de acuerdo este Tribunal Nacional:

⁶⁵ Sentencia No. C-377/94, del 25 de agosto de 1994, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía

“El convalidante presenta un certificado de curso de postgrado y no un título de postgrado. Además, la duración del entrenamiento es de dos años, tiempo inferior al exigido en Colombia para la especialización en Cirugía Plástica: Reconstructiva y estética, que es de 4 años. El plan de estudios del programa y record quirúrgico presentado tienen una clara orientación en cirugía estética, con insuficientes contenidos y entrenamiento quirúrgico en el campo de la cirugía reconstructiva”.

El anterior concepto fue confirmado por la Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior CONACES en los siguientes términos:

“El título obtenido por el convalidante en el exterior no puede ser convalidado a su denominación debido a que las competencias aprendidas de la primera especialización no son aceptadas en Colombia. El convalidar un título en cirugía plástica sin el componente reconstructivo, tendría efectos en los especialistas colombianos que cursaron el postgrado en cirugía plástica reconstructiva y estética por 4 años.”

Se debe agregar que posteriormente, una vez agotada la vía gubernativa por parte de la defensa, la acción de tutela N° 11001220500020120690-01 (folios 361-376) promovida por el Dr YYYYYY contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, por presunta vulneración de sus derechos fundamentales de escoger profesión u oficio, al trabajo y al debido proceso al negar la convalidación del título de medicina estética y cirugía plástica que le confirió la Universidad Veiga de Almeida en Rio de Janeiro Brasil, fue negada por improcedente.

Aun cuando este Tribunal Nacional está de acuerdo con las consideraciones del Ministerio de Educación referentes a la duración y contenido del entrenamiento recibido y a la orientación del posgrado cursado hacia el componente estético de una especialización de cuatro años que se ofrece en el país, no corresponde a esta superioridad definir la validez de un título obtenido en el exterior, y por lo tanto debe ceñirse su concepto al análisis de lo estipulado en la Ley 23 de 1981. En ese sentido, sólo queda concluir, que el disciplinado no atendió los deberes establecidos en los artículos 7, 46 y 48 de la Ley de Ética Médica.

En cuanto al artículo 10 disposición que en su orden consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.”<sup>[L]
[SEP]</sup>

Observa este Tribunal Nacional de Ética Médica, que el juzgador de primera instancia basó su determinación en la siguiente apreciación:

“Tanto el médico investigado como la quejosa coinciden en sus declaraciones al manifestar que no tuvo lugar una valoración formal por médico internista quien en consulta revisara tanto la paciente como los resultados de los exámenes que obran en el expediente y al final emitiera concepto sobre la procedencia de operar, la valoración pre quirúrgica es importante, y definitiva para decidir el hacer o no, el acto quirúrgico, y no existe ninguna justificación para haberla obviado...A juicio de la Sala, difícilmente el profesional que realiza una intervención quirúrgica puede conceptuar a la vez de la óptima condición de la paciente tan solo con la somera revisión de los resultados de los exámenes, menos aún si no tiene especialidad en medicina interna...”

Con respecto a ella, esta Sala reconoce que en la valoración prequirúrgica de la señora XXXXX se presentaron algunas irregularidades, pues aun cuando fueron solicitados los exámenes prequirúrgicos rutinarios para la edad de la paciente: química sanguínea, Radiografía de tórax y electrocardiograma, llama la atención que considerando las condiciones clínicas de obesidad con índice de masa corporal de 33, hipertensión de larga data y el antecedente de un posible evento cerebrovascular, estos exámenes fueran realizados el mismo día de la intervención, y no se programó una valoración preoperatoria en consulta externa con anticipación suficiente a la cirugía, como se acostumbra en casos de cirugías plásticas prolongadas donde el riesgo anestésico y quirúrgico de la intervención es elevado.

Si bien es cierto, que la valoración por un médico internista no constituye un requisito indispensable que todo paciente hipertenso debe cumplir

antes de ser llevado a cirugía, es función del anestesiólogo al momento de realizar la valoración preoperatoria y definir el riesgo, estimar la necesidad de interconsultas a otros especialistas así como la de exámenes más detallados. En el presente caso, aunque la valoración por parte del anestesiólogo si se realizó y en ella se consideró a la paciente apta para la intervención, este proceso se llevó a cabo inmediatamente antes del procedimiento y sólo se encuentra un somero registro del mismo en el record anestésico, situación que dista mucho de ser una evaluación apropiada y concienzuda ante una paciente con las características clínicas de la quejosa, quien fue sometida a una intervención prolongada que inició alrededor de las 6 de la tarde y se prolongó hasta las 3 de la madrugada del día siguiente, en la que se removieron 7,5 Kg de grasa corporal.

Con respecto a la conexidad entre la intervención practicada por el Dr YYYYYY y las eventualidades clínicas que fueron apareciendo en el postoperatorio, considera esta sala que es oportuno pronunciarse; todas ellas constituyen riesgos inherentes a este tipo de intervenciones, unas más frecuentes, como la embolia grasa y otras menos como el Síndrome de Ogilvie^{66,67} o pseudoobstrucción aguda del colon, que provocó la dilatación masiva de este órgano y varias complicaciones gastrointestinales subsecuentes, todas ellas relacionadas con el tratamiento quirúrgico que frente a esta entidad y la fistula colónica se llevó a cabo. Incluso las secuelas abdominales permanentes dictaminadas por Medicina Legal, consecuencia de la colostomía y laparostomía practicadas para tratar la sepsis de origen abdominal que presentó la señora XXXXX, constituyen efectos secundarios de un tratamiento quirúrgico, que de acuerdo con la historia clínica, fue llevado a cabo de manera apropiada y diligente por diferentes especialistas en cirugía general, con el fin de salvar la vida de la paciente en un momento crítico de su evolución.

El Tribunal Nacional de Ética Médica encuentra fallas en la actuación del doctor YYYYYY, que no fueron desvirtuadas por la defensa y que el tribunal de primera instancia tuvo como factores fundamentales para su decisión referente a los artículos 7, 46 y 48 de la Ley de Ética Médica;

⁶⁶ Aguirre JR y cols. Síndrome de Ogilvie: Revisión de la literatura. Santamaría Rev Hosp Jua Mex 2009; 76(1): 28-31.

⁶⁷ Bucio VG y cols. Síndrome de Ogilvie: Conceptos actuales en diagnóstico y tratamiento Revista Mexicana de Coloproctología Vol. 17,^[1]_{SEP}Diciembre 2011^[1]_{SEP} pp 17-24

sin embargo frente a los cargos referentes a la violación del artículo 10 toma en cuenta la ausencia de conexidad entre el procedimiento realizado y el desafortunado desenlace para la paciente, por lo que ésta Sala resuelve absolverlo.⁶⁸”

Es importante destacar en relación con esta decisión que, a pesar de hablar de la vulneración del artículo 46 de la Ley 23 de 1981, se concluye finalmente es en la responsabilidad médica por imprudencia y por impericia, porque se actúa imprudentemente cuando se realiza una actividad de una profesión liberal sin contar con el respaldo de una formación académica bien a nivel de pregrado, o bien, de postgrado, y se responde por impericia porque al carecer de la formación especializada adecuada, no se puede garantizar la idoneidad profesional, porque no tiene la formación teórica, ni el entrenamiento supervisado en las prácticas médicas.

En las circunstancias argumentativas precedentes se ha de concluir que quien ejerce en una determinada especialidad médica, sin tener la formación académica exigida por la ley, pone en inminente riesgo al paciente que está recibiendo esa atención, por la falta de idoneidad y competencias profesionales para garantizar al paciente el mejor de los resultados, todo ello, dentro de los imponderables que existen en la medicina y es la imposibilidad en ocasiones de curar, de evitar el dolor o la muerte.

La hipótesis anterior es clarísima, y es similar a la de un piloto que tiene licencia para pilotear avionetas de un solo motor, y se creyese con competencia suficiente para pilotear un Airbus 330 de 350 pasajeros o un Boeing 787 con más o menos igual capacidad de usuarios. Porque es claro que la licencia y la competencia profesional que tiene para pilotear una avioneta, no lo capacita, ni le otorga la idoneidad profesional para conducir estos monstruos de la aviación civil.

No es indispensable que como consecuencia del tratamiento o la intervención el paciente sufra un perjuicio en su salud o en su estética corporal, basta para que se consume la falta prevista en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, que el médico que carece de la especialidad que está ejerciendo, le preste la atención al paciente, si, como consecuencia de esa atención, se producen resultados negativos para el paciente como podría ser la misma

⁶⁸ Sentencia No. 11-2013. Bogotá, 19 de febrero de 2013, Magistrado ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid.

muerte, la agravación de la salud del paciente, la pérdida de un órgano o miembro, la afectación o pérdida de una función corporal, o la afectación de la estética corporal del paciente, esto se tendrá como un agravante para efectos de la tasación de la pena, si el caso llega al establecimiento de la responsabilidad disciplinaria; pero si por la prestación del servicio, no le ocurre nada negativo al paciente, igualmente podrá ser declarado responsable por haberlo puesto en riesgo injustificado.

No se debe olvidar que los derechos constitucionalmente consagrados son la vida y la salud, y que el objetivo de la competencia disciplinaria de los Tribunales de Ética Médica, es garantizar el idóneo, técnico, humanístico y científico ejercicio de esta noble profesión, para efectos de que los derechos antes mencionados como de protección constitucional, sean efectivamente tutelados.

Se debe destacar además el engaño de que es víctima el paciente, porque si se establece la relación médico-paciente es precisamente porque de buena fe está convencido de que el médico que lo va a atender profesionalmente, tiene los estudios de especialización que pregona.

