

**TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA**

GACETA JURISPRUDENCIAL

**MEMORIAS REUNIÓN TRIBUNALES
NOVIEMBRE DE 2015**

No.20

© 2015 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.

Preparación litográfica e impresión:

Giro Graphos Impresores SAS.

Carrera 69K No. 70-40 Of. 204.

Telefono: (571) 262 2518

Cel.:3164914886

Bogotá, Colombia

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2015

MEMORIAS REUNIÓN TRIBUNALES

NOVIEMBRE DE 2015

No. 20

MAGISTRADOS 2015.

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)

Dr. Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Francisco Javier Henao Pérez

Dr. Juan Mendoza Vega

Dr. Francisco Pardo Vargas

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro



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

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

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

Línea de atención al Cliente Nacional: 01 8000 111 210
Línea de atención al Cliente Bogotá: (57-1) 4199299
> ww.4-72.com.co

El servicio de **envíos**
de Colombia



Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2015.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2015

INDICE

Editorial.	7
Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica noviembre 20 y 21 de 2015. Dr. Germán Gamarra Hernández Presidente del Tribunal Nacional de Ética Médica	
Análisis básico del proyecto de reforma a la Ley 23 de 1981. Dr. Jorge Raad Aljure Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas	11
Autonomía médica y Ley Estatutaria de Salud. Dr. Edgar Villota ortega Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño	31
El deber ser del magistrado en un Tribunal de Ética Médica. Dra. Rocío Gómez Gallego Presidenta del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia	36
Vigilancia de la Procuraduría a los Tribunales Ético Disciplinarios y creación de la oficina de Control interno a nivel nacional para los Tribunales de Ética Médica. Dr. Jacob Cuéllar Bermúdez Secretario Abogado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca	50
Juez natural imparcial, Las recusaciones y los Impedimentos. Dr. Edgar Saavedra Rojas Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica	64
Eutanasia: Algunas reflexiones Éticas, Jurídicas y Filosóficas. Dr. Fernando Guzmán Mora Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	92

El error diagnóstico y el proceso ético disciplinario. Dra. Gladys León Salcedo Asesora Jurídica del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca	105
La prueba en la investigación de abuso sexual en el acto médico. Dr. César Bruno y Caro Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta	114
Las presunciones en materia de Ética Médica. Dr. Guillermo Cabrera Falla Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila	122
Implicaciones legales de la historia clínica. Dr. Juan de Jesús Quenza Villa Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica de Arauca	127
Peritazgos y responsabilidad médica. Dr. Francisco Javier Henao Pérez Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	142
La decisión mercantilista de deshabilitar los servicios de cirugía pediátrica VS. Los derechos fundamentales de los niños. Dr. Diego Mauricio Mojica Ramón Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander	158
El carácter en la formación del médico. Dr. Gabriel Lago Barney Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá	168
Prescripción ética disciplinaria médica: Nueva jurisprudencia. Dr. Fernando Guzmán Mora Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	176
Cumplimiento legal de las sanciones emanadas de los Tribunales de Ética Médica por parte de las Secretarías de Salud. Dr. José Vicente Maestre Peralta Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Magdalena, Cesar, Guajira y el Distrito de Santa Marta.	182

EDITORIAL

LOS ENCUENTROS DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Germán Gamarra Hernández MD, M Sc.

Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica

El presente número de la Gaceta Jurisprudencial desarrolla los temas que fueron motivo de discusión durante el Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica, realizado en Bogotá D.C., durante los días 20 y 21 de noviembre de 2015.

Los encuentros de tribunales constituyen una excelente oportunidad para conocernos personalmente e intercambiar conceptos sobre problemas comunes, consolidar y mejorar nuestra formación, con el fin de lograr un mejor desempeño en la labor de magistrados, encargados de impartir justicia en los casos de demandas relacionadas con el ejercicio profesional del médico.

Los temas tratados en los encuentros de tribunales son muy diversos y en ellos se propicia la participación de magistrados provenientes de los tribunales seccionales y cada uno de los ponentes decide la temática a desarrollar, de acuerdo con su conocimiento, interés y experiencia. Quiero hacer referencia a algunos temas desarrollados que considero, revisten importancia por ser motivo de debate en la actualidad y por formar parte de nuestra normatividad vigente.

En primer lugar, la reforma de la ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica. Su principal reto es actualizar las normas, que fueron aprobadas hace 35 años, para adecuarlas al ejercicio médico actual.

En este proceso de actualización se deben tener en cuenta los principales sucesos que han ocurrido durante estos años; en primer lugar, es necesario mencionar que se aprobó una nueva carta de navegación para el país, reflejada en la Constitución de 1991; en ella se establece el Estado Social de Derecho que privilegia el ejercicio ciudadano, siendo la acción de tutela uno de sus principales logros. La reforma de la seguridad social plasmada en la ley 100 de 1993, produjo cambios fundamentales

en el ejercicio de la medicina y modificó de manera sustancial, la relación médico – paciente. La citada ley, introdujo la intermediación y generó nuevos actores en el sistema de salud como las Empresas Promotoras de Salud (EPS), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), las Empresas Sociales del Estado (ESE) y toda una cantidad de nuevas denominaciones y actores en las que se diluyen los pacientes (usuarios o clientes) y los médicos (prestadores de servicios profesionales). Todo lo anterior modificó de manera ostensible la prestación de servicios médicos y la salud, como servicio, se convirtió en uno de los más importantes negocios para el país. Se han realizado esfuerzos por reformar el sistema de salud, sin obtener modificaciones sustanciales; tal vez el más importante logro es reciente y quedó reflejado en la Ley Estatutaria de Salud (ley 1751 de 2015), analizada en detalle, en un anterior número de la Gaceta Jurisprudencial (No. 14 de abril de 2015). Sin embargo, a pesar de estar vigente la nueva ley y consagrar el derecho a la salud como un derecho humano fundamental, la ley estatutaria parece dormir bajo la sombra del Ministerio de Salud y Protección Social y no se evidencia ningún interés, por parte de las entidades gubernamentales, en llevar a la práctica sus postulados.

El proyecto que pretende reformar la ley de ética médica, aunque sostiene que la relación médico – paciente constituye el pilar fundamental para el ejercicio de la medicina, introduce nuevos elementos como la relación médico – paciente – institución y médico – familia; por otra parte, se amplía el concepto del acto médico que va más allá de la labor asistencial propiamente dicha y se extiende a las acciones administrativas y de auditoría, entre otras, ejercidas por profesionales de la medicina, que podrán ser motivo de acciones ético – disciplinarias.

Adicionalmente, la reforma de la ley 23, plantea los efectos producidos en el ejercicio profesional con la introducción de las nuevas tecnologías en salud y en particular con el uso de los dispositivos y medios electrónicos; es probable que este nuevo código de ética médica, no resuelva todos los problemas complejos que se presentan en el ejercicio actual de la medicina y menos los que vendrán en un futuro próximo, pero si nos dará herramientas más acordes con el ejercicio médico actual.

Otro de los temas tratados durante el encuentro de tribunales, fue el relacionado con la autonomía profesional, que quedó consagrado en la ley estatutaria de salud en la siguiente forma:

“Artículo 17. 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 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.

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.”

Es claro que la ley estatutaria consagra la autonomía profesional del médico como un derecho, pero también establece obligaciones en la autorregulación, que plantea que dicha autonomía no es ilimitada y se requiere ejercer con responsabilidad, ética, racionalidad y conocimiento científico. La pérdida de la autonomía médica ha generado uno de los reclamos más frecuentes por parte de los médicos y sus asociaciones de profesionales, desde la implementación de la ley 100 de 1993.

Finalmente, dentro de los múltiples temas tratados durante el encuentro nacional de tribunales de ética médica, quiero referirme a la eutanasia, que ha sido motivo de debates en el Congreso de la República y de innumerables foros de discusión ética y religiosa.

Desde el año 1997, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional en su sentencia C-239 consideró “que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho fundamental a morir con dignidad” y solicitó al Congreso de la República expedir la respectiva regulación. A pesar del mandato de la Corte, el legislativo no ha logrado aprobar una ley que establezca la respectiva regulación.

Por medio de la Resolución 1216 del 20 de Abril de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento de la sentencia T-970 del 2014 de la Honorable Corte Constitucional, que le ordenó reglamentar algunos aspectos relacionados con la muerte digna, imparte directrices para la organización y funcionamiento de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el derecho a Morir con Dignidad. Define como enfermo terminal al “portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en

plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces”. Se establece la conformación del Comité, sus funciones y el procedimiento para hacer efectivo el derecho en los enfermos terminales.

Hay que reconocer avances en la materia y utilizando los planteamientos del magistrado Gaviria Díaz, una cosa es el derecho a la vida y otra muy diferente es el deber de vivir. Sin embargo, la citada normatividad convierte un acto íntimo, como es la decisión libre e individual del paciente, apoyado en la información suficiente provista por su médico para facilitar una muerte digna e impedir un sufrimiento innecesario, en un acto público que involucra a terceros como los citados comités, las mismas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y las autoridades de salud.

Los médicos tenemos la obligación de preservar la vida, pero debemos entender que ante las circunstancias de una muerte inevitable, es necesario poner todo nuestro conocimiento en favor de una muerte digna. No es inusual que con el ánimo de preservar la vida y respondiendo a una formación orientada a luchar contra la muerte, los médicos implementamos medidas exageradas reconocidas mejor como distanasia o “encarnizamiento terapéutico”, que a la larga lo único que logran es prolongar la agonía y el sufrimiento. La muerte no es más que la última etapa de la vida y como todo en la vida, lo importante es hacerla bien.

Los futuros encuentros nacionales de tribunales de ética médica nos permitirán continuar la discusión sobre estos y otros temas que enfocados desde diversos ángulos, nos permitirán acuerdos para lograr un mejor ejercicio de nuestra actividad como magistrados.

ANÁLISIS BÁSICO DEL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY 23 DE 1981

*Jorge Raad Aljure, MD **

Presidente Tribunal de Ética Médica de Caldas

La mejor ley es la que deja lo menos posible al arbitrio del juez; el mejor juez, el que deja lo menos posible a su propio arbitrio.

Bacon, Aforismos

De la historia

En la XII Asamblea General de la Federación Médica Colombiana, celebrada en Manizales en agosto de 1954, se propuso el Código Colombiano de moral médica que comenzaba así:

En nombre de Dios Uno y Trino...

Comentario: Bajo la Constitución de 1886 y una República con habitantes mayoritariamente católicos y la presencia de un grupo importante de médicos que profesaban la misma fe.

Justificación

Las siguientes son las justificaciones que han llevado a presentar en varias oportunidades ante el Congreso de la República, un proyecto de ley para reformar la Ley 23 de 1981. Ahora con el nuevo documento reforma que se haya a instancias del Congreso presentado a nombre de varias instituciones médicas del país, deben reafirmarse los motivos que deben impulsar la nueva norma que enmarque la Ética Médica en el país.

1. La Constitución Política de Colombia de 1991
2. El actual ejercicio institucional de la medicina
3. Afirmar las condiciones administrativas de los Tribunales
4. Artículos más explícitos sobre el deber de los médicos y las restricciones en el ejercicio

5. Normas más ajustadas en el marco jurídico de la responsabilidad médica
6. Autorización explícita para educación continua en todos los niveles
7. Evitar la perpetuación de los Magistrados en los Tribunales
8. Integrar normas más actualizadas
9. Otras consideraciones

Desarrollo

Se analizarán cada uno de los artículos seleccionados en donde se considera que se hace merecedora una nota especial, ya sea estando de acuerdo con el texto propuesto o en desacuerdo con el mismo. Se han resaltado en cada artículo, las palabras o frases que han sido analizadas. Al final de cada enunciado estudiado se consignarán los comentarios sobre lo propuesto.

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO 1. DEL OBJETO Y CAMPO DE APLICACIÓN

•ARTÍCULO 1

DEL OBJETO. La presente ley regula la ética profesional y (o) **la deontología** en el campo de la medicina, con el fin de que el ejercicio médico en Colombia cumpla requisitos de ética y calidad para beneficio de las personas y de la colectividad; crea y define los tribunales competentes para investigar y juzgar sus violaciones; señala el procedimiento, las faltas y las sanciones correspondientes y establece otras disposiciones.

Comentario: Parece redundante la palabra frente a la ética profesional. Sin embargo, la deontología implica una más amplia concepción. Una mejor concepción puede desprenderse de la denominación de Ética Médica Laica, racionalizada por el patólogo humanista Ruy Pérez Tamayo.

•ARTÍCULO 2

CAMPO DE APLICACIÓN. La presente ley se aplica a los médicos **titulados y legalmente autorizados** para ejercer la medicina en Colombia.

Comentario: Si la denominación legalmente persiste, entonces sólo los médicos que han sido autorizados por el Ministerio de Salud mediante la Tarjeta Profesional, otorgada por quien ha delegado el propio Ministerio, podrán ser vinculados a los procesos de ética médica. Quedarán por fuera los profesionales en el mal denominado actualmente Servicio Social Obligatorio.

CAPÍTULO 2. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

•ARTÍCULO 3

DE LOS PRINCIPIOS. La medicina es una profesión que tiene como fin el cuidado del ser humano y de las comunidades a través de la promoción de la salud y de la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo de las enfermedades. El ejercicio de la profesión médica estará fundado en el respeto a la dignidad humana, a los deberes y derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, en las normas legales vigentes, en el deber de **autorregulación** y el derecho a la autonomía profesional. Es decir que siempre es deber del médico aplicar su opinión profesional independiente y mantener el más alto nivel de conducta profesional. Para lograr lo anterior, el ejercicio médico se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

Comentario: Una palabra de profundo significado que implica un elevado compromiso de los médicos para mantener su independencia, la cual es de muy difícil aplicación con las leyes actuales que rigen la Seguridad Social en Salud.

a) Principio de beneficencia: El deber primordial de la profesión médica es buscar el bienestar o beneficio del paciente y promover sus legítimos intereses, respetando su autonomía. Entendido en el ámbito individual del médico exige profesionalismo y buenas prácticas ajustadas a la Lex Artis, la cual se define como: Lex Artis es aquello que un médico competente y ético haría en el mismo caso concreto teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para actuar dentro de los parámetros de **excelencia** y en el ámbito de la experiencia decantada de la profesión.

Comentario: La denominación de excelencia es imprecisa y no hay límites ni inferior ni superior para cualificarla.

b) Principio de no maleficencia: Es obligación del médico no causar daño intencional o innecesario durante el acto médico. Este principio implica un compromiso con la **excelencia** ética, técnico científica y con la educación permanente dentro de normas de prudencia, diligencia, pericia y seguimiento de reglamentos aceptados.

c) Principio de no discriminación: El médico debe atender a todos sus pacientes con igual solicitud y respeto, sin distinguir de ningún tipo.

d) Principio de humanidad y de solidaridad: Es fundamental el respeto a la vida, la dignidad y los derechos humanos; por consiguiente, el ejercicio de la medicina debe estar sustentado en el conocimiento del ser humano en toda su integridad e intimidad, magnitud y trascendencia, como también en la **compasión** frente a la desgracia ajena.

Comentario: Compasión no es humanidad sino humanitarismo

e) Principio de integralidad: El ser humano es una unidad ecobio-psicosocial, sometida a influencias externas. En consecuencia, médicamente el paciente debe ser estudiado y tratado en relación con su entorno social y ecológico.

f) Principio de supervivencia: La **supervivencia de la especie humana depende de la conservación del hábitat**. Por lo tanto, la misión de la medicina y su cultor –médico- incluye propiciar su preservación.

Comentario: La supervivencia del ser humano depende muchos factores y no solamente del hábitat

g) Principio de responsabilidad: Los profesionales de la medicina deben obrar con integridad, transparencia y honestidad; sus decisiones y acciones deben estar enmarcadas en la Lex artis, los principios éticos y jurídicos vigentes, y pueden ser objeto del **control profesional y social**.

Comentario: Honestidad y transparencia, mala acepción, son idénticas palabras. La honestidad es el indicador fundamental.

h) Principio de autonomía: El médico tiene la obligación de respetar el derecho que asiste a todo paciente de tomar decisiones libres con respecto a su salud y su vida, previa información suficiente y comprensible, mientras sea mentalmente competente y sus determinaciones no vayan en perjuicio de terceros y su accionar debe enmarcarse dentro de la Constitución y la ley.

i) Principio de justicia distributiva y de consideración: La **distribución de los recursos destinados a la salud deberá hacerse con criterio equitativo y su uso será inteligente y considerado, pensando en el mejor interés del paciente y la comunidad.**

Comentario: El mandato aquí enunciado está destinado exclusivamente a quienes tienen el poder del manejo de los recursos por parte de los médicos administradores. La utilización de ellos en los procesos individuales frente al paciente quedan supeditados a la disponibilidad de los mismos facilitados por las Empresas Promotoras de Salud o las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Debe primar la autonomía del médico en la utilización de los recursos frente a cada paciente en especial.

j) Principio de justicia retributiva y de no lucratividad: Se entiende que la actividad médica, por ser intrínsecamente valiosa, da derechos y por lo tanto obliga a una **remuneración justa, tanto en la modalidad de salario como en la de honorarios.**

Comentario: ¿De nuevo lo justo que valor tiene en términos financieros? ¿Será motivo para incluirlo en este proyecto? O, si es así cuál es la medida de lo justo frente a otras profesiones o lo justo se mide bajo condiciones intrínsecas.

k) Principio de reivindicación: Emprender acciones reivindicatorias en el ámbito laboral de la medicina es un derecho, siempre que no atenten contra la vida y el bienestar de los pacientes.

l) Principio de ejemplaridad: Quien ejerce la medicina está sujeto al escrutinio de la sociedad. Por lo mismo, está obligado a **comportarse de manera ejemplar.**

Comentario: ¿Qué significa: ¿Comportarse de manera ejemplar? Hay infinidad de concepciones que pueden afectar esta denominación. Desde simples conductas públicas hasta otras que son de la intimidad.

CAPÍTULO 3. DE LA PROMESA

•ARTÍCULO 4

PROMESA DEL MÉDICO Durante el acto en que reciba su grado, el nuevo médico hará en forma pública y solemne la siguiente promesa: Solemne y libremente, bajo mi palabra de honor prometo cumplir a cabalidad durante el ejercicio de mi profesión los siguientes **preceptos:**

a) Ejercer de **manera humanitaria**, propiciando siempre el bienestar de la persona y la comunidad, sin discriminación de ningún tipo.

Comentario: ¿Cuál es el alcance de manera humanitaria?

b) **Proteger la vida de mi paciente** como un bien fundamental, base de los demás bienes, valores y derechos.

Comentario: ¿Cómo la protegerá? ¿De quién la protegerá? ¿Qué tanto la protegerá?

c) Cuidar solícitamente su salud. Del daño intencional e innecesario le preservaré.

Comentario: Fundamental e imprescindible la segunda parte. Cuidar solícitamente su salud, es un precepto muy amplio

d) Respetar su autonomía en tanto haga uso de ella con entera competencia **mental**. Cuando carezca de ésta, respetar así mismo la autonomía de aquellos en quienes legalmente recaiga la delegación de la suya.

Comentario: Fundamental

e) Suministrar de manera oportuna, veraz y clara, la información pertinente a su estado de salud, suficiente como para permitirle tomar una determinación autónoma, acorde con sus mejores intereses, y así poder actuar una vez obtenido el debido consentimiento.

f) Guardar en secreto todo aquello que haya conocido en el marco de la relación médico-paciente, salvo en los casos exceptuados por la Ley y siempre que no vaya en contra del bienestar de otros.

g) Contribuir a que los recursos que se destinen al cuidado de la salud sean los más adecuados y a que se utilicen de manera correcta.

Comentario: Sólo aplicable a los médicos gobernantes, legisladores y administradores. El acto médico debe ser libre y no tutelado por conceptos financieros.

h) Actuar siempre de acuerdo con mis capacidades y conocimientos.

i) Mantener actualizados mis conocimientos en las cuestiones propias de mi profesión.

j) Propender porque lo que se me retribuya por ejercer mi profesión sea **justo**. Desdeñaré el lucro indebido y rechazaré los incentivos económicos o de cualquier otro tipo orientados a determinar la prescripción de exámenes o tratamientos innecesarios o no pertinentes.

Comentario: De nuevo la expresión de justo es aunque importante cuando hay valores financieros es vaga y debe definirse quien la decide lo que es justo o no.

TÍTULO II. PRÁCTICA PROFESIONAL

CAPÍTULO 1. DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE Y DEL ACTO MÉDICO

•ARTÍCULO 5

DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE. Se entiende como tal el encuentro vincular autónomo entre dos personas: una necesitada de salud (el paciente) y otra dispuesta a proporcionarla en forma de alivio, **curación**, rehabilitación, cuidado paliativo o prevención.

Comentario: Definitivamente, el médico no cura. Quien se cura es el paciente y el médico ayuda al proceso mediante diferentes estrategias científicas e inclusive de comportamiento físico y psíquico. Igualmente debe incluirse las acciones de diagnóstico y consejo.

•ARTÍCULO 7

FUNDAMENTO DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE. La adecuada relación médico-paciente se fundamenta en el concepto de médico tratante, en el respeto mutuo por las ideas, creencias y valores de los dos agentes y en un compromiso recíproco de derechos y deberes, responsable, leal y auténtico.

PARÁGRAFO 1. Médico tratante es aquel **facultativo experto**, que conoce a su paciente, establece unos objetivos en salud, responde por la generación del plan de cuidado y de la comunicación con el paciente y su familia, así como de la organización del equipo de cuidado.

PARÁGRAFO 2. Siendo la relación médico-paciente una vinculación de carácter estrictamente profesional, el **facultativo** no debe traspasar sus límites, es decir, debe evitar todo comportamiento susceptible de cuestionamiento ético, en especial, los relacionados con el honor y el pudor sexuales, el respeto a la intimidad y la garantía de la dignidad del paciente.

Comentario: Debe modificarse la intención y la redacción: El médico, cualquiera que sea y esté frente a un paciente y sea responsable de este, situación difícil frente a la legislación actual por la manera de proceder- contratación- de las Instituciones Prestadoras

de Servicios de Salud, es el tratante, quien debe tener innata la experiencia, mucha o poca, para evitar la impericia. En no pocas ocasiones es la acción de un carrusel de médicos durante las 24 horas sin definir responsabilidades sobre el paciente porque fragmentan el enfermo según el horario de trabajo.

•ARTÍCULO 8

MOTIVOS PARA NO PRESTAR LOS SERVICIOS MÉDICOS. Cuando no se trate de casos de urgencia o emergencia, el médico podrá excusarse de prestar sus servicios o interrumpirlos, en razón de los siguientes motivos:

a) Por enfermedad incapacitante del médico: El médico no ejercerá su profesión si se encontrare en situación de enajenación mental transitoria o permanente, toxicomanía, enfermedad o limitación funcional que ponga en peligro la salud de su paciente o de la comunidad.

b) Cuando en virtud de su juicio clínico y dentro de los principios de la diligencia, pericia y prudencia debidas, considere que el caso no corresponde a su experiencia, conocimiento o especialidad, excepto en **estado de necesidad**.

Comentario: ¿Por qué cambiar lo tradicional: Estado de urgencia o emergencia y nadie más puede prestarle una ayuda aunque sea la inicial?

c) Cuando el paciente reciba la atención de otro profesional con exclusión de la suya, sin previo consentimiento.

d) Cuando el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas, o falte gravemente al respeto al profesional.

e) Durante el ejercicio institucional, con ocasión del legítimo descanso laboral, de licencias legalmente concedidas, de vacaciones o por cesación de su compromiso laboral, siempre y cuando no se abandone al paciente en situaciones críticas.

f) Cuando se le solicite una actuación reñida con las normas jurídicas o éticas.

g) Cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión.

Comentario: Este es un mandato que implica peligro para el paciente porque no se define exactamente el alcance de las condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión. Quien haya ejercido medicina en el país entiende que es lo adecuado para la práctica honesta de la medicina frente a un determinado paciente ya sea como médico general o especialista. Las diferentes Escuelas de Medicina, entendidas éstas como formadoras del médico en los distintos niveles educativos y estrategias, le entregan a los futuros profesionales disímiles maneras de ejercer la medicina. Como

ejemplo: tecnología ante todo o predominancia de la clínica o una mezcla de ambas tendencias. Pero igualmente, se debe expresar que cuando las relaciones entre médico y paciente no se establecen en armonía, por cualquiera de los dos, y la carencia de ella puede afectar la condición actual o futura del enfermo, puede separarse del caso. Salvo como siempre en caso de urgencia y único médico en el área.

h) Cuando no tenga compromiso con la institución de salud a la que esté afiliado el paciente.?

Comentario:Salvo en caso de urgencia y único el área.

i) Cuando esté suspendido en su ejercicio por decisión de autoridad competente.

j) Cuando manifieste **objeción de conciencia.**

Comentario:La objeción de conciencia debe identificarse explícitamente. De lo contrario se convierte en una conducta general. Se puede corregir determinando: En los casos que consideren las leyes.

•ARTÍCULO 9

OBJECIÓN DE CONCIENCIA. Se entiende por objeción de conciencia, la negativa de una persona natural a realizar un acto permitido por la ley, **basada en sus convicciones personales**. En virtud del derecho a la objeción de conciencia, el médico podrá rehusar la prestación de sus servicios para adelantar actos contrarios a sus convicciones. Sin embargo, no lo autoriza a impedir el cumplimiento de normas legales vigentes en el país. La objeción de conciencia deberá manifestarse siempre frente a un acto médico concreto, sin que sea necesario argumentarla, ni someterla a debate o controversia.

Comentario:Definitivamente, la única objeción de conciencia es la religión, cualquiera que sea. Las convicciones personales pueden ser múltiples y ellas no pueden interferir frente a su compromiso adquirido como médico. La frase debe ser revaluada y hacerla más concreta. Una convicción personal puede implicar peligrosas consideraciones como en raza, política, factores económicos, presentación personal(modas), homofobia y muchas más.

PARÁGRAFO: Se entiende la ideología del médico como un dato sensible.

Comentario:¿Cuál ideología? ¿Qué es sensible en este aspecto? ¿Los datos aquí contemplados son sensibles?

•ARTÍCULO 12

CAMPOS DE ACCIÓN DEL ACTO MÉDICO. El acto médico comprende no solamente la relación médico-paciente-comunidad, ya descrita, sino también aquellos **actos que en pro del ser humano, la familia o la comunidad, desarrolle el médico en el desempeño de funciones administrativas, documentales, docentes, científicas, técnicas, periciales, forenses, de investigación, de auditoría o de participación en programas de telemedicina.**

Comentario: Este es un panorama amplio, novedoso y explícito, que debe ser analizado. Sólo quedan por fuera las actividades gubernamentales, legislativas, periodísticas en procesos de vulgarización de la ciencia, en promoción de la salud y prevención de la enfermedad, que deberán ser estudiadas.

•ARTÍCULO 13

CÓMO DEBE ADELANTARSE EL ACTO MÉDICO. El acto médico debe adelantarse de manera idónea, consciente, libre, voluntaria, diligente, humanitaria y con autonomía, entendida esta como la garantía que tiene el médico para examinar y tratar libremente a sus pacientes. La autonomía profesional se acompaña de la responsabilidad de autorregulación y del acatamiento a la Constitución y a la Ley.

PARÁGRAFO PRIMERO. Durante la relación médico-paciente el facultativo dedicará al acto médico el **tiempo necesario** para hacer una evaluación clínica adecuada del paciente, ordenar las acciones diagnósticas y terapéuticas correspondientes y extender las prescripciones y recomendaciones del caso. Igual forma de proceder ocurrirá en la relación médico-comunidad

Comentario: En un sistema de Seguridad Social en Salud como el que existe es imposible, desde la promulgación de la Ley 100 de 1993 y las leyes que la modificó o los decretos o las normas que la han reemplazado, hacer efectivo el concepto del tiempo necesario para la atención de un paciente. Se hace necesaria una norma contundente que defina y permita que un médico le dedique el tiempo necesario a su paciente, entendiendo que el profesional debe ser honesto, además los administradores deben entender su misión y los pacientes comprender que es una modificación para su beneficio.

•ARTÍCULO 14

DE LOS MEDIOS DIAGNÓSTICOS Y TERAPÉUTICOS. El médico en su ejercicio profesional empleará medios diagnósticos o terapéuticos aceptados por la ética, la racionalidad y la mejor información científica disponible teniendo en cuenta la Lex Artis.

PARÁGRAFO 1. Si en circunstancias excepcionalmente graves un medicamento o un procedimiento, aún en etapa de experimentación, se muestra como única posibilidad terapéutica, podrá utilizarse con la autorización plenamente informada del paciente o de sus familiares responsables, previa autorización de un comité de ética en investigación. **En estos casos considerando el aporte realizado por el paciente a la ciencia, no podrá cobrarse el servicio ni al paciente ni a la institución a la cual se encuentre afiliado.**

Comentario: Esto depende de los protocolos y de los convenios entre la industria farmacéutica, la institución y el médico. Debe ser aplicable a otro tipo e insumos e instrumentos.

•ARTÍCULO 17

DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. Previa información suficiente, veraz, comprensible y oportuna, **el médico pedirá al paciente o a quien lo represente, su consentimiento para realizar los actos médicos que considere pertinentes, en particular aquellos que puedan afectarlo física o psíquicamente,** salvo en los casos en que ello no fuere posible.

Comentario: Se hace necesaria una mayor definición sobre lo que pueda afectar física o psíquicamente al paciente. Esta tolerancia puede ser la causa de divergentes concepciones entre médicos, entre médicos y paciente y entre médicos e instituciones.

PARÁGRAFO SEGUNDO. En caso de consentimiento por representación, subrogado o indirecto, si no existe expresión de voluntad anticipada, deberá buscarse el **mejor interés del paciente.**

Comentario: Fundamental

PARÁGRAFO TERCERO. El consentimiento deberá manifestarse por escrito en los casos contemplados en la ley. La aceptación o rechazo del acto médico propuesto se consignará por escrito en la historia clínica. En los casos de procedimientos experimentales, extraordinarios, invasivos, de alto riesgo, o que puedan implicar cambios trascendentales en la vida del paciente, el consentimiento **debe ser cualificado.**

Comentario: La frase merece una mejor definición. ¿Cómo debe ser interpretado: cualificado, en este caso?

•ARTÍCULO 18

DEL SECRETO PROFESIONAL. Salvo lo dispuesto por la Ley, para preservar los derechos del paciente, el médico debe mantener en reserva todo lo que haya hecho, visto, oído o comprendido por razón del ejercicio de su profesión. Este deber de secreto profesional no cesa con la muerte del paciente.

Comentario: ¿Investigaciones, salvo lo consignado en la historia clínica? Un hecho es el ejercicio de la profesión y otro muy diferente es el médico tratante en cualquiera de las fases del enfermo. En el ejercicio como médico se pueden conocer muchos hechos de pacientes que no han sido suyos sin que ello constituya un mandato sobre el secreto profesional.

•ARTÍCULO 20

CONFLICTO DE OPINIONES. En caso de presentarse un conflicto de opinión entre el médico tratante y un paciente, sus familiares, tutores, curadores o representantes legales, la diferencia puede ser dirimida escuchando una segunda opinión o por una junta médica Ad hoc. Cuando se trate de un dilema ético, el comité de ética hospitalaria o de bioética debe ser consultado.

Comentario: ¿Quién tiene la última palabra? Debe quedar definido quien toma la decisión final ante la persistencia de discrepancias.

CAPÍTULO 2. LA HISTORIA CLÍNICA, PRESCRIPCIÓN MÉDICA Y DEMÁS DOCUMENTOS**•ARTÍCULO 27**

DE LA PRESCRIPCIÓN MÉDICA. Las prescripciones médicas, que son el resultado de una valoración facultativa, se harán por escrito y de manera legibles. De conformidad con las normas vigentes sobre la materia deben incluir: identificación plena (nombre completo del paciente, documento y número de identificación), inscripción (denominación común internacional, o nombre genérico del producto medicamentoso), suscripción (modo de preparar dicha sustancia cuando sea pertinente), instrucción o forma de administrar el medicamento (forma farmacéutica, concentración, vía de administración, número de dosis/día, número de días/tratamiento) y responsabilidad (lugar y fecha de expedición, nombre y firma del prescriptor con su respectivo número de registro profesional).

PARÁGRAFO. Los médicos podrán sugerir un medicamento con nombre comercial, basados en criterios técnico-científicos.

Comentario: ¿En todos los casos?

CAPÍTULO 3. RELACIONES DEL MÉDICO CON SUS COLEGAS

•ARTÍCULO 28

DEL CERTIFICADO MÉDICO. El certificado médico es un documento destinado a acreditar el nacimiento, el estado de salud, o el fallecimiento de una persona. Su expedición implica responsabilidad ética y legal para el médico.

Comentario: Hay que definir expresamente que el certificado debe tener una copia guardada por el médico que lo expide o lo que es mejor hacer llegar a la historia clínica del paciente en donde ella este depositada o guardada institucionalmente

•ARTÍCULO 29

FUNDAMENTO DE LAS RELACIONES. El respeto mutuo constituye el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.

Comentario: ¿Y las palabras, gestos, ademanes en contra abierta o sutil de otros colegas?

PARÁGRAFO. En el ejercicio de funciones públicas, privadas o docentes, el médico guardará por sus colegas, discípulos y demás miembros del equipo de salud el debido respeto.

Comentario: ¿Y la sociedad?

CAPÍTULO 4. RELACIÓN DEL MÉDICO CON LAS INSTITUCIONES

• ARTÍCULO 33

RESPONSABILIDAD ANTE EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. En situaciones programadas, el médico podrá abstenerse de prestar sus

servicios al paciente cuando encuentre ausencia o deficiencia de los recursos o medios indispensables para su adecuada atención.

Comentario: Ya analizado

•ARTÍCULO 36

COMITÉS INSTITUCIONALES DE ÉTICA. Toda institución prestadora de servicios de salud deberá contar con un Comité de Ética que se registrará en su funcionamiento por las normas legales vigentes. Dichos comités no tendrán funciones ético-disciplinarias, es decir no podrán juzgar o sancionar a los médicos.

Comentario: Mandatorio

CAPÍTULO 5. DE LAS RELACIONES DEL MÉDICO CON LA SOCIEDAD Y EL ESTADO

•ARTÍCULO 38

REQUISITOS PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL. La condición de médico y la categoría de **especialista** solo se adquieren cuando se llenan los requisitos exigidos por las autoridades nacionales de educación y salud.

Comentario: Debe incluirse también las maestrías y los doctorados

•ARTÍCULO 39

ENSEÑANZA DE LA ÉTICA. La enseñanza formal de la ética profesional es obligatoria en las facultades de medicina.

Comentario: Imperativo la Ética Médica y diferenciarla de la Bioética. Programas de educación continua intrainstitucionales

CAPÍTULO 6. DE LA DOCENCIA Y LA INVESTIGACIÓN MÉDICAS

•ARTÍCULO 41

ENSEÑANZA DE LA MEDICINA. Es inherente al médico transmitir los conocimientos y las experiencias adquiridos. Tal actividad puede hacerse desde la cátedra, la prestación de servicios de salud, o los medios masivos de divulgación, a

condición de que esté ceñida al conocimiento científico y no se preste a errores de interpretación de parte de quienes reciben el mensaje. **Siendo así, no deberán absolverse consultas individuales de carácter médico a través de la radio, la prensa escrita, la televisión, la internet o cualquier otro medio de comunicación.** Está permitida la participación en programas formales de telemedicina o e-salud.

Comentario: Muy necesaria la forma explícita como se ordena

PARÁGRAFO TERCERO. En las instituciones que desarrollan actividades de docencia-servicio, de las faltas que cometa en el curso de sus prácticas un médico en formación de postgrado, responderá el médico docente cuando se compruebe que no existió una adecuada supervisión, sin perjuicio de las sanciones académicas u otras a que se haga merecedor el médico en formación.

Comentario: ¿Y de las ya reconocidas, desafortunadamente, actividades extraacadémicas?

•ARTÍCULO 42

ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN. El médico que realice investigación científica se sujetará a las normas vigentes sobre la materia, al igual que a los principios universalmente reconocidos sobre el respeto a la dignidad humana y la protección a los sujetos de investigación.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los médicos darán protección especial a los sujetos de investigación en condición de vulnerabilidad.

Comentario: La intención es loable pero todo el párrafo es de una vaguedad abrumadora por la ausencia de una definición del significado y extensión de: Protección especial y vulnerabilidad.

CAPÍTULO 7. DE LA PUBLICIDAD Y LAS PUBLICACIONES

•ARTÍCULO 44

PUBLICIDAD. El médico tiene derecho a anunciarse públicamente en procura de darse a conocer y captar pacientes. La forma de hacerlo debe ajustarse a elementales normas de ética y estética, es decir, ceñirse a la verdad y a la ponderación y sencillez en la presentación de los anuncios.

Comentario: O se libera totalmente o no se libera. Ponderación y sencillez son expresiones que en estos casos son extremadamente subjetivas tanto para los Magistrados como para el posible médico inculcado.

•ARTÍCULO 45

PUBLICIDAD INDEBIDA. El médico no prestará su nombre para promocionar procedimientos o tratamientos sin debido respaldo científico, así como productos farmacéuticos y comerciales, los cuales tampoco podrá vender en su consultorio.

Comentario: Merece considerarse la frase: Respaldo científico. Esto también debe hacerse extensivo a colectivos médicos en donde las decisiones son de carácter grupal.

•ARTÍCULO 46

DERECHOS DE AUTOR. El médico respetará las normas legales sobre derechos de autor en relación con las obras científicas, literarias y artísticas surgidas del ejercicio profesional.

Comentario: Hay que agregar: Normas nacionales, coautorías, direcciones de trabajos, evaluaciones de resultados, jurados de obras científicas o técnicas, evaluación de insumos o instrumentos, transferencia de tecnología y como par académico.

•ARTÍCULO 47

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. La publicación por cualquier medio de las historias clínicas, las fotografías, las películas cinematográficas, las videograbaciones y demás material de carácter científico deberá hacerse respetando el secreto profesional y la dignidad del titular de los datos. Cuando sea necesario revelar la identidad del paciente deberá obtenerse su consentimiento o el de sus representantes legales.

Comentario: Especialmente, la protección de los datos de gobernantes, legisladores, artistas, deportistas y otros de representatividad social. Los médicos son frecuentemente hostigados para revelar información protegida por el secreto profesional.

•ARTÍCULO 48

VERACIDAD DE LAS PUBLICACIONES. El médico no realizará ni auspiciará en ninguna forma publicaciones que no se ajusten a los hechos científicamente aceptados, o aquellas que induzcan a error, ya sea por su título, contenido, presentación o fines perseguidos.

Comentario: Es mandatorio

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO III. ÓRGANOS DE CONTROL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO

CAPÍTULO I. DE LOS TRIBUNALES ÉTICO-PROFESIONALES

•ARTÍCULO 50

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco (5) médicos elegidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, o quien haga sus veces, con el carácter de magistrados, de una lista de diez (10) candidatos, de los cuales serán propuestos dos (2) por cada una de las siguientes instituciones: Academia Nacional de Medicina, Colegio Médico Colombiano, Federación Médica Colombiana, Ascofame y Asociación Colombiana de Sociedades Científicas.

PARÁGRAFO. Durante los tres meses anteriores a la iniciación de un periodo del Tribunal Nacional de Ética Médica, las entidades competentes enviarán las listas de candidatos al Ministerio de Salud y Protección Social, o a quien haga sus veces.

Comentario: ¿Quién convoca?

•ARTÍCULO 51

REQUISITOS PARA SER MAGISTRADO DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. Para ser magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica se requiere:

- a) Ser ciudadano colombiano
- b) Haber ejercido la medicina legalmente por espacio no inferior a quince (15) años
- c) Haberse distinguido en el ejercicio de su profesión
- d) No haber sido condenado ni sancionado previamente por hechos derivados del ejercicio de la medicina en los cinco (5) años anteriores a su elección.

Comentario: No puede ser que un médico sancionado por violación a la Ley de Ética médica pueda ser Magistrado. Es cierto que todos los seres humanos tienen derecho a la rehabilitación pero existen impedimentos que deben respetarse.

•ARTÍCULO 57

REQUISITOS PARA SER MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA. Para ser magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:

- a) Ser ciudadano colombiano
- b) Haber ejercido legalmente la medicina por espacio no inferior a diez años
- c) Haberse distinguido en el ejercicio de su profesión
- d) No haber sido condenado ni sancionado previamente por hechos derivados del ejercicio de la medicina en los cinco (5) años anteriores a su elección

Comentario: Ya analizado: Ética Médica vs Procesos civiles, administrativos, penales

•ARTÍCULO 58

SEDE Y PERÍODO. Los Tribunales Seccionales de Ética Médica tendrán su sede en la capital del respectivo Departamento y el de Bogotá en la Capital de la República, pero podrán sesionar válidamente en cualquier lugar de su respectiva jurisdicción. Sus integrantes serán nombrados para un período de **dos (2) años**, pudiendo ser reelegidos por dos (2) veces y tomarán posesión ante la primera autoridad política del lugar o ante aquella en quien ésta delegue la facultad de adelantar la diligencia.

Comentario: El período de los Magistrados seccionales debe ajustarse al de los nacionales. O, todos dos o todos cuatro años.

•ARTÍCULO 59

FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES SECCIONALES. Son funciones de los Tribunales Seccionales de Ética Médica:

- a) Adelantar en primera instancia los procesos disciplinarios contra los médicos por presuntas faltas a la ética profesional, de acuerdo con la presente ley
- b) Tramitar y decidir los impedimentos y recusaciones de sus magistrados
- c) Conceder licencias a sus magistrados para separarse de sus cargos hasta por noventa (90) días en un año y designar el conjuez a que haya lugar

d) Designar a los conjuceces, en los casos previstos en la Ley.

Comentario: Importante

e) Elaborar informes semestrales de su actividad y remitir copia de los mismos, antes del 31 de julio y del 31 de enero de cada año, al Ministerio de Salud y Protección Social, o a quien haga sus veces y al Tribunal Nacional de Ética Médica

Comentario: Debe ser explícito que también se incluya: A las Direcciones Departamentales Territoriales de Salud, a las Distritales en donde sea necesario o quien haga sus veces.

f) Realizar publicaciones, reuniones científicas y otras actividades relacionadas con la enseñanza, el fortalecimiento y la divulgación de la Ética Médica

g) Darse su propio reglamento.

CAPÍTULO 2. DISPOSICIONES COMUNES

•ARTÍCULO 62

QUÓRUM. Los Tribunales de Ética Médica podrán sesionar y decidir válidamente con la asistencia **de más de la mitad** de sus integrantes. Las decisiones que se adopten serán firmadas por todos los magistrados que hayan asistido a la sesión deliberatoria y quien no esté de acuerdo con la decisión tomada podrá salvar o aclarar su voto y así lo hará constar, siempre y cuando la providencia sea votada por más de la mitad de los magistrados que integran el Tribunal.

Comentario: La mitad más uno como mínimo

CAPÍTULO 4. DE LAS SANCIONES

•ARTÍCULO 84

TIPOS DE SANCIÓN. Los Tribunales Seccionales Ético-Disciplinarios Médicos, probada la falta a la ética médica podrán aplicar alguna de las siguientes sanciones:

a) Amonestación verbal privada

- b) Censura escrita y pública
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis (6) meses
- d) Suspensión mayor en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco (5) años

Comentario: Debe volverse a las categorías de la Ley vigente. El médico inculpado puede tener una diferenciación en la pena más apropiada en la escala sancionatoria. Cuando la actuación del médico por negligencia, impericia e imprudencia, debidamente probada y que sea causa de muerte del paciente, la sanción debe ser analizada para más de cinco años en la suspensión del ejercicio profesional. Podría analizarse si hay repetición de negligencia, impericia e imprudencia probada con fallecimiento del enfermo, suspender por 10 años al médico.

CONCLUSIONES:

El análisis anterior está hecho en un lenguaje suscito debido a lo extenso del documento que contiene el proyecto de ley. No se incluye comentario alguno sobre el debido proceso consignado en la ley por cuanto este es tributario de los abogados de planta de los diferentes tribunales de ética médica del país.

Con lo expuesto a través del texto se evidencia que es una ley que necesita algunas reflexiones sobre tópicos muy puntuales para lo cual existen dos caminos como es del conocimiento de todos. El primero sería la reforma del proyecto a través de las diferentes discusiones en el Congreso y la segunda vía sería a través de un decreto reglamentario desde el Ministerio de Salud. Con cualquiera de las dos alternativas la ley finalmente quedaría explícita y con menos subjetividad lo que ayudaría enormemente a los magistrados de los distintos Tribunales del país.

**Presidente del Tribunal de Ética Médica de Caldas. Profesor Titular de la Universidad de Caldas.*

AUTONOMIA MÉDICA Y LEY ESTATUTARIA DE SALUD

Dr. Edgar Villota Ortega
Presidente Tribunal de Ética Médica de Nariño

- Uno de los grandes logros del Gremio Médico que quedó consagrada en la Ley Estatutaria (1751 – 2015)

La autonomía de los Profesionales de la Salud.

- El concepto no es novedoso

Se ha hablado mucho de Autonomía Médica, concepto que se ha modificado en el tiempo,

En la medida que cambia

En el ejercicio de la Medicina

- El papel del paciente
- El rol de las Asociaciones de Profesionales
- Pautas de autorregulación
- El conjunto de normas
- Que regulan la relación MÉDICO – PACIENTE

- Para entender hoy el concepto actual de autonomía

- Se debe considerar elementos como:
 - Paciente más informado
 - Terceros en condición de empleadores del Profesional de la Salud.
 - Entidades agenciadoras
 - Auditoría

- Desde luego recordar que los Profesionales de la Salud (Pfs) TIENEN DERECHOS Y LÍMITES CLAROS en la Ley y _____ se han autorregulado como cuerpos colegiados.

- CONSTITUCION Y LEY

- Conjunto de leyes
- _____ en decretos reglamentarios
- Conforman conjunto de normas
- Obligaciones para los Profesionales de la Salud
- Artículo 26 _____ Constitución de 1991:

Señala:

Libertad para escogencia profesión y la exigencia de títulos de idoneidad para el ejercicio profesional.

Otras normas como:

- Ley 14 1962 = requisitos ejercicio de la Medicina
- Ley 23 1981 = Ética
- Ley 1164 2007 = Talento humano en salud

- También régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en el Decreto Ley 973/94, modificado por la Ley 269/96 y el estatuto anticorrupción contenido en la Ley 1474/11, entre otros.

- En relación específica con la Autonomía Ley 1164/07

Agrega: “El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario”

Y establece la obligación permanente de autorregulación.

Lo anterior fue modificado por la Ley 1438/11 en los términos de la tabla 1

- En resumen la ley 1438 recoge los siguientes elementos para la autorregulación:
 - Responsabilidad ética
 - Competencia en el ejercicio
 - Uso pertinente de tecnologías
 - Racionalización del gasto
- La misma ley (1438) en su artículo 105 definió la autonomía de los Profesionales

de la Salud como “la garantía para emitir con 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”

- A los anteriores se adicionan aquellas relacionadas con la forma en que debe registrarse y conservarse la historia clínica de sus pacientes y la prescripción de medicamento.

- LEY ESTATUTARIA: 1751 (2015)

Señala en el Artículo 17: “AUTONOMÍA PROFESIONAL (página 20)

Ver gráfico: Componentes del artículo 17

- Las normas de la Ley Estatutaria fueron revisadas y declaradas ajustadas a la Constitución, señaladas en la Sentencia C-313 del 2014, en lo que se refiere a la autonomía y sus límites.

- Alcance Sentencia C-313-2014 de la Corte Constitucional

- La relación Médico-Paciente es fundamental para lograr el objetivo de llegar al más alto nivel de salud.

- Señala que la autonomía médica se debe estructurar en dos principios fundamentales:

A. Capacidad técnica

B. Consentimiento idóneo del paciente

- Lo anterior es concordante con lo señalado por la

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL



AUTONOMÍA Y AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL



SEÑALA: El elemento principal de la autonomía es la garantía que el Médico pueda emitir con libertad su opinión con respecto al tratamiento y atención de los pacientes.

- Importante anotar si esta libertad sería para aplicar el criterio en absoluto o si tiene límites y posibilidad de contradictores.



Antes eran opiniones



Ahora la ley esta señala la capacidad para adoptar decisiones

- Esta autonomía tiene límites frente a la autonomía del paciente para tomar las decisiones finales.

Importante recordar que ante la asimetría de información, el profesional ejerce enorme poder en la toma de decisión.

- Lo anterior agrega una gran responsabilidad en el profesional

- **CRITERIO**

Especialmente en materia fiscal y penal.

- **CONSENTIMIENTO IDONEO DEL PACIENTE:**

- Concepto de autonomía del paciente expresado por la Corte (misma sentencia).

Se relaciona con el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la salud.

Si el paciente renuncia a un tratamiento, elige el no ejercicio del derecho y prevalece su decisión sobre la del profesional.

En conclusión la autonomía del Profesional de la Salud no sería absoluta y tendría como límite la autonomía del paciente.

- Sin embargo la autonomía del paciente tampoco sería absoluta; ya que si renuncia al ejercicio del derecho no debe entrar en contradicción con otros valores o principios constitucionales.

Es aquí donde se plasma la voluntad en el consentimiento informado.

- O sea:

El Profesional de la Salud es autónomo para emitir su concepto para el tratamiento y _____ y el paciente es autónomo para decidir si acepta dicho concepto o se aparta de él.

- **LÍMITES:**

1. Esquemas de autorregulación
2. Ética
3. Racionalidad
4. Evidencia científica

- **AUTORREGULACIÓN:**

La capacidad colectiva (gremio. Etc.) para dictar y acoger una serie de normas o preceptos que deben oservarse o sea, es un límite que impone el mismo profesional.

Es en síntesis la responsabilidad permanente del Profesional de la Salud de autorregularse. (Ej. Control de gastos), así lo define la ley “Estatutaria”. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica”.

Los Profesionales de la Salud deben ajustarse a lo previsto en las normas vigentes y en general a los postulados de la ética, la evidencia científica y la autorregulación.

- **LA EVIDENCIA CIENTÍFICA:**

- Sería un límite a la autonomía

- Pregunto: La Auditoría de parte de EPS y IPS: es una vulneración de la autonomía profesional?

- En el caso de las IPS (Ley Estatutaria) prevee en el Artículo 16: Procedimientos para resolver conflictos. Ejm.: con relación al diagnóstico o alternativas terapéuticas. Prevee la ley que la decisión final sea adoptada por terceros. Serán las Juntas Médicas de los prestadores, quienes con base en criterios de racionalidad científica, de acuerdo a la ley, se aporten de los conceptos o las rectifiquen.

- Pregunta: Esta decisión de la Junta Médica.

EL DEBER SER DEL MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA

*Dra. Rocío Gómez Gallego
Presidenta Tribunal de Ética Médica de Antioquia*

Estas palabras son una puesta en acto de mi deseo en torno a algunos interrogantes concernientes al deber ser de los magistrados de los Tribunales de Ética Médica. En efecto, no se trata de presentar soluciones, sino posiciones e interrogantes, tarea en el marco de la Ética. En razón de la complejidad del tema, es importante aclarar que muchos de los conceptos enunciados, en varias ocasiones son reiterados. Ninguna argumentación analítica es posible sin retomar los términos de las proposiciones, lo que necesariamente lleva a insistir en planteamientos anteriores; de lo contrario, sería más difícil seguir el curso de la argumentación.

Aunque no es mi campo el Derecho, esclarezco que en varias oportunidades me referiré a algunos conceptos jurídicos –los cuales por las mismas razones- no son ampliamente tratados, pero son orientados por los profesionales de esta disciplina. En tal sentido, reivindico un razonable derecho a la comprensión por eventuales imprecisiones. Esos conceptos los traigo a colación, no sólo con el ánimo de lograr una mejor visión, sino porque se articulan con la Ética, con el Proceso Ético Disciplinario Profesional, esto es, con nuestra tarea y, en general, con el quehacer en estos cuerpos colegiados.

Se recurre a la Filosofía en busca de una fundamentación a todas estas reflexiones porque dicha disciplina permite pensar la práctica profesional y, además, señala ciertos principios rectores que sustentan esta exposición. Al mismo tiempo, es necesario resaltar los pilares de la Filosofía, de la Ética porque el calificador de justicia está obligado a observar los deberes que lo llevaron a elegir la actividad profesional citada y a revisar las motivaciones que determinan su conducta. Se aclara que muchos de estos conceptos están apoyados en la filosofía kantiana.

Del mismo modo, ha de quedar claro que no hablo desde el lugar del saber, ni como representante de la Ética y la Moral. Todo lo contrario, mis interrogantes los

expreso como cualquiera de ustedes lo puede hacer; a veces, con incertidumbre, con esperanzas, sin respuestas. No hay que temerle a las utopías porque ellas orientan el camino a seguir. Mi pretensión es solo poner a la luz pública estas deliberaciones y pensar en propuestas de trabajo, de funcionamiento. Dicho de manera más clara: re-capacitar cómo estos cuerpos colegiados y cómo cada uno de nosotros puede hacer las cosas mejor con el fin de hacer justicia en materia de Ética Médica.

Para mayor comprensión de este texto es conveniente hacer algunas anotaciones acerca de la Ética en la Medicina, los Tribunales de Ética Médica, su fundamentación, la obediencia a la ley, qué significa ser médico, qué significa ser magistrado, nuestras diversas responsabilidades, la coherencia de nuestros deberes, el lenguaje de las virtudes, el debido proceso, el deber ser, el saber obrar, el saber estar. De ahí la pertinencia del interrogante: ¿Cuál es el deber ser del magistrado de un Tribunal de Ética Médica? ¿Cómo me relaciono con el discurso jurídico? ¿Cuál es mi lugar? ¿Cómo me instalo yo en ese lugar?

Con estas reflexiones no se pretende agotar los deberes del magistrado, pero, por lo menos, mencionar algunos de mayor trascendencia. No se trata de pensar en un calificador de justicia como un superhombre, ni en su escenario laboral como una orquesta de ángeles. De cualquier modo están presentes las restricciones que la naturaleza le impone al ser humano, las reticencias del ordenamiento jurídico y la debilidad per se de cada institución. En un órgano colegiado siempre habrá dificultades, desencuentros, razón por la cual es significativo pensar estos asuntos, no para resignarse o repetirlos sino para intentar -en lo posible-resolverlos de otra manera. Al respecto, no resulta en vano resaltar dichos planteamientos en encuentros como estos, en una comunidad de pares.

Es razonable que toda persona comprometida con una disciplina debe dar cuenta de sus actos. En efecto, está en la obligación de explicar lo que piensa de ella, de exponer sus inquietudes, señalar sus temores, sus bondades, hacer lazo social, hacer cultura. Toda disciplina genera un saber, un conocimiento y si este no se transmite, no existe. Igualmente, el conocimiento es más que la acumulación de datos e informaciones¹ porque es también la interpretación de los mismos. De ahí la importancia de articular -en un sucinto recorrido-conceptos como el deber ser, el saber obrar y el saber estar del magistrado de un Tribunal de Ética Médica.

1 LOLAS STEPKE Fernando. Monografías de Acta Bioethica No 4-2010. Bioética en América Latina. Dimensión bioética de las profesiones. Centro Interdisciplinario de estudios de Bioética. Santiago. Universidad de Chile. Programa de Bioética OPS/OMS 2010, pp. 139-158.

DESARROLLO

La Ética se fundamenta en la libertad, la autonomía, la responsabilidad y la dignidad de las personas y también se apoya en conceptos morales como el bien común, la equidad, la prudencia, la justicia. En la esfera de la Ética no basta con decir la verdad sino reconocer si hay libertad en ese decir y divisar la responsabilidad en los actos de cada quien. Entonces la Ética es la representación del deber ser. En la órbita de la filosofía kantiana, un imperativo es un concepto a priori que expresa un deber, una ley moral, fundamentado en la razón. En el contexto de la Ética se entiende un deber de virtud, la areté, la excelencia que vale por sí misma. La Ética es una disciplina filosófica práctica y las virtudes se construyen, se realizan, no son del orden de las normas abstractas.

De ahí que la teoría de KANT es del deber, quien en su concepción ética presenta la pregunta ¿qué debo hacer?² En consecuencia, la ética “del deber por el deber” es un paradigma para afirmar los principios morales universales. De facto, conceptos contruidos por el filósofo prusiano³ como la dignidad humana, el principio de humanidad, el fin en sí mismo, la voluntad buena, la autonomía, la libertad se leen en la práctica y en el acto médico pero también irrigan el deber ser del magistrado. Se aclara que las categorías previamente anotadas no se desarrollan de manera amplia en este corto espacio por el cuidado de no sobrepasar los objetivos del presente escrito.

Ahora cabe preguntarse ¿por qué el deber ser está articulado con el saber hacer⁴ y el saber estar de un juzgador? El saber hacer permite distinguir las profesiones y renovarlas. Se sabe para hacer algo, se hace algo para saber⁵ y se debe hacer lo que se sabe hacer. El saber hacer supone una construcción, es asimilación e interiorización de conceptos. El deber ser implica un desarrollo de actitudes, una posición crítica y una toma de decisiones. Por consiguiente, el saber estar da cuenta del ejercicio de un saber y de la reflexión sobre el hacer. El que sabe estar en lo suyo conoce sus límites e impone los mismos; sabe que no todo lo puede hacer; sabe que no es un amo pero tampoco es un esclavo y reflexiona sobre las normas y los principios. Algo más. El valor moral del saber viene del saber estar. Se necesita poner el deseo propio para instalarse en el lugar del juzgador, el saber estar. Quien posee un saber y

2 KANT Inmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. México, Porrúa, 1983, pp. 45-59.

3 GÓMEZ GALLEGO Rocío. La dignidad humana en el proceso salud-enfermedad. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, pp. 21-55.

4 La expresión saber hacer pertenece a Pedro Laín Entralgo. Citado por LOLAS STEPKE Fernando. Bioética y Antropología Médica. Mediterráneo 2000, p. 23.

5 LOLAS STEPKE Fernando. Bioética y Antropología Médica. Mediterráneo 2000, p. 23

sabe hacer algo, cuando sabe estar en ese su saber y su hacer, asume los riesgos y es responsable de la accesibilidad de los beneficios al conglomerado social⁶.

Así pues, el saber estar del profesional, del juzgador, implica responsabilidad en la esfera privada y en la pública, esto es, conocer y asumir los deberes y obligaciones concernientes a las tareas propias, las cuales son visibles a los colegas, a la sociedad y al Estado. Si la sociedad deposita en ese sujeto la confianza de creer en sus labores, en sus decisiones, dicha credibilidad debe fundamentarse en la idoneidad y en los principios éticos de esa persona, razón por la cual involucra necesariamente una ética profesional. Pero se añade algo más. No se trata de ser o sentirse responsable por algo o por alguien. Desde luego, debe someterse al escrutinio público para que los pares y la comunidad puedan discernir acerca del saber obrar y valorar los resultados y las motivaciones del desempeño. De acá se deriva la autoridad, la idoneidad, la autonomía; es decir, la posición ética de cada quien.

Si este análisis se lleva a la práctica médica, se piensa que la Medicina es una profesión de superior categoría, digna, noble, social y esencial. Sus profesionales tienen el deber encomendado por la sociedad, esto es, la custodia de la vida y el cuidado de la salud de los humanos, el acompañamiento en su dolor y en su sufrimiento. Esto nos exige a los facultativos actuar ceñidos a los más altos postulados éticos. La Medicina no se puede abordar como un puro saber o como un simple hacer. El saber médico no consiste en la aplicación de los mejores conocimientos de las ciencias y de las tecnologías para el tratamiento de las enfermedades. El galeno debe abordar al ser humano, con su propia subjetividad y debe ir más allá de la enfermedad. Además, al médico le corresponde articular las instancias del deber ser, el saber hacer y el saber estar en la dignidad de su praxis. Su tarea con relación al paciente consiste en aplicar con rigor todo lo que esté a su alcance para hacer lo que debe hacer de la mejor forma posible⁷.

La profesión médica se apoya en muchas ciencias y disciplinas, posee una estructura ética, deontológica y humanística, garantes para la defensa de la vida, la salud y la dignidad de la persona, derechos humanos. En estricto rigor, nuestra sociedad necesita nuevos sujetos sociales que se interroguen por su posición ética en su práctica médica. Entonces, de manera preferente, es responsabilidad de la sociedad proteger la Medicina y es compromiso de los galenos salvaguardar la profesionalidad como criterio social de excelencia

6 Ibid., p. 24.

7 GÓMEZ GALLEGU Rocio. Del deber ser y el ser del médico. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Medellín, No 23. Diciembre 2002, pp. 34-40.

personal⁸, la autonomía, la idoneidad, el digno ejercicio, elementos constitutivos esenciales de la Medicina como profesión.

Ahora pasamos a otro punto. Convengamos, quienes integramos los Tribunales de Ética Médica, a más de la vocación médica que nos llevó a jurar que consagraríamos nuestras vidas al servicio de la humanidad, vivimos también la vocación que nos lleva a luchar con tenacidad por la verdad y la justeza en los conflictos suscitados entre nuestros profesionales de la salud y sus pacientes; esto es, aplicar la justicia en materia de Ética Médica. Las facultades que invisten a un administrador de justicia exigen altos estándares de buena conducta, cualidades éticas e intelectuales con la finalidad de contribuir y acrecentar la confianza de los ciudadanos que acuden a sus servicios.

En Colombia, la Ley 23 de 1981 al unísono con su Decreto Reglamentario 3380 del mismo año estructuran un cuerpo normativo que se establece como el Código de Ética Médica, estatuto que prescribe unos mínimos normativos objetivos, exigibles al galeno por parte del cuerpo médico, de la comunidad, las instituciones, el Estado cuando desempeñe labores en el ejercicio de la Medicina. El Tribunal Nacional de Ética Médica y sus Tribunales Seccionales conforman cuerpos colegiados investidos de autoridad para conocer y adelantar los procesos disciplinarios ético profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la Medicina. Es decir, estos órganos plurales dan aplicabilidad a esos mínimos éticos normativos objetivos. En otras palabras, los Tribunales de Ética Médica surgieron de la necesidad de ejercer control dignificante a las relaciones entre profesionales de la salud y la sociedad.

Para ser magistrado de un Tribunal de Ética Médica no se necesita únicamente el título de Medicina General, en lo posible, con especializaciones en las diferentes áreas de la Medicina⁹. No se precisa dominar *verbi gratia*, la Fisiología, la Patología y la Terapéutica. Tampoco es requisito *sine quanon*, el título de abogado con formación en algunas ramas del Derecho, cualificaciones que algunos han tenido la oportunidad de estudiar. Sería en cambio muy productiva la formación en Ética y en Bioética, no solo porque en los principios de estas disciplinas se apoya la solución de un proceso ético disciplinario, sino también que de dicho conocimiento se deriva la aplicación de la justicia.

Lo anterior se puede decir de otra manera: una decisión justa encuentra mayor eficacia cuando se fundamenta en principios universales de lo ético, lo justo, lo razo-

8 CAMPS Victoria. Virtudes Públicas. Madrid. Editorial Espasa Calpe. 1990, p. 98.

9 LEY 23 de 1981. Artículo 7. Tribunal Nacional de Ética Médica. Normas sobre Ética Médica. Bogotá. Congreso de la República de Colombia. 1990.

nado y razonable, lo que es permitido o no hacer, lo que se debe o no hacer; y, no simplemente, en conceptos derivados de lo puramente técnico, científico y médico. En suma, un magistrado de un Tribunal de Ética Médica, no solo necesita ser un buen médico en el sentido lato, sino incluso anteponer el deseo de hacer verdadera justicia, lo que implica objetividad, razonamiento, sana crítica y motivación desde lo ético y bioético para resolver un asunto sometido a su consideración. De aquí se deslinda una actitud, un carácter, un saber estar, un resorte ético.

En esta argumentación, es significativo señalar que el lenguaje de los deberes no es ajeno a los magistrados. Es obligación de los juzgadores orientar los procesos a la sazón con los principios rectores que imperan en garantía de la seguridad jurídica para quienes afrontan la investigación. Del mismo modo, es fundamental entender y aplicar los principios de la Ética y la Bioética, estos últimos de igual o mayor importancia que los primeros, pero siempre articulados unos con otros con el propósito de tomar decisiones que aspiren a la justicia. Esto exige una buena preparación técnico profesional, estudio, actualización permanente y seguimiento de las posiciones jurisprudenciales de las Altas Cortes, así como frecuentes encuentros de pares convocados por el Honorable Tribunal Nacional de Ética Médica.

Acorde con el hilo conductor, es importante no perder de vista el debido proceso el cual está consagrado en el Artículo 29 de nuestra Carta Política en Colombia. Esta norma constitucional regla que se debe aplicar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Es una de las disposiciones de mayor trascendencia porque consagra las garantías que contribuyen a mantener el orden social, la seguridad jurídica, la protección al ciudadano que se encuentre sometido a un proceso; por consiguiente, permite asegurarle la pronta y cumplida administración de justicia mediante las formas esenciales de cada rito legal. Del mismo modo, el debido proceso no se circunscribe a garantizar solamente el principio de las formas propias de cada juicio, ni se halla establecido únicamente para la protección del procesado, sino también, en defensa de la sociedad¹⁰.

Con esto en mente, es preciso recordar que cada uno de los derechos obrantes en el debido proceso constituye una limitación al poder del estado y la restricción a ese poder, se convierte en muchas garantías para el ciudadano. El carácter esencial del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse las autoridades judiciales y administrativas con relación a los derechos de los individuos. De este modo, los principios que regulan el proceso penal o disciplinario son de orden público; en consecuencia, solo se

10 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29. Vigésima edición compilada, concordada y anotada. Bogotá. Editorial Leyer, 2005.

tramitan acorde con los presupuestos legales y nadie está autorizado a gestionarlos desde su disposición privada o subjetiva porque todos están sometidos a las formalidades procesales. Lo anterior significa que cualquier ciudadano investigado tiene derecho a ser juzgado con las formalidades del debido proceso. De no ser así, habrá sanciones procesales¹¹.

Dentro del debido proceso, no puede faltar el compromiso en el acto de juzgar. El magistrado evidencia su responsabilidad para juzgar cuando presenta su postura en el momento de la toma de decisiones, cuando hace justicia. No se trata solamente del número de procesos presentados para rendir cuentas a sus órganos competentes, actitud muy importante porque responder por el trabajo encomendado con celeridad, eficiencia y eficacia, también hace parte del deber ser. Se comprende que el trabajo del juzgador no se puede valorar solo por estadísticas pues la cantidad de los procesos fallados no es garante en la tarea procesal. Es pertinente resaltar que es un trabajo cualitativo, acucioso, de estudio procesal porque se trata de juzgar pero no de cualquier manera.

No sobra advertir que la toma de decisiones es un momento crucial en el acto ético de juzgar porque se trata de decidir entre diferentes caminos o soluciones. La decisión se fundamenta en la libertad y en el equilibrio. Este último, en el escenario de los derechos y deberes es una cualidad, del orden del buen sentido, de la equidad, de la armonía en el contexto aristotélico. La libertad y la independencia son la esencia en el acto de juzgar. La libertad es insoslayable en el saber hacer, en el saber estar, en el acto de impartir justicia pues si no hay libertad, es imposible juzgar. La libertad es madre de la imparcialidad; en consecuencia, un magistrado libre es un magistrado imparcial¹². Esa independencia guarda estrecha relación con la neutralidad. De ahí la importancia de que el juzgador evite conflictos de intereses y que en su mente siempre permanezca la lucha por la neutralidad y por la equidad.

Pero después de la decisión es justo rendir cuentas a la sociedad acerca de las razones por las cuales se ha decidido de una manera y no de otra. Esta es la obligación de la motivación. Dicho deber por parte del magistrado requiere estudio, humildad, claridad, asesoría jurídica y saber escuchar a sus pares. La motivación debe ser

11 GAMARRA HERNANDEZ Germán. Aspectos Procesales. Tribunal Nacional de Ética Médica Memorias del Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica. Bogotá. Agosto 2014. No 10, pp. 11-15.

12 PAJARDI Piero. La Ética del Magistrado. En: Revista de Derecho Privado. ISSN 0034-7922, No 64, Junio 1980, p. 673.

completa, coherente, esencial, eficiente¹³ y en la misma expone las razones de su decisión e intenta impugnar las objeciones que le hayan sido o le puedan ser opuestas frente a la comunidad jurídica, a los usuarios del derecho, a la sociedad. Con la motivación busca que su decisión sea convincente manifestando que es justa, razonable, que está dentro de los criterios jurídicos dentro de un Estado Social de Derecho. Una buena motivación representa una posición democrática responsable¹⁴.

Un magistrado inserto en un Tribunal Colegiado no puede pretender cumplir sus deberes con un mero salvamento de voto difusamente motivado. Si está convencido del fundamento de su decisión, tiene la obligación de exponer sus argumentos acorde con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Por supuesto que existe el derecho a disentir pero el abuso de este procedimiento de manera dubitativa causa problemas en un cuerpo colegiado puesto que obstaculiza el funcionamiento, retrasa el rigor procesal, pone en duda las decisiones del Tribunal y, en ocasiones, no se hace justicia en el sentido de la palabra.

Falta agregar algo. Ha de quedar clara la importancia de la orientación jurídica de los distintos abogados que asesoran a los administradores de justicia en las tareas procesales de estos cuerpos colegiados, compromisos reglados por el principio de confianza, pero es evidente que la responsabilidad procesal, en última instancia, es de los magistrados. Sin embargo, en los Tribunales de Ética Médica, la idea no es que los magistrados médicos, funjamos como abogados pero sí tenemos la carga de conocer las leyes que aplicamos. De ahí que en nuestro escenario, nosotros, los integrantes de estos cuerpos colegiados, debemos tener escucha y dejarnos tocar por el discurso jurídico. En consecuencia, resulta innegable que la función al ejercer la potestad sancionatoria, debe ajustarse en todo a los postulados globales que irrigan el proceso debido, los cuales debemos conocer.

Cabe concluir que los aplicadores de justicia, dentro de las libertades constitucionales tienen la potestad de ser críticos de las normas pero no lo deben hacer en actos oficiales pues cuando son aplicadores de la legalidad vigente deben ser fieles servidores de la ley y les obliga hacerlo aunque se aparten de la justicia o la equidad. “Su criterio no puede sustituir a la norma¹⁵”. En tal sentido, solo pueden aplicar e

13 Ibid., p. 669

14 UPRIMY YEPES Rodrigo. La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social Democrático de Derecho. Justicia y Jueces, pp. 131-139. [Fecha de acceso 28 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/37233/1/38998-173773-1-PB.pdf>

15 GUZMAN MORA Fernando. FRANCO DELGADILLO Eduardo, SAAVEDRA ROJAS Edgar. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Providencia No 10-2003. Ejercicio médico, ética y norma jurídica. Tomo I, p 789 Bogotá. Universidad Libre, 2006.

interpretar la norma para extraer la intención del legislador. Su función es ser custodios de la legislación. Queda claro que si cada uno “aplicara su propio criterio, habría inseguridad jurídica¹⁶”.

Ahora bien, no se trata tampoco de ser un técnico de la ley y reducir la función del magistrado a la simple aplicación de la norma. También es necesario desentrañar la constitucionalidad de una determinada norma jurídica, la que al final, de no ser susceptible de adopción por parte del juzgador, debe comportar una argumentación amplia, razonada, lógica, coherente y motivada sobre los considerandos que permitieron apartarse de la norma jurídica legal.

Se puede añadir algo más. Los hacedores de justicia, para juzgar, interpretar y aplicar la ley en cada caso particular, deben dejar de lado sus pasiones, sus amores, sus odios, sus intereses personales pues, no tienen un poder superior con relación a los otros ciudadanos porque la autoridad que les asiste es del Estado y esa investidura es la auténtica representación del Estado Social de Derecho. Esta autoridad no permite “abusos de ninguna naturaleza, porque la justicia es y debe ser el primer servicio público que el Estado presta a sus nacionales¹⁷”. De ahí que el magistrado no puede explicitar que está a favor de los médicos y/o en contra de los pacientes porque no está autorizado para ello, lo cual revela que no está ni en el lugar ni en la disposición de hacer justicia.

La lógica y la dinámica del ejercicio del poder señala que quien lo encarna y abusa del mismo, tiene la capacidad de extralimitar su función, antepone sus intereses personales o deriva su conducta hacia otros fines extraños, no relacionados con sus tareas iniciales encomendadas. Se cree que el aplicador de justicia es un detentador del poder público¹⁸. En esa línea, es razonable pensar que el poder es posible accionarlo de manera ética, en bien de la institución, de la comunidad. Algunos piensan que al ser nombrados magistrados, no solo mejoran su hoja de vida sino que escalan el poder para conseguir otros logros y, probablemente lo alcanzan. Pero no es que se tenga o se consiga un poder sino un supuesto poder.

En este abanico de ideas es preciso dilucidar acerca de los conceptos supuesto poder y autoridad. El ejercicio del supuesto poder es del orden de lo imaginario y la autoridad es del orden simbólico, esto es, de la palabra. Cuando se trata del 1º caso, ese supuesto poder impide trabajar de manera tranquila porque simplemente, no se está en el lugar que le corresponde y no hay un saber estar. En el 2º, es convocar e invitar

16 Ídem.

17 GAMARRA HERNANDEZ Germán, óp. cit., p. 14.

18 PAJARDI Piero, óp. cit., p. 665.

al trabajo. La autoridad reposa sobre el reconocimiento del orden de la diferencia. Posee autoridad aquel a quien se le reconoce a partir del lugar que él ocupa porque lo dicho por él no tiene el mismo valor que lo expresado por aquellos que no ocupan ese lugar. Autorizarse de algo es tener un saber acerca de ese algo, actuar como tal; es decir, saber estar. Autorizarse como juzgador no es solo el nombramiento que hace el Estado para dicho cargo, por intermedio de sus órganos competentes; es tener y asumir un saber acerca de lo que significa ser magistrado, construir un saber obrar y un saber estar.

Para el juzgador, igual que el lenguaje de los deberes, la puesta en acto de las virtudes, tampoco le es extraño porque ambos acatamientos están articulados. Por lo tanto, su saber estar supone una ética de las profesiones, de las virtudes. El juzgador tiene deberes privados ligados a su autonomía pero también tiene deberes públicos articulados con la justicia y el bien común. En consecuencia, un buen magistrado tiene que ser un buen profesional, un buen ciudadano, requisitos indispensables que lo avalan para participar en la construcción de un bien común como la justicia y presupuestos de la ética de las profesiones¹⁹.

El deber ser del juzgador establece que este profesional debe encarnar un modelo de conducta ejemplar basado en virtudes y valores como la justicia, prudencia, independencia, imparcialidad, fortaleza, templanza, honorabilidad, respeto a los justiciables, parámetros que garanticen el reconocimiento social y que se traduzcan en la rectitud de sus funciones públicas y actividades privadas. A veces se piensa que el carácter profesional y ético del magistrado sólo se manifiesta al proferir un fallo y su probidad en no favorecer a las partes. Pero dicha apreciación no da cuentas de qué significa ser un hacedor de justicia²⁰. El carácter profesional y ético del juzgador no puede desligarse de la integridad psicológica y moral de la persona que recibe dicho nombramiento. La condición moral del mismo tan sólo es un reflejo de su calidad como persona.

Se ciñe ahora la consideración en la imagen que un Tribunal debe producir en la opinión pública relacionado con la voluntad de transparencia, como el ánimo de obtener mayor confiabilidad en la ciudadanía. Es decir, el buen funcionamiento de un Tribunal no está dirigido solamente a los propios magistrados, pues debe ser al

19 HORTAL Augusto, ETXEBERRIA Xavier. Profesionales y vida pública. Colección Ética de las profesiones. UNIJES. Bilbao, 2011, pp. 9-14.

20 RETO DE LOS RIOS Lis Eliana Ética del magistrado, una ética de máximos. [Fecha de acceso 25 de septiembre de 2015] Disponible en:

<http://www.panoramacajamarquino.com/noticia/etica-del-magistrado-una-etica-de-maximos/>

mismo tiempo un mensaje a la sociedad. En otras palabras, la inquietud no es solo por el “ser” acorde con la dignidad propia de los deberes encomendados, sino también por el “parecer”²¹. Lo anterior es pertinente tenerlo en cuenta para no suscitar suspicacias en la sociedad acerca de la manera cómo allí se hace justicia. La crisis que afecta a nuestra comunidad, la quiebra de valores, la deslegitimación o descrédito de los estamentos encargados de administrar justicia, erosionan la confianza pública. Todo esto es un llamado para que los juzgadores realicemos nuestras labores dentro de los más altos cánones de la ética.

No menos arduo es el papel del presidente en un Cuerpo Colegiado. El magistrado que se despliegue en este espacio no es un jefe, no es un director y su voto vale lo mismo que el de los otros colegas. Es un ejemplo de autoridad y debe atenuar el malestar siempre presente en las relaciones interhumanas, malestar que nunca es posible superar²². El presidente tiene pocos elementos concretos de coordinación del trabajo de sus pares pero debe poner en marcha planes, estrategias, propuestas de trabajo, gestión administrativa que de cuenta del funcionamiento de la institución y hacer las respectivas exigencias a los otros y a sí mismo.

El presidente debe responder ante el propio Tribunal, la sociedad y el Estado no solo como representante legal sino también como cabeza visible del cuerpo colegiado. Se trata de poner de presente la buena intención kantiana, o, sea, intentar hacer las cosas de la mejor manera posible aunque no siempre salgan bien. Al respecto Freud anota que gobernar, educar y, se agrega, ser padre o madre, son las tareas más difíciles de los seres de la palabra porque como se haga, nunca se hará bien hecho y al respecto siempre habrá cuestionamientos²³.

Es de sana crítica aceptar que en el interior de un Tribunal de Ética Médica haya dudas, inquietudes, contradicciones, interrogantes, diferentes interpretaciones de los preceptos jurídicos pero es imperativo evitar las posiciones subjetivas que no están dentro del marco de la ley. Valga la verdad explicitar que las circunstancias difíciles, las normas jurídicas -a veces- poco claras que orientan el proceso disciplinario ético profesional, las seguidillas de dificultades y los conflictos entre los humanos nunca se solucionarán. Sin embargo, lo anterior se puede limitar un poco con el estudio, la preparación técnica en búsqueda de la actualización permanente, la diligencia, renunciando que no puede hacer un juzgador. Lo anterior se sostiene si se domeñan las pasiones y se toma una postura ética al respecto pues no se trata solo de la ética del bien decir sino igualmente, del bien hacer.

21 Ibid

22 FREUD Sigmund. El Malestar en la cultura. Obras completas, Buenos Aires, Amorrortu, 1979 volumen XXI pp 59-140

23 FREUD Sigmund. Escritos breves. Prólogo a August Aichhorn. Obras completas, Buenos Aires, Amorrortu, 1979 volumen XIX, p. 296-298.

Igualmente, es importante plantear en este escenario, la necesidad creciente de generar políticas de funcionamiento que garanticen mayor estabilidad y permanencia de los magistrados de los Tribunales de Ética Médica, de modo que, la magna demanda de la función pública que se nos encomienda, se pueda cumplir. La mayor estabilidad en los cargos, es un requisito importante para que quién esté al frente del proceso alcance en el tiempo a poner fin a la instancia, con la decisión que refleje la verdad aprehendida directamente de la práctica probatoria. Con esto, se espera que redunde en una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de servicio para evitar cargas represadas y excesos contrarios a la función pública.

Nuestra sociedad ha creado una carta constitucional a la par con las construcciones éticas, sociales y jurídicas del hombre y el juzgador debe asumir este reto . Nuestra Constitución ha aumentado de manera significativa la responsabilidad moral y social del calificador de justicia. En esta nueva tarea la ética del magistrado debe entenderse como la ética del deber ser, del saber hacer y del saber estar, responsabilidades frente a una sociedad nueva en rápida transformación que impone y reclama una adecuación del juzgar y del cómo juzgar a los implicados en una sociedad²⁴ .

A MANERA DE CONCLUSIONES

-La reflexión sobre el sentido de la función del magistrado en la sociedad actual no es una cuestión que interesa solamente a los juzgadores sino a todos los miembros de la comunidad, porque ella habrá de responder a la pregunta por el sentido de la Justicia como institución fundamental del Estado Social de Derecho.

-El juzgador, profesional responsable y ciudadano comprometido debe ser habitado por la ética y ninguna norma de conducta podrá sustituir la calidad humana del magistrado quien con su ejemplo de su diaria labor evidencia el valor de la justicia.

- Una de las tareas de la ética es humanizar la justicia, razón por la cual es indispensable salvaguardar la dignidad de las personas, especialmente de los sectores vulnerables porque es de la ética hacer justicia para todos.

-En suma, todo magistrado debe responder ante sí mismo, ante la sociedad y ante el Estado. Tiene en sus manos un poder exclusivo de sancionar a un ciudadano por el indebido actuar, razones suficientes para ser muy cautos en estas arduas tareas y ceñirse a los deberes de la profesión.

24 PAJARDI Piero, óp. cit., p. 675.

-La magistratura debe ejercerse con paciencia, perseverancia y el rigor requerido para cumplir con nuestra misión social porque hay que saber obrar acorde con el deber ser y permanecer en el saber estar del difícil arte de juzgar.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPS Victoria. Virtudes Públicas. Madrid. Editorial Espasa Calpe. 1990, 204 p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29. Vigésima edición compilada, concordada y anotada. Bogotá. Editorial Leyer, 2005.

FREUD Sigmund. Escritos breves. Prólogo a August Aichhorn. En: Obras completas, Buenos Aires, Amorrortu, 1979 vol XIX, p. 296-298

GAMARRA HERNANDEZ Germán. Aspectos Procesales. Tribunal Nacional de Ética Médica Memorias del Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica. Bogotá. Agosto 2014. No 10, pp. 11-15.

GÓMEZ GALLEGU Rocío. La dignidad humana en el proceso salud-enfermedad. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, 247 p.

----- Del deber ser y el ser del médico. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Medellín. No 23. Diciembre de 2002, pp.34-40.

GUZMÁN MORA Fernando, FRANCO DELGADILLO Eduardo, SAAVEDRA ROJAS Edgar. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomos I, II, III. Bogotá. Universidad Libre, 2006.

GUZMÁN MORA Fernando, MORENO MAZO Sara Edith, ARIAS PAEZ Carlos Alberto, BARRAGÁN GÓMEZ Ricardo. Ética en Medicina. Revista Colombiana de Ortopedia y Traumatología. Volumen 27 Suplemento No 1 Marzo de 2013. [Fecha de acceso 2 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://sccot.org.co/pdf/RevistaDigital/27-01.1-2013/03Etica.pdf>

HORTAL Augusto, ETXEBERRIA Xavier. Profesionales y vida pública. Colección Ética de las profesiones. UNIJES. Bilbao, 2011, 326 p.

KANT Inmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, México, Porrúa, 1983, 67 p.

LEY 23 de 1981. DECRETO REGLAMENTARIO 3380. Tribunal Nacional de Ética Médica. Normas sobre Ética Médica. Bogotá. Congreso de la Repú-

blica de Colombia. 1990, 63p.

LEY DEL TALENTO HUMANO: Ley 1164 de 2007. Bogotá. Congreso de la República de Colombia; 2007

LEY ESTATUTARIA 1581-12 y su DECRETO 1377-2013 Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

LOLAS STEPKE Fernando. Monografía de Acta Bioethica No 4-2010. Bioética en América Latina. Dimensión bioética de las profesiones. Centro Interdisciplinario de estudios de Bioética. Santiago. Universidad de Chile. Programa de Bioética OPS/OMS 2010, pp. 139-158.

----- . Bioética y Antropología Médica. Mediterráneo 2000, 174 p.

PAJARDI Piero. La Ética del Magistrado. En: Revista de Derecho Privado. ISSN 0034-7922, No 64, Junio 1980, p. 661-679

Reto de los Rios Lis Eliana Ética del magistrado, una ética de máximos. [Fecha de acceso 25 de septiembre de 2015]. Disponible en:

<http://www.panoramacajamarquino.com/noticia/etica-del-magistrado-una-etica-de-maximos/>

RESOLUCIÓN Número 1995, julio de 1999, República de Colombia, Bogotá: Ministerio de Salud; 1999

RODRÍGUEZ CAZORLA Luís Alfonso. Ética del magistrado. [Fecha de acceso 25 de septiembre de 2015]. Disponible en:

<http://www.monografias.com/trabajos65/etica-magistrado/etica-magistrado.shtml>

TEALDI JC, director. Diccionario Latinoamericano de Bioética. Bogotá: UNESCO: Redbioética: Universidad Nacional de Colombia; 2008.

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. Memorias del Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica. Bogotá. Agosto 2014. No 10, págs. 11-15

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. Gaceta Jurisprudencial. Enero 2013. Número Especial. Delitos contra la integridad sexual en el acto médico. Bogotá. 2013

UPRIMY YEPES Rodrigo. La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social Democrático de Derecho. Justicia y Jueces, pp. 131-139. [Fecha de acceso 28 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/37233/1/38998-173773-1-PB.pdf>

**VIGILANCIA DE LA PROCURADURÍA A LOS
TRIBUNALES ÉTICO DISCIPLINARIOS Y
CREACIÓN DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO
A NIVEL NACIONAL PARA LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA.**

Dr. Jacob Cuéllar Bermúdez
Secretario Abogado Tribunal Seccional de Etica Médica del Cauca

Quisiera comenzar con una noticia que publicó el diario El tiempo en 1.991, “El **Tribunal** Nacional de **Ética Médica** y los **tribunales** seccionales del ramo están sujetos a la **vigilancia** de la Procuraduría, pese a que sus miembros no tienen carácter de funcionarios públicos. La competencia del Ministerio Público se fundamenta en el hecho de que estos organismos, creados por la Ley 23 de 1981, ejercen, por delegación del Estado, una función pública”¹.

Se cita en la nota periodística que quien emitió en su momento, dicho concepto fue el entonces procurador auxiliar, Dr. Weisner César Ariza, al absolver una consulta elevada por el médico Alejandro Pinzón Rincón, situación que se repetirá en posteriores manifestaciones, tanto de la procuraduría como el último emitido por la Sala de consulta del servicio civil del Consejo de Estado, que son los médicos los que angustiados frente al proceso disciplinario, arremeten contra la entidad, con el solo propósito de obstaculizar el trámite y función de los Tribunales de Ética Médica.

Luego de este concepto, tanto la procuraduría como el Consejo de Estado, han precisado cual es la función, que tienen frente a los Tribunales de Ética Médica, por ejemplo, la Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa², en el proceso Radicación No.: 074-05132-05, proferida el 08 de septiembre de 2006, establece que puede ordenar la vigilancia sobre el trámite del proceso, en procura de velar porque se cumplan con la ritualidad y con las formas propias del juicio, según lo preceptuado el artículo 29 de la Constitución política, y lo hace porque

1 www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-40256. Consultado el 06 de noviembre de 2015.

2 [www.procuraduria.gov.co/.../1Vigilancia Administrativa/.../074-05132-05](http://www.procuraduria.gov.co/.../1Vigilancia%20Administrativa/.../074-05132-05), consultado el 5 de noviembre de 2015.

encuentra que en un proceso en donde se discute si un médico sin tener la especialidad puede o no cambiar un medicamento ordenado en una receta médica por un especialista.

Este concepto surge porque un ciudadano apela una resolución de preclusión de un proceso disciplinario de la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, e indica como primer interrogante para llegar a la conclusión anterior que: **“Finalmente, es necesario entrar a analizar el archivo de las presentes diligencias, para establecer si efectivamente la investigación adelantada por el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, se encaminó a buscar el esclarecimiento de los hechos denunciados por el quejoso, es decir el cambio de medicamento DA-RAPRIN por FALSIDAR, en verdad el quejoso no solo solicita investigación de las causas o complicaciones causadas por el nuevo medicamento prescrito, aspecto que desde el punto de vista científico la delegada considera aclarado; otro aspecto diferente es la condición de especialidad y conocimiento científico del médico, que presuntamente sin ninguna autorización por parte del médico tratante cambió el medicamento, y al respecto tenemos que no se probó dentro del proceso del Tribunal de Ética Médica**

En concepto del funcionario de la procuraduría, en el fallo citado, se ha indicado que: “...la función pública que la ley le encomendó al Tribunal de Ética Médica, la cual ha sido definida por la jurisprudencia, según sentencia de la Corte Constitucional, C-948 de 2002, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS, como: “...cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidad se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública. En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objeto principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Estas consideraciones, tienen como sustento, precisamente el cumplimiento de una especial función de los Tribunales de Ética Médica, así como de sus actuaciones, y nos referimos al ejercicio del DERECHO SANCIONADOR y sus características. *“El derecho sancionador se caracteriza por: i) ser eminentemente público, puesto que los bienes que pretende proteger tienen un interés de esa naturaleza; ii) la consecuencia de la trasgresión de sus preceptos es una pena o sanción, sin perjuicio de su función preventiva; iii) exigir la legalidad de los delitos y de las faltas, así como de las penas y de las sanciones - principio de legalidad y tipicidad de los delitos y de las faltas y de las penas y sanciones y; iv) la imposibilidad de que existan penas o sanciones imprescriptibles, característica que se desprende de lo previsto en el inciso final del artículo 28 de la C. P. En su parte sustancial el derecho administrativo sancionador describe, entre otros aspectos, los comportamientos que son objeto de reproche por parte del Estado y determina la sanción o pena a imponer y, en la parte procesal, regula el procedimiento que se debe adelantar para establecer la existencia del comportamiento reprochable, la responsabilidad de sus actores y la aplicación de las penas o sanciones”*³.

En dicha providencia, también se ha indicado el origen de la función encomendada a los Tribunales de Ética Médica, la cual se expresa en estos términos: *“En los términos de lo dispuesto por los artículos 26 y 124 de la Carta, la libertad de escoger profesión u oficio está sometida a la inspección y vigilancia de las autoridades y es facultad del legislador determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, contexto en el cual es necesario precisar que los profesionales de la medicina no sólo están sometidos a las normas del proceso ético disciplinario de la ley 23 de 1981, sino también, cuando tengan la calidad de servidores públicos, al Código Disciplinario Único - ley 734 de 2002 que determina el régimen de derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses de aquéllos, de manera obvia por faltas diferentes a las que preservan el buen ejercicio de la profesión médica. Esta doble sujeción de los profesionales de la medicina como sujetos disciplinables, determina que la ley 23 de 1981 se les aplique por conductas previstas como faltas atentatorias de la ética médica, sean o no servidores públicos, toda vez que el legislador estableció un estatuto propio para esta clase de profesionales y, si ellos tienen la calidad de servidores públicos, es posible deducirles responsabilidad por violación del régimen disciplinario contemplado en la ley 734 de 2002.”*

3 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, CONSEJERO PONENTE: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006), Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00064-00(1756).

NORMAS DE REMISIÓN Y SU ALCANCE⁴ .

Con la anterior referencia a la estructura y función de los Tribunales de Ética Médica, nos referiremos a otro concepto del Consejo de Estado, en relación con las normas de remisión y el alcance que ellas tienen cuando en ley ha establecido de manera expresa dicha complementación. El anterior concepto surge de una consulta que hace el señor Ministro de la Protección Social, cuando solicita a la Sala conceptuar acerca de la norma aplicable para contabilizar el término de prescripción de la acción disciplinaria en los procesos de ética médica. Al efecto formuló las siguientes preguntas:

“1. Teniendo en cuenta que constitucionalmente debe establecerse términos de prescripción tanto para la falta como para la sanción y que la ley 23 de 1981 no contempla término legal para ello, actualmente debe aplicarse la ley 734 de 2002 o el Código de Procedimiento Penal?”

2. De aplicarse el actual Código de Procedimiento Penal, qué término de prescripción se utilizaría, teniendo en cuenta que la norma contempla uno diferente según la clase de delito?”

3. Que norma debe aplicarse a los procesos iniciados antes de la vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta que el anterior código no consagró término de prescripción?”

El Consejo de Estado en este concepto, vuelve a recalcar la función del Tribunal, en relación con el derecho sancionador: “El derecho sancionador se caracteriza por: i) ser eminentemente público, puesto que los bienes que pretende proteger tienen un interés de esa naturaleza; ii) la consecuencia de la trasgresión de sus preceptos es una pena o sanción, sin perjuicio de su función preventiva; iii) exigir la legalidad de los delitos y de las faltas, así como de las penas y de las sanciones - principio de legalidad y tipicidad de los delitos y de las faltas y de las penas y sanciones y; iv) la imposibilidad de que existan penas o sanciones imprescriptibles, característica que se desprende de lo previsto en el inciso final del artículo 28 de la C. P.”

Igualmente vuelve a ratificar cual es la “**Naturaleza del proceso disciplinario administrativo ético médico**”, y cita para ello sentencias de la Corte Constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad de la ley 21 de 1983 que

4 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, CONSEJERO PONENTE: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006), Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00064-00(1756). NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 7308 de 13 de agosto de 2008.

reglamenta el proceso ético médico, precisó que la responsabilidad en él deducida, dado su carácter sancionatorio, se deriva del derecho administrativo disciplinario, régimen que constituye una rama del derecho administrativo. E indica finalmente que, *“La finalidad del proceso, entonces, es determinar la responsabilidad y decidir el mérito para aplicar sanciones por violación de las normas ético-disciplinarias y reguladoras del ejercicio profesional de la medicina.”*

Pero vale resaltar el salvamento de voto de este concepto del Consejero ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO en el que se indica, de manera clara para nuestro concepto, un elemento a tener presente en caso de conflicto de normas procesales, en aquellos puntos oscuros de la Ley 23 de 1981, y es la aplicación del código contencioso administrativo a los procesos administrativos disciplinarios, en dicho salvamento de voto se indica: *“La ley 23 de 1981, es anterior al Código Contencioso Administrativo, el cual fue expedido por el gobierno nacional mediante decreto ley 1 de 1984, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al efecto por el Congreso de la República. (...) Todas las remisiones de los procedimientos administrativos especiales deben hacerse al Código Contencioso Administrativo pues el tenor de la norma transcrita es incontrovertible, de lo que se desprende que quedaron derogadas todas las remisiones anteriores a estatutos diferentes del decreto ley 1 de 1984.”*

Para llegar a esta conclusión el consejero, parte de una premisa, *“La ley 23 de 1981, es anterior al Código Contencioso Administrativo, el cual fue expedido por el gobierno nacional mediante decreto ley 1 de 1984, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al efecto por el Congreso de la República. El segundo párrafo del artículo 1° del citado estatuto dice: “los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de ésta primera parte que sean compatibles.”*

De la anterior norma se comprende claramente que por mandato legal, posterior a la ley 23 de 1981, todas las remisiones de los procedimientos administrativos especiales deben hacerse al Código Contencioso Administrativo pues el tenor de la norma transcrita es incontrovertible, de lo que se desprende que quedaron derogadas todas las remisiones anteriores a estatutos diferentes del decreto ley 1 de 1984. Con la claridad que los conceptos aquí emitidos son de referencia históricos y no vigentes en la actualidad.

Las anteriores citas, de algunos de los conceptos existentes, referidos a los Tribunales de Ética Médica, en donde se ha precisado con cierta claridad, que son estas

entidades, cuales son funciones y cuales las normas aplicables, nos referiremos al concepto actual, propiciado por un conflicto negativo de competencias, entre la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la vigilancia y control de los procesos adelantados por los Tribunales de Ética Médica, y de la vigilancia disciplinaria a los Magistrados de los Tribunales de Ética Médica⁵.

Con los antecedentes expuestos nos referiremos al CONCEPTO ACTUAL, que motivaron la presente charla y que surgen de la queja que interpone un abogado defensor de un médico disciplinado por el Tribunal de Ética Médica del Cauca, ante la procuraduría Regional de Cauca, en la que solicita que se realice una investigación a los Magistrados de dicha entidad por una presunta violación al debido proceso; solicitud que termina con una colisión negativa de competencias entre la Procuraduría y el Consejo Superior de la Judicatura, en ella se ha manifestado que: "...en relación con la entidad competente para conocer de una • posible infracción disciplinaria de los magistrados del Tribunal de Ética Médica del Cauca por la presunta vulneración del derecho al debido proceso, en el trámite de las actuaciones ético - disciplinarias radicadas con los números 820-2011, 825-2011 y 827-2012."

El Consejo de Estado, en su sala de Consulta del Servicio Civil, en virtud de su función, parte de la siguiente afirmación. "De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de procesos disciplinarios adelantados en contra de los magistrados del Tribunal de Ética Médica del Cauca y de ejercer la vigilancia de los procesos que se adelanten ante dicho tribunal." En dicho concepto se vuelve a citar varios de los conceptos aquí expresados, sobre **la naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica**, citando las normas que lo crean, y su integración a nivel nacional y local como los artículos 63, 67, 68, 69, 70, 73.

Se ratifica el criterio sobre la naturaleza de la actividad que desarrollan los Tribunales de Ética Médica, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala se han referido en varias oportunidades por lo que existe a la fecha una posición clara al respecto, la cual fue:

En un segundo punto de dicho concepto, al plantear el Problema jurídico, señala **que se trata de resolver es: "determinar cuál es la autoridad competente para**

5 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO. CIVIL. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas (E). Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015). Número Único: 11001-03-06-000-2015-00116-00. Referencia: Conflicto de competencias administrativas entre la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial.

investigar a los Magistrados que integran el Tribunal Nacional de Ética Médica cuando incurran en posibles faltas disciplinarias y de ejercer la vigilancia especial de la conducta de quienes desempeñen funciones públicas”.

Este problema jurídico se traba porque de una parte la Procuraduría General de la Nación considera que “*los miembros de los tribunales de ética médica deben ser investigados, en su condición de “tribunales”, de conformidad con las competencias disciplinarias que establece la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para los funcionarios de la Rama Judicial. Así, en su concepto, la competencia disciplinaria en esos asuntos es del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el artículo 112.3 de dicha ley*”.

Y en el mismo sentido, el Consejo Superior de la Judicatura considera que “*los tribunales de ética médica no forman parte de la Rama Judicial y que, como particulares que cumplen funciones administrativas, deben ser investigados por la Procuraduría General de la Nación según lo dispone el Código Disciplinario Único*”.

La forma estructural de la Sentencia es volver a recoger en esta providencia lo que ya había manifestado en el mismo sentido en lo conceptos citados en precedencia en esta charla. Iniciando con la Naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica, para ello acude a las normas de creación legal de dicha entidad, y cita el artículo 63 de la Ley 23 de 1981, con el fin de conocer los procesos disciplinarios ético-profesionales surgidos con ocasión del ejercicio de la medicina en Colombia. A su turno, el artículo 67 de la misma ley dispuso que en cada departamento se constituiría un Tribunal Seccional Ético – Profesional.

El artículo 68 de la ley en cita determinó la integración de los Tribunales seccionales en los siguientes términos:

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

Los requisitos para pertenecer al tribunal seccional y el periodo de sus miembros se regulan en los artículos 69 y 70 de la misma ley, que establecen:

“Artículo 69. *Para ser miembro del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:*

a) Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.

b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años, o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en Facultades de Medicina legalmente reconocidas por el Estado.

Artículo 70. Los miembros de los Tribunales Seccionales de Ética Médica serán nombrados para un período de dos años, pudiendo ser reelegidos, y tomarán posesión de sus cargos ante la primera autoridad política del lugar, o ante aquellas en quien ésta delegare la facultad de adelantar la diligencia.”

Ahora bien, el artículo 73 de la Ley 23 de 1981 dispone que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública pero aclara que por ello sus miembros no adquieren la condición de funcionarios públicos:

Los Tribunales Ético-Profesionales en ejercicio de las atribuciones que se le confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos”.

Sobre la naturaleza de la actividad que desarrollan los Tribunales de Ética Médica, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala se han referido en varias oportunidades por lo que existe a la fecha una posición clara al respecto, la cual fue recientemente consolidada en el conflicto No. 2015-00036 de 5 de mayo de 2015, en los siguientes términos:

“(I) La función que ejercen los Tribunales de ética Médica es de naturaleza administrativa

Así se indicó en Concepto 1756 de 2006 de esta Sala, al resolver una consulta sobre la normatividad aplicable en caso de vacíos en el procedimiento disciplinario establecido en la Ley 23 de 1981:

“La naturaleza administrativa del procedimiento ético médico, de una parte, y la materia disciplinaria del mismo, de la otra, plantearían la posibilidad de aplicación subsidiaria ya el Código Contencioso Administrativo ora de la ley 734 de 2002, en cuanto dicho proceso ético médico es una modalidad del derecho administrativo disciplinario, que constituye una rama del derecho administrativo⁶”.

⁶ Con la salvedad de que el mismo concepto aclara a continuación que la remisión normativa en caso de vacío debe hacerse al Código Penal, de conformidad con lo dispuesto expresamente por

Sobre la naturaleza administrativa de las funciones ejercidas por los Tribunales de Ética Médica también se había pronunciado ya la Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 23 de 1981, oportunidad en la cual dicha corporación judicial señaló:

“Con respecto al debido proceso sin perjuicio de lo anterior estima la Corte que además, en tratándose de funciones administrativas como son las que desempeñan el Tribunal de Ética Médica para los efectos de la aplicación de las sanciones contra las faltas a la ética médica, por parte de los profesionales médicos y de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 que subrogó el artículo 82 del C.C.A., en virtud del cual la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para conocer y juzgar controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, lo que da mayor garantía al debido proceso dentro del régimen disciplinario aplicable a los profesionales de la medicina”

(II) El carácter no judicial de los Tribunales de Ética Médica

Este aspecto en particular, que es a su vez consecuencia de lo señalado en el punto anterior (naturaleza administrativa de las funciones desarrolladas por los Tribunales de Ética Médica), fue analizado con detenimiento por la Corte Constitucional en Sentencia C-620 de 2008, en la que se indicó lo siguiente:

“4.5. Teniendo en cuenta que la función pública asignada a los Tribunales de ética-médica, tanto al nacional como a los seccionales, está relacionada con la potestad de adelantar procesos administrativos de naturaleza disciplinaria, encuentra la Sala que el legislador no desconoció lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, pues, como se ha explicado, la función pública asignada a estos tribunales es de naturaleza administrativa.

*La Sala reitera que los tribunales de ética-médica no ejercen actividad judicial, sino que han sido habilitados por el legislador para adelantar una **función ad-***

la Ley 23 de 1981. Ver también sentencia del 2 de septiembre de 2014, Sección 2ª del Consejo de Estado, expediente 2014-00541 (AC), en la que se reafirma el carácter disciplinario de las sanciones de los tribunales profesionales y la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

7 Sentencia C-259 de 1995, reiterada en C-762 de 2009

ministrativa de carácter disciplinario relacionada con el ejercicio de la medicina, por lo cual los artículos 63, 67 y 73 de la Ley 23 de 1981 tampoco vulneran lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta Política, según el cual la administración de justicia es función pública a cargo de los órganos que integran la rama judicial del poder público, con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.”

(III) La condición de “particulares” de los miembros de los tribunales de ética médica

Como ya se había indicado, el artículo 73 de la Ley 23 de 1981 señala que los tribunales de ética médica cumplen una función pública pero que sus miembros son particulares y no adquieren el estatus de funcionarios públicos. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, la cual reiteró la condición de particulares de los miembros de dichos tribunales:

“4.2. En principio, los colegios creados en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta Política son instituciones de origen privado a las cuales el legislador puede asignar funciones públicas, entre ellas la de conocer de procesos ético-profesionales, como ocurre con el Tribunal Nacional de Ética Médica [1], encargado de adelantar procesos de esta índole iniciados por razón del ejercicio de la medicina. Se trata, entonces, de una función administrativa de carácter disciplinario, sometida a los principios propios del debido proceso administrativo, consagrados en el artículo 29 superior.

De su parte, el artículo 123, inciso tercero de la Constitución Política prevé que el legislador determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio; además, el artículo 210, inciso segundo de la Carta establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley; es decir, tanto el artículo 26 como los artículos 123 y 210 superiores, sirven de fundamento para la creación del Tribunal Nacional de Ética Médica, al cual le son asignadas funciones públicas.

4.3. El Tribunal Nacional de Ética Médica está integrado con particulares encargados de ejercer la función pública de “disciplinar” a quienes ejercen la medicina, cuando incurran en las faltas previstas en la Ley 23 de 1981.

Es decir, tanto al Tribunal Nacional como a los Tribunales Seccionales el legislador les ha asignado la función pública de adelantar procesos ético-profesio-

nales, precisando que por este hecho sus integrantes no pueden ser considerados funcionarios públicos, sino que deben ser tratados como particulares encargados de la función de adelantar procesos administrativos de carácter sancionatorio originados en el ejercicio de la medicina”.

De este modo, no cabe duda que ni los tribunales de ética médica ni sus miembros forman parte de la rama judicial, así como tampoco ejercen funciones jurisdiccionales, ni siquiera de forma transitoria.

(IV) La vinculación sui generis de los tribunales de ética médica a la Rama Ejecutiva y no al poder judicial

En Concepto 2016 de 2010, al resolver una consulta relacionada con la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y las consecuencias patrimoniales de sus decisiones, la Sala tuvo oportunidad de referirse a la especial vinculación de dichos tribunales con la Rama Ejecutiva del Poder Público:

“Para la Sala, de acuerdo con las leyes 23 de 1981 y 35 de 1989, los Tribunales Médicos y Odontológicos, desde su creación tienen establecida una especial relación interadministrativa con el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social.

(...) De acuerdo con lo expuesto, se reitera que los Tribunales de Ética Médicos y Odontológicos tienen una especial relación interadministrativa con la Nación, a través del Ministerio de la Protección Social, con el fin de cumplir sus funciones de acuerdo con la respectiva ley de creación”.

Por tanto, además de que la función de los Tribunales de Ética Médica no es judicial y de que sus miembros son particulares investidos de una función simplemente administrativa, también se tiene que las relaciones orgánicas y jurídico-administrativas de dichos tribunales se dan con la Rama Ejecutiva del Poder Público y no con la Rama Judicial.

Lo anterior es aún más claro si se revisa la estructura de la Rama Judicial establecida en el artículo 11 de la Ley 270 de 1996 (modificada por la Ley 1285 de 2009), en ninguna de cuyas jurisdicciones y niveles podría ubicarse a los tribunales de ética médica.”

De acuerdo con lo anterior, es claro que los Tribunales de Ética Médica no hacen parte de la Rama Judicial, dependen de la Rama Ejecutiva, cumplen funciones administrativas y no judiciales y sus miembros son particulares investidos de función administrativa.

4. CASO CONCRETO

En el presente conflicto se analiza la competencia para conocer de una posible infracción disciplinaria de los magistrados del Tribunal de Ética Médica del Cauca por la presunta vulneración del derecho al debido proceso, en el trámite de las actuaciones ético – disciplinarias radicadas con los números 820-2011, 825-2011 y 827-2012.

La Procuraduría consideró de plano que no era competente y remitió la solicitud a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. A su vez, dicha Corporación propuso conflicto administrativo de competencias dado que, a su juicio, como los Tribunales de Ética Médica no hacen parte de la Rama Judicial y sus integrantes son particulares en ejercicio de función administrativa, no son competentes para investigarlos. En estas condiciones, por tratarse de un conflicto entre una autoridad judicial y otra administrativa frente al cumplimiento de una función administrativa, estimó que la competencia para absolverlo corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De acuerdo con todo lo expuesto en el capítulo anterior, para la Sala es claro que los miembros de los Tribunales de Ética Médica no forman parte de la Rama Judicial ni ejercen tampoco funciones jurisdiccionales, motivo por el cual, le asiste razón a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al afirmar que dichos tribunales no están incluidos en el numeral 3° del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, cuando la norma alude a “magistrados de tribunales”, puesto que se refiere de manera específica a los que integran las diferentes jurisdicciones de la Rama Judicial.

“Artículo 112. Funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

3. Conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, el Vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales.”

Así, se tiene que como los miembros de los tribunales de ética médica son particulares en ejercicio de funciones administrativas, la competencia para investigarlos disciplinariamente corresponde directamente a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 734 de 2002, el cual dispone:

“Artículo 75. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros (...)”

En consecuencia, el presente asunto será remitido a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa⁸ para que conozca de los hechos narrados por el señor médico optómetra Luis Eduardo Rosero Zúñiga, eventualmente constitutivos de una infracción disciplinaria por parte de los magistrados del Tribunal de Ética Médica del Cauca por la presunta vulneración del derecho al debido proceso, en el trámite de las actuaciones ético – disciplinarias radicadas con los números 820-2011, 825-2011 y 827-2012.

Por último, la Sala considera importante mencionar que el señor Rosero Zúñiga, además de poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que considera violatorios del debido proceso, solicitó la “vigilancia especial” de los tres procesos ético – disciplinarios que se le tramitan. Lo anterior con fundamento en el artículo 277 de la Constitución, el cual señala:

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

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

⁸ Resolución No. 108 de 3 de mayo de 2002, “por la cual se establecen las competencias al interior de la Procuraduría General de la Nación para efectos de conocer de las faltas disciplinarias de los particulares”, expedida por el Procurador General de la Nación: “ARTÍCULO CUARTO: Las Procuradurías Delegadas para la Vigilancia Administrativa, conocerán, en primera instancia, de las faltas disciplinarias en que incurran los particulares que desempeñen funciones públicas, administren o manejen recursos públicos del orden o nivel nacional, cuando la competencia no esté asignada a otra dependencia. // Parágrafo. En segunda instancia conocerán de los procesos disciplinarios de competencia de las procuradurías regionales y distritales, seguidos contra particulares que desempeñen funciones públicas o administren recursos no asignados a otras dependencias.”

2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.”

Hasta este punto el concepto del Consejo de Estado, surge pues la necesidad de considera la creación de una oficina de control interno disciplinario, en virtud de ya varios de los conceptos, en donde es claro que en toda entidad, en donde se considere que esta cobijada por la Ley 734 de 2.002, se debe crear dicha oficina, con el fin de garantizar el principio de doble instancia, y el proceso de autorregulación, con lo cual solo queda invitar a la reflexión de estos presupuestos jurídicos en donde el respeto por las garantías fundamentales, se al el eje conductor de una entidad como los Tribunales de Ética Médica, deban ser ejemplo de dicho respeto, más para sus propios funcionarios e integrantes al momento de hacer el control interno disciplinario, en los términos de esta concepto.

Muchas Gracias por Escucharnos.

JUEZ NATURAL IMPARCIAL, LAS RECUSACIONES Y LOS IMPEDIMENTOS.

Dr. Edgar Saavedra Rojas
Asesor Jurídico Tribunal Nacional de Ética Médica

El principio del juez natural deviene lógico en su comprensión política de la estructura tripartita del Estado que los franceses instituyen como consecuencia de la revolución francesa, en seguimiento de las enseñanzas de Montesquieu en su obra “ El Espíritu de las Leyes “ y del primigenio derecho constitucional inglés donde ya funcionaba la tripartición del poder del Estado.

Antes de tenerse esta concepción tripartita del poder del Estado era imposible que se hubiese podido postular una concepción sobre el juez natural, porque recuérdese que dentro de las características de la monarquía absoluta europea, en cabeza del soberano se concentraban todos los poderes del Estado, el legislativo, todo lo administrativo y político y lo judicial, lamentable realidad que llevó a Luis XIV, a pronunciar su desafortunada frase pero que reflejó una realidad histórica de un estado precario: “ El Estado soy yo “.

Al admitirse como uno de los poderes del Estado, la rama judicial, se tiene el elemento básico para que se comience a estructurar una teorización sobre el concepto del juez natural, que tiene su inicial expresión política en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que lleva a los franceses a predicar el derecho de sus ciudadanos a ser juzgados por los jueces de esa nacionalidad.

El concepto sobre el juez natural en el Estado contemporáneo implica la concepción constitucional de una burocracia profesionalizada, que de manera permanente, resuelva los conflictos intersubjetivos que se presenten al interior de la comunidad, como una expresión de la soberanía interna del Estado.

Lo anterior significa que los jueces tienen que tener un origen constitucional, que no tienen, ni deben tener mensajes explícitos o implícitos respecto de la labor que deben desarrollar excepto, el mandato general de resolver conflictos de conformi-

dad con los hechos probados, con la ley aplicable a cada caso y de acuerdo con el recto y personal criterio de cada funcionario. Su único compromiso es con la verdad y las decisiones que esta verdad les imponga.

El concepto sobre el juez natural supone de manera necesaria que los jueces existan previamente a la realización de los conflictos que deben resolver y esta existencia previa debe serlo por creación constitucional o legal, al igual, que de la misma naturaleza deben ser las normas que determinen su competencia. Es la preexistencia del juez al acontecer de los hechos que van a ser motivo de investigación y juzgamiento. Constituye la prohibición expresa de los jueces ad hoc y ex post facto, expresiones latinas que significan en el primer caso, del nombramiento de un juez para que resuelva un caso determinado y la segunda, la designación del juez una vez han sucedido y se conocen los hechos y los protagonistas que deben ser investigados y juzgados. Es obvio que estas hipótesis dan lugar a manipular los procesos, con la designación de un juez, que llega al conocimiento de los hechos, con directrices, criterios u órdenes previamente impartidas para conducir la investigación y el juzgamiento de una manera determinada.

Este concepto constitucional y de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos que ha ratificado Colombia descarta la posibilidad de que la justicia castrense pueda juzgar a los civiles, tanto en situación de normalidad como en estado de excepción¹, de la misma manera que hace imposible la creación de jurisdicciones especializadas, que surgen cuando se crean jueces especialmente dedicados a investigar solo determinados asuntos que se salen de las competencias legalmente establecidas y que por ser creados para fallar determinados casos de excepción,

1 ARTICULO 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

EN NINGÚN CASO LOS CIVILES PODRÁN SER INVESTIGADOS O JUZGADOS POR LA JUSTICIA PENAL MILITAR. (Lo destacado no lo es en el texto).

terminan recibiendo mensajes explícitos o implícitos respecto de la labor que deben desarrollar, que surgen de circunstancias y conflictos de coyuntura, que por tal razón están encargados de resolver ² .

Lo anterior constituye un necesario precedente para que se concrete en la realidad la antigua concepción artística de la justicia, la diosa Temis, que ha sido concebida con los ojos cubiertos para no ver a los protagonistas del conflicto, para no tener particular interés en ninguno de los sujetos que intervienen en el conflicto que se debe solucionar, y con la balanza en sus manos, expresión de su equilibrio, de su imparcialidad y de su independencia, puesto que sus fallos solo serán el reflejo de los hechos probados, que en la medida de lo posible debe coincidir con la verdad histórica y con el derecho aplicable al caso.

De manera lamentable el concepto constitucional sobre del juez natural no fue estructurado de manera correcta, a pesar de haberse tenido el modelo del mismo en los tratados ratificados por Colombia en relación con los Derechos Humanos y es así, como en el Pacto Universal de los Derechos Humanos aparece consagrado de la siguiente manera:

“Art. 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,.....**”.- (La parte destacada no es del texto).

Y la Convención de San José conserva idéntica fórmula al establecer:

“Art. 8. Garantías Judiciales. 1.-Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonables, por **UN JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD POR LA LEY,....**” (La parte destacada no es del texto).

Como se puede observar, se trata de un concepto, integrado por cuatro elementos a saber:

- A) Juez natural previamente creado por la ley;
- B) Juez natural competente;
- C) Juez natural independiente y
- D) Juez natural imparcial.

2 Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 19. JUEZ NATURAL. **NADIE PODRÁ SER JUZGADO POR JUEZ O TRIBUNAL AD HOC O ESPECIAL, INSTITUIDO CON POSTERIORIDAD A LA COMISIÓN DE UN DELITO** por fuera de la estructura judicial ordinaria.

Con tal modelo como precedente, es inexplicable que en la fórmula constitucional solo se haga alusión al juez natural previamente creado por la ley y al juez natural competente³.

Es necesario realizar un largo y complejo análisis constitucional, para encontrar los otros dos elementos integradores del concepto del juez natural, la independencia y la imparcialidad.

El primero de dichos elementos, la independencia judicial aparece explícitamente consagrado en el artículo 228 de la Carta⁴, y se reitera de manera implícita en el 230⁵. Es de absoluta claridad que si los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, es precisamente porque se los concibe independientes.

Y finalmente debemos destacar que el concepto de la imparcialidad de la justicia no aparece explícito en la Constitución, sino que debe sacarse por deducción interpretativa del artículo 13 constitucional que consagra el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante el trato que deben recibir de los servidores públicos⁶.

3 ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

NADIE PODRÁ SER JUZGADO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES AL ACTO QUE SE LE IMPUTA, ANTE JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

4 ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. **SUS DECISIONES SON INDEPENDIENTES.** Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

5 ARTICULO 230. **LOS JUECES, EN SUS PROVIDENCIAS, SÓLO ESTÁN SOMETIDOS AL IMPERIO DE LA LEY.**

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

6 ARTICULO 13. TODAS LAS PERSONAS NACEN libres E IGUALES ANTE LA LEY, RECIBIRÁN LA MISMA PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS AUTORIDADES Y GOZARÁN DE LOS MISMOS DERECHOS, LIBERTADES Y OPORTUNIDADES SIN NINGUNA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO, RAZA, ORIGEN NACIONAL O FAMILIAR, LENGUA, RELIGIÓN, OPINIÓN POLÍTICA O FILOSÓFICA.

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

Es claro que los jueces como servidores públicos tienen el deber de tratar a las partes de los procesos y a los usuarios de la administración de justicia de igual manera, y no pueden discriminarlos por ningún motivo, y si ese el comportamiento constitucional que se les exige, ello nos indica que deben ser imparciales en el ejercicio de sus cargos.

La imparcialidad es la garantía que se refleja en las expresiones artísticas de la diosa de la justicia, que tiene los ojos vendados, precisamente para no ver a las personas respecto de las que toma las decisiones y el deber de no favorecer, ni perjudicar a ninguna de ellas, por ningún motivo, diferente del camino indicado por los hechos legalmente probados dentro del proceso

La imparcialidad, entendida como la plomada que señala la vertical que debe seguir la construcción que se hace, es humanamente imposible de concebir, porque la misma es atributo de los dioses y bien lejos están los jueces, hombres carentes de tales virtudes y calidades.

Pero se aspira que dentro de las limitadas virtudes del ser humano y dentro de sus muchas contradicciones, en el acto de administrar justicia, los encargados de tal servicio público sean en la medida de lo posible, lo más imparciales que la contradicha condición humana lo permita.

La mejor forma y tal vez la única que permite que la imparcialidad se consagre en el proceso de administración de justicia es consagrando los mecanismos que impidan que los procesos pudieran llegar a ser adjudicados por los superiores de los jueces o que estos pudieran llegar a seleccionar los procesos que a su gusto quisieran investigar o fallar.

Es por las razones anteriores, que la competencia de los jueces tiene que estar previamente determinada por la Constitución o la Ley y de porqué es imposible que la misma pudiera llegar a ser señalada por medio de actos administrativos, porque es obvio que quien tiene la competencia para dictarlos tiene el poder o la facultad para “ seleccionar “ el juez que de conformidad con sus particulares intereses o caprichos le conviene para buscar en ese proceso unos determinados resultados bien a favor del procesado o bien en su contra.

Es por las mismas razones, que en la búsqueda de la imparcialidad y de su preservación, que no está permitido la reasignación de los procesos, es decir, que

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

una vez repartido el proceso a quien le corresponda, sea éste funcionario el que lo adelante hasta su terminación, porque cuando la reasignación es posible la misma se realiza mediante actos administrativos y quien tiene la capacidad de dictarlos, obviamente puede quitárselo al juez a quien le correspondió por reparto porque está en desacuerdo con la orientación que le da a ese proceso y porque aspira que el funcionario a quien se reasigna siga las instrucciones y directrices señaladas por quien dicta el acto administrativo de la reasignación.

Para efectos de tratar la imparcialidad dentro de los límites humanos en que ello sea posible, el legislador ha tomado algunos de los motivos más sensibles a los sentimientos y querencias del ser humano y los ha consagrado como causales de impedimento o recusación.

Es por las mismas razones que la adjudicación de los procesos a un determinado juez o magistrado es un acto de clara ilegalidad, puesto que universalmente está establecido, que para garantizar el principio de legalidad del juez natural, los procesos deben ser repartidos para su conocimiento, por métodos que estén regidos por las leyes del azar. La adjudicación de un proceso a un juez determinado por decisión unilateral o colectiva de quienes realizan el reparto, hace presumir torcidos propósitos en relación con el fallo del mismo. Debe ser entonces una regla sin posibilidades de excepción de ninguna naturaleza, que los procesos se “rifan” entre los diversos funcionarios que sean competentes para conocer del mismo.

Se ha tenido conocimiento que en algunos tribunales se adjudican los procesos de acuerdo a la especialidad que esté involucrada en el caso, para que los mismos sean conocidos por el magistrado que tiene la especialidad en esa determinada rama de la medicina, pero es obvio que ésta práctica es ilegal y que podría generarle a los que así actúan investigaciones penales o disciplinarias.

Igualmente ha sucedido de algunos tribunales que adjudican los procesos por medio de un auto firmado por el presidente de la Corporación, con un mandato explícito, esto es, para que abran investigación disciplinaria.

Es obvio que se trata de costumbres irregulares, que deben ser rechazadas, porque existe la posibilidad de que pudieran ser denunciados disciplinaria o penalmente.

Pese a la imposibilidad humana de ser absolutamente imparcial, el legislador ha querido consagrar una serie de causales de impedimento y recusación, que reúnen la cosas más preciadas, los sentimientos más sagrados, y los intereses más afectos al ser humano, para que en caso de presentarse uno cualquiera de ellos, en rela-

ción al conocimiento de un determinado proceso, se manifieste la existencia del impedimento y en caso de no hacerlo, se le permite a las partes para que planteen la correspondiente recusación.

Para garantizar la imparcialidad de los jueces en la medida de lo posible, el legislador consagró una serie de causales de impedimento o recusación, donde se reúnen aquellos motivos o circunstancias familiares, económicas, sentimentales, afectivas o pasionales y profesionales, que pudieran con mayor frecuencia e intensidad afectar la conducta de los hombres y que en el caso concreto de los jueces, los pudieran motivar a inclinarse en un sentido o en otro, por fuera de los canales establecidos en la normatividad.

Estas causales aparecen consagradas en el artículo 56 de la ley 906⁷, y se

7 ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO. Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.
2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.
4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.
5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.
6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.
7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.

pueden concentrar las quince causales allí previstas en cuatro grandes grupos que contienen afectos, motivos o sentimientos particularmente sensibles para cualquier ser humano en condiciones de normalidad, a saber: a) Relaciones de parentesco. Numeral 1º; b) Intereses económicos. Numerales 2º, 9º y 10º; c) Intereses sentimentales o afectivos. Numeral 5º y 11º; y d) Relaciones o intereses profesionales. Numerales 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 11º, 12º, 13º, 14º y 15º.

La imparcialidad judicial tiene dos grandes manifestaciones, una de carácter individual y subjetiva, que es la convicción personal de cada juez de que puede actuar y decidir imparcialmente en un caso determinado y la otra, es la recepción y credibilidad que pueden tener las actuaciones y decisiones de la justicia en el medio social. Es claro que la justicia debe tratar de garantizar no solo la imparcialidad individual y subjetiva, sino también la social y pública,

8. Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.
9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.
10. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
11. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.
12. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.
13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.
14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.
15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso.

porque rememorando el viejo brocardo romano: “La mujer del César, no solo debe serlo, sino parecerlo”, los jueces no solo tienen que ser justos e imparciales, sino parecerlo ante el medio social.

La jerarquía en la rama judicial del poder público es bien diferente a como la misma se manifiesta en el ámbito de las relaciones castrenses, porque mientras en ésta organización, la obediencia es permanente, donde el inferior carece de capacidad deliberante y está obligado a obedecer todas las órdenes recibidas, excepto aquellas que impliquen en su realización una clara y manifiesta antijuridicidad, atrocitatem facinoris, tanto que la desobediencia constituye un delito militar, expresamente tipificado en el Código de Justicia Penal Militar; en ese ámbito la jerarquía y la autoridad de los superiores se ejerce 24 horas al día, 365 días al año; al contrario de lo que sucede en la jerarquía judicial, donde el superior tratándose de Corporaciones no lo es, sino cuando, como consecuencia de la interposición y fallo de un recurso de apelación, adquiere la facultad para anular, adicionar, corregir o hacer cualquier modificación a la providencia que es motivo del recurso, en tales circunstancias el superior no lo es como Corporación, ni tampoco los miembros de la misma, individualmente considerados, es decir que en la justicia la superioridad solo se manifiesta cuando se resuelven los recursos interpuestos contra las providencias dictadas por los inferiores.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que no existiría ninguna causal de impedimento de un inferior, para adelantar un proceso disciplinario contra un superior, reconociendo si, que la imparcialidad social y pública podría verse afectada, porque en caso de ser favorable el fallo, se podría decir, que es consecuencia del temor reverencial que el inferior tiene a su superior.

El problema expuesto y reconocido en precedencia no tiene solución práctica en el esquema de la justicia ética médica, porque si los Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica fuesen denunciados por faltas cometidas en el ejercicio de su judicatura, está reglamentado normativamente, que la competencia de juzgamiento de éstos particulares que ejercen funciones públicas transitorias⁸, le corresponde a la Procuraduría General de la Nación⁹

8 ARTICULO 73. Los Tribunales Ético – profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos. (Lo destacado no lo es en el texto).

9 ARTÍCULO 75. COMPETENCIA POR LA CALIDAD DEL SUJETO DISCIPLINABLE. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión. (Lo destacado no lo es en el texto). Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación

Las faltas por las que pudiesen ser denunciados los magistrados del Tribunal Nacional, por presuntas violaciones a la ética médica, de manera necesaria, tienen que ser investigadas por el Tribunal Seccional de Ética Médica que sea competente por el factor territorial, so pena de concluir que a este nivel de infracciones los magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica son injudicables¹⁰, posición que es imposible concebir en un Estado de Derecho como el nuestro.

La anterior afirmación corresponde a una realidad inevitable, porque si como consecuencia de la aceptación de los impedimentos formulados por la integridad de los integrantes de uno de nuestros tribunales, se hace imposible e inútil, remitirlo a otro Tribunal, es claro que los integrantes de esa otra corporación se encontrarían en la misma situación, es decir, que también fueron designados o nombrados por los miembros del Tribunal Nacional, o porque son sus subalternos y si como consecuencia de la aceptación de los impedimentos se acoge a la idea de reemplazar totalmente a los miembros de éste Tribunal, con conjueces, éstos se encontrarían en la misma situación de los impedidos, porque ellos también deben ser designados por el Tribunal Nacional de conformidad con las previsiones legales:

“Ley 23 de 1981. ARTICULO 68. El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número con el lleno de las cualidades que más adelante se señalan.

D. 3380/81. Art. 37. “Cuando en el Tribunal Nacional o tribunales Seccionales se produzca vacante de uno o varios de sus cargos, éstos serán provistos para el período restante por uno de los profesionales que figuraban en la lista inicial, o, por profesionales escogidos de nuevas listas, a discreción de la persona o entidad que deba hacer el nombramiento o elección.”

y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros.

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional.

10 Fenómeno jurídico-político, excepcionalmente consagrado en algunas constituciones como la española, según la cual, el rey constitucionalmente reconocido, no puede ser objeto de investigación por la justicia ordinaria.

Art. 58. “Para reemplazar en caso de impedimento o recusación de uno o varios de los miembros de los Tribunales de Ética Médica, se hará un sorteo entre los médicos no elegidos integrantes de las últimas listas de candidatos para conformar el respectivo Tribunal.”.

En tales condiciones fácticas y jurídicas, es una realidad que las denuncias por posibles faltas a la ética médica, cometidas en el ejercicio profesional de la medicina por alguno de quienes fungen como magistrados del Tribunal Nacional, necesariamente deben ser conocidas por el tribunal que geográficamente sea competente para conocer de los hechos.

Es necesario advertir que el hecho de ser compañeros ocasionales de trabajo, no los convierte en “ amigos íntimos “, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales trazados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y por tanto, es una realidad que excepcionalmente compañeros de estudio o de trabajo, se conviertan en amigos íntimos. En tales circunstancias jurisprudenciales, es inaceptable que alegando problemas de jerarquía o de amistades laborales o profesionales, se pueda pretender no tener conocimiento de un determinado proceso, en el que el disciplinado pudiera ser un magistrado del Tribunal Nacional.

Persistiendo en este tipo de argumentaciones se puede llegar a una verdadera denegación de justicia y hacerse responsable de las sanciones previstas en la ley para este tipo de situaciones, porque no debe olvidarse que desde remotas épocas así lo determinó la ley nacional al establecer:

“Ley 153 de 1887. “ ARTICULO 48. Los jueces ó magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia. (Lo destacado no lo es en el texto).

Finalmente debe precisarse, que el hecho de ser nominador de los magistrados de todos los Tribunales de Ética Médica, no coloca a los magistrados del Tribunal Nacional, en una situación de privilegio especial, ni tampoco en una posición que pudiera ser determinante en la vida de los magistrados nominados por esta Corporación, y mucho menos, muchísimo menos, que como consecuencia de esta subordinación ocasional y aleatoria, pudiera llegar a pensarse en perjuicios para los magistrados de los Tribunales Seccionales, como consecuencia de decisiones de ésta Corporación o de todos y cada uno de sus integrantes, porque volvemos a insistir esa jerarquía y consecuente subordinación solo es evidente, cuando el Superior conoce en virtud del recurso de apelación de un proceso fallado por el Tribunal Seccional y esa jerarquía lo único que le permite en relación con esa decisión es confirmarla, adicionalmente,

reformularla, restringirla en sus alcances o anularla.

En las circunstancias expuestas con anterioridad es perfectamente claro que la existencia de la relación jerárquica no crea, ni puede crear ninguna causal de impedimento, que pudiera afectar la imparcialidad de los señores magistrados del Tribunal Seccional que deba investigar a un magistrado del Tribunal Nacional.

Igual sucede con las investigaciones que se pudieran iniciar contra magistrados de los Tribunales Seccionales, por presuntas faltas a la ética médica en el ejercicio de sus profesiones, casos en los cuales es claro que el denunciado debe declararse impedido, y reemplazado en el cargo para ese caso por un conjuez, sin que los otros magistrados pudieran estar en situación de impedimento, porque como ya se dijo, de manera regular el hecho de ser ocasionales compañeros de trabajo, no los convierte en “amigos íntimos”.

Esta trascendental virtud de la judicatura, la imparcialidad, queda perfectamente representada en la significación que al calificativo da el Diccionario de la Lengua al decir que imparcial es el “que juzga o procede con imparcialidad. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad” o lo que nos dice de imparcialidad, en este caso referida a la decisión del juez: “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud”, porque en referencia a la justicia se debe fallar imparcialmente, esto es: “Sin parcialidad, sin prevención por una ni otra parte”.

La Constitución más sabia, el más perfecto ordenamiento procesal, la mejor concepción de lo que debe entenderse por debido proceso, se convierten en inútiles instrumentos para la obtención de la Justicia, ante un juez parcializado cualquiera que sea la motivación que lo lleve a tomar decisiones por fuera de las previsiones constitucionales o legales.

Las causales de impedimento en tales circunstancias tienen una doble finalidad, de un lado la de garantizar la seguridad subjetiva del funcionario de poderse retirar del conocimiento de un proceso cuando considere que no se está en capacidad de administrar justicia imparcialmente, y de otro lado, la seguridad que debe tener el medio social de que sus jueces actúan correctamente y por eso se les brinda credibilidad social.

Esta noble institución de los impedimentos y recusaciones no puede ser vulnerada ni ignorada en ninguna circunstancia, porque de la misma manera que es indescionable la importancia de la independencia de los jueces, la posibilidad de

que nos encontremos con una decisión producida por un juez parcializado haría temblar la estructura de una verdadera democracia, porque ello significa la solidificación de una injusticia y el no cumplimiento de los fines políticos últimos que justifican la existencia del Estado como tal.

En relación con los impedimentos y el principio de la imparcialidad la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“ 2. Las instituciones de los impedimentos y las recusaciones están fijadas constitucional y legalmente para la preservación y defensa del derecho a ser juzgado por funcionarios imparciales, alcanzando la categoría de derecho fundamental porque hace parte del derecho a un proceso con todas las garantías y previsto así mismo en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York¹¹ .

3. En esta materia rige el principio de taxatividad según el cual solo integra motivo de excusa o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley, lo que hace exclusión de la analogía, además que a los jueces les está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez, de manera que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez.

4. Este axioma o derecho a un tribunal imparcial, derivado de los artículos 209 y 13 de la Constitución Política en cuanto la función pública de administrar justicia así lo reclama, **LO MISMO QUE EL TRATO IGUAL PARA TODAS LAS PERSONAS DE PARTE DE LAS AUTORIDADES, SE HA CONCEBIDO COMO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO EN EL SENTIDO QUE JUNTO A DOS PARTES PARCIALES, TIENE QUE EXISTIR UN TERCERO IMPARCIAL, EXTRAÑO A LA CAUSA Y AJENO A LAS POSICIONES DE INTERESES DE ELLAS -EL JUEZ-, PRINCIPIO DE ALCANCE GENERAL PUESTO QUE TIENE APLICACIÓN EN TODOS LOS TIPOS DE PROCESOS Y SISTEMÁTICAS PROCESALES**¹² .

11 Por ejemplo, MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, «Imparcialidad: abstención y recusación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», Responsa iurispritorum digesta, volumen II, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 90.

12 Art. 73, Ley 94 de 1938; art. 78, Decreto 409 de 1971; art. 103, Decreto 050 de 1987; art. 103, Decreto 2700 de 1991, modificado por el art. 15 de la Ley 81 de 1993; art. 99, Ley 600 de 2000; y art. 56, Ley 906 de 2004. Y, provs. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de agosto de

ENCORRELACIÓN CON QUE LA JURISDICCIÓN JUZGA SOBRE ASUNTOS DE OTROS, LA PRIMERA EXIGENCIA RESPECTO DEL JUEZ ES LA QUE ÉSTE NO PUEDE SER, AL MISMO TIEMPO, PARTE EN EL CONFLICTO QUE SE SOMETE A SU DECISIÓN. LA LLAMADA IMPARCIALIDAD, EL QUE JUZGA NO PUEDE SER PARTE, ES UNA EXIGENCIA ELEMENTAL QUE HACE MÁS A LA NOCIÓN DE JURISDICCIÓN QUE A LA DE PROCESO, AUNQUE ÉSTE IMPLIQUE SIEMPRE TAMBIÉN LA EXISTENCIA DE DOS PARTES PARCIALES ENFRENTADAS ENTRE SÍ QUE ACUDEN A UN TERCERO IMPARCIAL, ESTO ES, QUE NO ES PARTE, Y QUE ES EL TITULAR DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL. POR LO MISMO LA IMPARCIALIDAD ES ALGO OBJETIVO QUE ATIENDE, MÁS QUE A LA IMPARCIALIDAD Y AL ÁNIMO DEL JUEZ, A LA MISMA ESENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, AL REPARTO DE FUNCIONES EN LA ACTUACIÓN DE LA MISMA. EN EL DRAMA QUE ES EL PROCESO NO SE PUEDEN REPRESENTAR POR UNA MISMA PERSONA EL PAPEL DE JUEZ Y EL PAPEL DE PARTE. ES QUE SI EL JUEZ FUERA TAMBIÉN PARTE NO IMPLICARÍA PRINCIPALMENTE NEGAR LA IMPARCIALIDAD, SINO DESCONOCER LA ESENCIA MISMA DE LO QUE ES LA ACTUACIÓN DEL DERECHO OBJETIVO POR LA JURISDICCIÓN EN UN CASO CONCRETO¹³.

5. Para asegurar ese apotegma con el fin que las decisiones que se adopten durante el curso de los procesos que conocen respondan a la independencia de la

1992, rad. 5044, 23 de marzo de 2000, rad. 14536, 8 de noviembre de 2000, rad. 14078, 7 de mayo de 2002, rad. 19300, 18 de febrero de 2004, rad. 21921, 16 de marzo de 2005, rad. 23374, 30 de noviembre de 2006, rad. 26453, entre otras.

- 13 “Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la jurisdicción que ha de conocer de asuntos de otros. Naturalmente no es lo mismo referir la alinieta a la jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la jurisdicción, la denominada parcialidad. La verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso de que está conociendo, sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso, esto es, que su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en su decisión”. JUAN MONTERO AROCA, Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 1999, p. 186-188. “Desde luego la imparcialidad no puede asimilarse a neutralidad, porque al contrario de otras actividades o disciplinas, la del juez exige un compromiso con la verdad y la justicia, que a la postre se expresa en juicio de valor que cuestionan o controvierten la posición de las partes”. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, Principios Constitucionales del Derecho Procesal colombiano, Medellín, Señal Editora, p. 130.

administración de justicia y el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial, se han instituido los mecanismos del impedimento y las recusaciones en virtud de los cuales el juez debe separarse del conocimiento de aquellos casos en donde por entrar en conflicto sus propios intereses o haber conocido en el fondo del asunto, se pierde el fin de la recta administración de justicia. Proceso No 31916. Magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas Junio 3 de 2009.

Debemos hacer unas breves consideraciones sobre las causales establecidas como impedimento en el numeral 5° del artículo 56, porque son las que con mayor frecuencia de esgrimen en los procesos de ética médica. Son causales de impedimento y recusación por motivos afectivos o sentimentales, por la existencia de amistad íntima o enemistad grave.

Los aspectos emotivos, sentimentales y efectivos son trascendentales en la vida de todo ser humano y es por ello que de una manera lógica el legislador prevea que cuando exista una causal de esta naturaleza que pueda perturbar el ánimo imparcial del juzgador este se pueda separar del conocimiento del proceso, porque la amistad íntima y la enemistad grave son sentimientos muy profundos en la existencia del ser humano y ellos pueden ser determinantes para que un juez, siempre correcto en sus actuaciones, pueda inclinarse ilegalmente en favor, o en contra de alguna de las partes por la existencia de tal tipo de sentimientos.

Es importante destacar, en relación con la amistad íntima lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

“NO ES FÁCIL SEÑALAR UNA NORMA QUE CONTENGA LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INTIMIDAD EN LA AMISTAD, PORQUE ESE CONCEPTO ENVUELVE DE MODO PREDOMINANTE UN SENTIMIENTO SUBJETIVO. ASÍ, LA EXPERIENCIA NOS ENSEÑA QUE DOS PERSONAS PUEDEN MANTENER UNA VIDA DE CONSTANTE RELACIÓN Y CONTACTO SOCIAL, BASE DE UNA AMISTAD, SIN QUE ENTRE ELLAS SURJA LA INTIMIDAD QUE SE TRADUZCA EN UNA COMPENETRACIÓN ESPIRITUAL QUE TENGA COMO RESULTADO LA CONFIDENCIA DE SUS SECRETOS Y EL DEPÓSITO DE SUS RECÓNDITOS ESTADOS SENTIMENTALES, DE SUS PROBLEMAS, DE SUS ASPIRACIONES, DESENCANTOS, PROYECTOS, TRISTEZAS Y ALEGRÍAS. YA LA INVERSA, AUN PERDIDA TRANSITORIAMENTE LA CONEXIÓN CON UN VIEJO AMIGO QUE LLEGÓ A PENETRAR HONDAMENTE EN LA AFECTIVIDAD DE UNA PERSONA, ESTA JUZGA

QUE EL SENTIDO DE LA INTIMIDAD NO SE HA ROTO Y QUE POR ELLO PODRÍA SUFRIR PERTURBACIÓN EN SU CRITERIO QUE POR CRITERIO SI SE VIERA EN EL TRANCE DE TENER QUE DECIDIR COMO FUNCIONARIO JUDICIAL SOBRE LA SUERTE DE SU AMIGO.

“De ahí que considere la Sala que, en relación con la causal que se estudia, a falta de prueba suministrada por el interesado en la recusación, debe darse un valor especial a la apreciación que el magistrado tenga sobre la clase de amistad que lo liga con alguna de las partes o su representante” (Autos, 1 abril 1942- LVII, 203; 25 agosto 1947, LXIII, 789).

“La amistad íntima que la ley procesal penal exige como fundamento de recusación, es la que vincula al magistrado con alguna de las partes o con el apoderado o defensor de estas; amistad aquella que no es, precisamente, la que existe entre las personas oriundas de una misma población, amistad condicionada a las normas de cortesía y de buena educación que rigen ordinariamente las relaciones sociales.

“La existencia de la amistad íntima presupone un conjunto de hechos y manifestaciones que objetivamente correspondan con exactitud a aquella noción, y que solo pueden apreciar las personas a quienes liga.

“La amistad íntima entre el magistrado y los familiares de un procesado, entre los cuales está su escribiente, no está señalada como causal de recusación “ (Auto, 6 noviembre 1914, LVIII, 358).

“LA ENEMISTAD, COMO LA AMISTAD – CONCEPTOS RELATIVOS – LLEVAN EN SÍ LA IDEA DE LA RECIPROCIDAD. SON SENTIMIENTOS QUE PLANTEAN UNA SITUACIÓN ENTRE DOS O MÁS PERSONAS; CARIÑO O AVERSIÓN. ASÍ COMO NO PUEDE HABER AMISTAD SIN CORRESPONDENCIA, ES DECIR, DE UN SOLO INDIVIDUO HACIA OTRO QUE IGNORA EL EFECTO QUE DESPIERTA O PRODUCE, TAMPOCO ES POSIBLE LA ENEMISTAD UNILATERAL. EN UNO Y OTRO CASO EL FENÓMENO ES DIFERENTE: ESTIMACIÓN DE UNA PERSONA HACIA OTRA QUE PERMANECE POR EJEMPLO, INSENSIBLE ANTE UNA DEMOSTRACIÓN DE APRECIO; Y TOTAL INDIFERENCIA, EN CUANTO AL ODIO O A LA MALA VOLUNTAD DE ALGUIEN EN EL OTRO SUPUESTO, O SEA, EN EL DEL ENEMIGO. NO HAY, POR LO TANTO, ESA RELACIÓN INDISPENSABLE PARA CREAR O ESTABLECER EL VÍNCULO MUTUO QUE LA LEY EXIGE EN LOS CASOS DE IMPEDIMENTOS POR LA CAUSAL ANOTADA. PERO ES CLARO QUE

SI QUIEN AMA O ABORRECE, EN LA FORMA CALLADA QUE SE HA DESCRITO, ES EL FUNCIONARIO QUE TIENE QUE VENTILAR UN ASUNTO EN QUE ES PARTE EL SUJETO PASIVO DE ESTAS EXPRESIONES DEL SENTIMIENTO MANIFESTAR ESE ESTADO ESPIRITUAL Y ABSTENERSE, EN CONSECUENCIA, DE ACTUAR EN EL LITIGIO O PROCESO.

“Tampoco es cualquier amistad o enemistad la que sirve para los efectos que se están analizando. Aquella debe ser íntima y esta debe ser grave. Enemistad grave es algo más que la mera antipatía y aun que la repulsión. Es el deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causarlo” (Autos, 16 marzo 1945, LIX, 183; 13 septiembre 1950, LXVIII, 201; 17 mayo 1954, LXXVII, 633; 18 mayo 1954, LXXVII, 638).

“Aunque es muy difícil señalar los elementos constitutivos de la amistad íntima y la enemistad grave, por envolver estos conceptos apreciaciones de carácter subjetivo, la prueba tendiente a demostrar esta causal debe ser de tal naturaleza que, del estudio de ella, el juez o magistrado que falla el incidente de recusación, se forme el convencimiento íntimo de que la justicia sufra mengua, en perjuicio de las partes que intervienen en el debate; de lo contrario, la sola enunciación de la causal, sin comprobación alguna, daría base para separar al recusado, con menoscabo de los intereses sociales y de la justicia” (Auto, 2 octubre 1945, LIX, 990)¹⁴ .

En pasado reciente la misma corporación se pronunció sobre los mismos sentimientos de la misma manera:

“Al respecto, el numeral 5 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal de 2004, señala como causal de impedimento “que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial”.

ACERCA DE ESTE MOTIVO, NECESARIO ES PRECISAR QUE LA AMISTAD ÍNTIMA SE REFIERE A UNA RELACIÓN ENTRE PERSONAS QUE, ADEMÁS DE SUMINISTRARSE TRATO Y CONFIANZA MUTUOS, COMPARTEN SENTIMIENTOS Y PENSAMIENTOS QUE HACEN PARTE DE SU FUERO INTERNO, RAZÓN POR LA CUAL LA CORTE HA SIDO AMPLIA EN LA ADMISIÓN DE ESTA CLASE DE EXPRESIONES IMPEDITIVAS, DADA SU INCUESTIONABLE ESTIRPE SUBJETIVA, QUE LIGA AL FUNCIONARIO JUDICIAL CON UNO DE LOS INTERVINIENTES EN

14 Código Penal y Código de Procedimiento Penal, Jorge Ortega Torres, págs. 462, 63, Editorial Temis, Bogotá D.E., 1.961.

EL PROCESO, A CAMBIO DE QUE EL FUNCIONARIO EXPRESE CON CLARIDAD LOS FUNDAMENTOS DEL SENTIMIENTO DE TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD QUE QUIERE TRANSMITIR A LAS PARTES Y A LA COMUNIDAD, A FIN DE QUE EL EXAMEN DE QUIEN DEBA RESOLVER NO SEA UN MERO ACTO DE CORTESÍA SINO LA ACEPTACIÓN O NEGACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS QUE TEÓRICAMENTE PONEN EN VILO LA IMPARCIALIDAD DEL JUICIO.

Tal interpretación, constituye muestra del principio de la buena fe, contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política, que también debe suponerse en las actuaciones de los administradores de justicia. Proceso 30811. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca 14 de noviembre de 2008.

La imparcialidad como atributo del juez natural se destaca en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al establecerse:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Norma que se repite de manera similar en el Pacto Internacional al disponerse en el art. 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 ...”.

Idéntica fórmula es utilizada en el art. 8. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De manera lamentable la Ley 906 de 2004, no reguló adecuadamente el trámite de los impedimentos y recusaciones, regulación incompleta que ha originado una serie de decisiones diversas y de procedimientos disímiles en el trámite de los mismos y que ha originado que la Corte Suprema de Justicia se haya visto en la obligación, por medio de sus jurisprudencias a regular dicho trámite y para ello ha debido recurrir por remisión a diversas normatividades para determinar de forma definitiva todo lo relacionado con el trámite de éstos incidentes.

Debe advertirse primero que todo, que la solución propuesta por la Sala de Casación Penal, comporta la aplicación los artículos 57, 58A y 59 de la Ley 906 de 2004, reformados por los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 1395 de 2010, el artículo 54 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria para la Administración de Justicia y finalmente el artículo 140 de la Ley 1564 de 2012, Código General del proceso, éstas últimas por remisión.

En el artículo 54 de la Ley Estatutaria para la Administración de Justicia, se consagra lo relativo al quórum deliberatorio y decisorio y en el último inciso de tal artículo, se contempla la posibilidad que como consecuencia de la declaración de impedimentos o de la formulación de las recusaciones, se afectase el quórum decisorio, caso en el cual se establece que se deberá acudir a los conjuces para reintegrar la Sala y que pueda cumplir con las funciones legalmente establecidas para ella. En tal sentido se determina:

“Ley 270 de 1996. ARTÍCULO 54. QUÓRUM DELIBERATORIO Y DECISORIO. Todas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección.

Es obligación de todos los Magistrados participar en la deliberación de los asuntos que deban ser fallados por la Corporación en pleno y, en su caso, por la sala o la sección a que pertenezcan, salvo cuando medie causa legal de impedimento aceptada por la Corporación, enfermedad o calamidad doméstica debidamente comprobadas, u otra razón legal que imponga separación temporal del cargo. La violación sin justa causa de este deber es causal de mala conducta.

El reglamento interno de cada corporación señalará los días y horas de cada semana en que ella, sus salas y sus secciones celebrarán reuniones para la deliberación de los asuntos jurisdiccionales de su competencia.

CUANDO QUIERA QUE EL NÚMERO DE LOS MAGISTRADOS QUE DEBAN SEPARARSE DEL CONOCIMIENTO DE UN ASUNTO JURISDICCIONAL POR IMPEDIMENTO O RECUSACIÓN O POR CAUSAL LEGAL DE SEPARACIÓN DEL CARGO, DISMINUYA EL DE QUIENES DEBAN DECIDIRLO A MENOS DE LA PLURALIDAD MÍNIMA PREVISTA EN EL PRIMER INCISO, PARA COMPLETAR ÉSTA SE ACUDIRÁ A LA DESIGNACIÓN DE CONJUECES. (Lo destacado no lo es en el texto).

Mediante la Ley 1395 de 2010 se adiciona y reforman algunas normas de la Ley 906, con las que se pretende adicionar y corregir las falencias legislativas existentes en ésta normatividad en relación con la regulación del trámite de los impedimentos y recusaciones.

En el artículo 58ª, creado por la ley mencionada con anterioridad se establece que del impedimento manifestado por uno de los integrantes de una corporación, conocen los restantes magistrados de la misma y aceptado el impedimento se completará la Sala con quien le siga en turno y si fuere menester se sorteará conjuez.

Y en el artículo 60, se dispone que de la recusación formulada contra magistrado, conocen los restantes magistrados de la Corporación.

Con lo anterior se evidencia la voluntad del legislador que los incidentes de impedimento y recusación sean tramitados y resueltos en la misma Corporación donde se presenta la situación, excepto en el caso del impedimento no aceptado por los miembros restantes de la Sala, caso en el cual el proceso se debe enviar al Superior para que resuelva sobre el mismo, de conformidad a lo previsto en el artículo 58ª. En tal sentido se regula:

“Ley 1395 de 2010. “ ARTÍCULO 82. El artículo 57 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 57. Trámite para el impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.

ARTÍCULO 83. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo, cuyo texto será el siguiente:

Artículo 58A. Impedimento de magistrado. DEL IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR UN MAGISTRADO CONOCEN LOS DEMÁS QUE

CONFORMAN LA SALA RESPECTIVA, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. ACEPTADO EL IMPEDIMENTO DEL MAGISTRADO, SE COMPLEMENTARÁ LA SALA CON QUIEN LE SIGA EN TURNO Y SI HUBIERE NECESIDAD, SE SORTEARÁ UN CONJUEZ. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.

Si el magistrado fuere de la Corte Suprema de Justicia y la Sala rechazare el impedimento, la decisión de esta lo obligará. En caso de aceptarlo se sorteará un conjuéz, si a ello hubiere necesidad.

ARTÍCULO 84. El artículo 60 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 60. Requisitos y formas de recusación. Si el funcionario en quien se dé una causal de impedimento no la declare, cualquiera de las partes podrá recusarlo.

Si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano. **SI LA RECUSACIÓN VERSA SOBRE MAGISTRADO DECIDIRÁN LOS RESTANTES MAGISTRADOS DE LA SALA.**

La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este Código, pero presentada la recusación, el funcionario resolverá inmediatamente mediante providencia motivada. (Lo destacado no lo es en el texto).

Finalmente se establece en el artículo 140 de la Ley 1564, que en aquellos casos en que sean varios o todos, los impedidos o recusados, el trámite se hará conjuntamente y se resolverá en un solo acto por la sala de conjuéces. De tal manera se establece:

“Ley 1564 de 2012. ARTÍCULO 140. DECLARACIÓN DE IMPEDIMIENTOS. Los magistrados, jueces, conjuéces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.

El juez impedido pasará el expediente al que deba reemplazarlo, quien si encuentra configurada la causal asumirá su conocimiento. En caso contrario, remitirá el expediente al superior para que resuelva.

Si el superior encuentra fundado el impedimento enviará el expediente al juez que debe reemplazar al impedido. Si lo considera infundado lo devolverá al juez que venía conociendo de él.

El magistrado o conjuez que se considere impedido pondrá los hechos en conocimiento del que le sigue en turno en la respectiva sala, con expresión de la causal invocada y de los hechos en que se funda, para que resuelva sobre el impedimento y en caso de aceptarlo pase el expediente a quien deba reemplazarlo o fije fecha y hora para el sorteo de conjuez, si hubiere lugar a ello.

El auto en que se manifieste el impedimento, el que lo decida y el que disponga el envío del expediente, no admiten recurso.

CUANDO SE DECLAREN IMPEDIDOS VARIOS O TODOS LOS MAGISTRADOS DE UNA MISMA SALA DEL TRIBUNAL O DE LA CORTE, TODOS LOS IMPEDIMENTOS SE TRAMITARÁN CONJUNTAMENTE Y SE RESOLVERÁN EN UN MISMO ACTO POR SALA DE CONJUECES. (Lo destacado no lo es en el texto).

En relación con la tramitación de las recusaciones se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, determinando con mucha claridad, que el superior nada tiene que ver con la tramitación de los mismos. En tal sentido sostuvo:

“De entrada, esta Sala advierte que no hay lugar a resolver sobre la recusación formulada por el procesado HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ, contra el Magistrado Ramiro Riaño Riaño, integrante de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, sino fuera porque la competencia para ello radica en la referida colegiatura. Obsérvese:

El artículo 60 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 54 de la Ley 1395 de 2010) dispone que «(...)si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano. Si la recusación versa sobre magistrado decidirán los restantes magistrados de la Sala (...)» (Negrilla fuera de texto)

Entonces, aceptados los fundamentos de la recusación por el funcionario judicial recusado, lo procedente es dar aplicación al trámite previsto cuando se acepta un impedimento, el cual dispone que «se complementará la Sala con quien le siga en

turno», según las previsiones del artículo 58A ibídem, sin que en ello se vislumbre la posibilidad de que otro funcionario judicial revise la recusación aceptada.

Para el efecto, esta Sala de Casación Penal, en reciente pronunciamiento CSJ AP, 5 Ago. 2014, rad. 44181, señaló:

En tales condiciones, se observa que “...en caso de no aceptarse...” la recusación planteada por alguna de las partes, el incidente “...se resolverá inmediately mediante providencia motivada...” por “...los restantes magistrados de la sala...” del Tribunal respectivo y ese pronunciamiento concluye el trámite.

Ahora, en el evento en el cual “el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento”, es decir, “se complementará la Sala con quien le siga en turno”; por tanto no tiene cabida que otro funcionario se pronuncie nuevamente respecto de la recusación aceptada, pues este acto finaliza el trámite.

*2. En el asunto examinado, como ciertamente los tres primeros Magistrados llamados a componer el juez colegiado, admitieron la recusación, a la Sala Penal que sigue en turno del Tribunal Superior de Medellín le corresponde pronunciarse respecto de las apelaciones interpuestas contra la sentencia (...), no sobre la recusación, -sin perjuicio de la compensación administrativa de procesos, para mantener la igualdad en la carga laboral-, y menos aún remitir el proceso a la Corte Suprema de Justicia, pues este incidente en tratándose de Magistrados de Tribunal, como viene de verse, se surte integralmente en la misma corporación, lo cual precisó esta Sala el **18 de junio del presente año, en providencia AP3294-2014, Radicado 43931**, al indicar:*

*(...) [E]l trámite y competencia señalados en el texto original de la Ley 906 de 2004, varió con ocasión de la modificación introducida por la Ley 1395 de 2010, en cuanto **ahora el incidente de recusación se resuelve exclusivamente por el Tribunal correspondiente y además de forma inmediata**, mas no como lo preveía inicialmente el artículo 341 de la Ley 906, en donde no aceptada la recusación se le asignaba la competencia para resolver el referido incidente a la Corte y para ello se fijaba un término de tres días”.*

*Así las cosas, es claro que **actualmente el incidente de recusación referido a Magistrados de Tribunal, se tramita en su integridad al interior de la Sala de Decisión Penal respectiva, (...).** (Resaltado fuera de texto).*

En conclusión, como la Corte no tiene competencia para pronunciarse respecto de recusaciones formuladas por alguna de las partes contra Magistrados de Tribunal Superior; se abstendrá de darle trámite al presente asunto, por lo que dispondrá la devolución inmediata de las diligencias a la corporación de origen para que corrija la actuación, en tanto, se insiste, la aceptación de los hechos en los que se fundó la recusación, impone recomponer el juez colegiado, no emitir un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión.

Bajo este derrotero, la recusación presentada por el procesado HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ contra el Magistrado Ramiro Riaño Riaño, al ser aceptada por el funcionario recusado, no debió haber sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Decisión en turno, sino que lo procedente era complementar la Sala con el funcionario siguiente, tal como lo dispone la normatividad en la materia, ya que como se observó, el trámite incidental de recusación, aceptado o no, se debe agotar en su totalidad al interior de la respectiva Sala de Decisión del Tribunal Superior.

En este orden de ideas, esta Corporación se abstendrá de darle trámite al asunto, disponiendo la devolución inmediata de las diligencias al Tribunal de origen para que proceda de conformidad¹⁵.

A continuación se transcribirá en extenso la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 9 de octubre de 2013, siendo ponente la Honorable Magistrada María del Rosario González Muñoz, en el que esa Corporación se pronunció en un caso similar, de cómo se debían tramitar los impedimentos colectivos.

Se cita igualmente porque la Corporación hace interesantes y verdaderas consideraciones en relación con el impedimento manifestado por el hecho de ser compañeros de trabajo, aspecto de trascendental importancia para nuestros tribunales porque bien se sabe que con frecuencia los magistrados se declaran impedidos para conocer de un proceso, porque el sindicado es un colega de la Corporación, sin que necesariamente entre los mismos exista una verdadera amistad íntima que justifique la declaratoria y aceptación del impedimento.. La Corporación citada sostuvo:

15 Auto. M. P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Magistrado Ponente AP7301-2014, Radicación n° 44947,26 de noviembre de 2014.

“3. Remitidas las diligencias al Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, los Magistrados Luis Alberto Peralta Rojas, José Jaime Valencia Castro y Martha Liliana Bertín Gallego, mediante proveído del 6 de septiembre de 2013 manifestaron su impedimento para conocer de la alzada propuesta contra la sentencia condenatoria como quiera que MARÍA PATRICIA LORZA GALVIS actualmente se desempeña como oficial mayor de la Secretaría de la Sala Civil Familia de ese Tribunal. Aludieron a la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, precisando que mantienen una relación armónica en el campo laboral con la acusada “producto del trámite propio de las gestiones administrativas a cargo del Tribunal, del trámite de peticiones, relacionadas con permisos, licencias; de la solicitud de información afines al nombramiento de jueces, de confirmaciones, donde se requiere la consulta de documentos varios como hojas de vida, etc”; evento que genera un interés en la actuación procesal que pone en entredicho su deber de administrar justicia.

Adicionalmente, el Magistrado Luis Alberto Peralta Rojas expresó también encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 5° del artículo 56 de la misma codificación, porque mantiene un vínculo de amistad con aquella que traspasa la barrera de lo meramente laboral y administrativo. Indicó que por razón de su condición de Magistrado y Presidente de la Sala MARÍA PATRICIA lo ha apoyado en diversas actividades de integración, capacitación, culturales y de confianza desarrollada en el Tribunal; por tanto, recalcó la existencia de un fuerte lazo fraternal entre ellos.

Por su parte, el Magistrado Jaime Humberto Moreno Acero, también integrante de la Sala Penal, el 11 de septiembre de 2013 bajo similares planteamientos a los expuestos por sus compañeros Luis Alberto Peralta Rojas, José Jaime Valencia Castro y Martha Liliana Bertín Gallego señaló estar incurso en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004. Al respecto precisó: “su situación procesal no me resulta ajena, debido a los vínculos laborales, personales y sociales cultivados con ella durante el lapso que funjo como Magistrado del Tribunal, pero especialmente durante los años 2007 y 2008 cuando me desempeñé como Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en dos periodos consecutivos...”.

4. El Magistrado Álvaro Augusto Navia Manquillo, en decisión del 16 de septiembre de 2013 aceptó el impedimento manifestado por el doctor Luis Alberto Peralta Rojas, y declaró infundado el planteado por los Magistrados José Jaime Valencia Castro, Martha Liliana Bertín Gallego y Jaime Humberto Moreno Acero.

Para tomar la anterior determinación, estimó que si bien toda relación laboral, personal y social puede conllevar el surgimiento de compromisos afianzados en la solidaridad, humanidad, armonía y convivencia, no siempre resulta claro y definitivo que tales relaciones se erijan en impedimentos que paralicen u obstaculicen el cumplimiento de la misión legal y constitucional del juzgador. A su juicio, se requiere de un mínimo de objetividad que evidencie el motivo válido por el cual debe separarse al operador jurídico; además, con fundamento en jurisprudencia de esta Corte estimó que la manifestación de impedimento: **“debe estar soportada dentro de los causes del postulado de la buena fe que rige para todos los sujetos procesales y para el funcionario judicial, pues este instituto no debe servir para entorpecer o dilatar el transcurso normal del proceso penal o para sustraerse, indebidamente, a la obligación de decidir”.** (Resaltado fuera del texto original)

De otra parte, consideró que sus colegas no consignaron los supuestos de hecho de la causal invocada, indicando la incidencia, alcance y alteración objetiva y subjetiva en la determinación que deben adoptar. Sobre el particular también se apoyó en jurisprudencia de esta Corporación. Recalcó no experimentar la existencia de un interés que surja de la simple, natural y obligatoria interrelación con los empleados de esa Corporación, pese a hallarse en idéntica situación a la de sus pares.

Finalmente, aceptó los argumentos presentados por el doctor Luis Alberto Peralta Rojas y que hacen relación a la causal de impedimento consagrada en el numeral 5° del artículo 56 del C.P.P., para separarlo del conocimiento del presente asunto penal. En consecuencia, dispuso el envío de la actuación a esta Corte.

....

Sería del caso que la Corte de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1395 de 2010, procediera a decidir acerca del impedimento manifestado por los Magistrados Luis Alberto Peralta Rojas, José Jaime Valencia Castro, Martha Liliana Bertín Gallego y Jaime Humberto Moreno Acero, integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga, el cual no fue aceptado por el Magistrado Álvaro Augusto Navia Manquillo, si no fuera porque aún no ha adquirido competencia en este asunto.

La manifestación de impedimento es un acto personal, voluntario, de carácter oficioso y obligatorio para cuando el funcionario advierta que se encuentra incurso en alguno de los supuestos fácticos dispuestos por el legislador, a la vez que

comporta para su resolución sujeción estricta a las normas procesales. Al respecto se tiene que el artículo 58A de la Ley 906 de 2004, introducido por el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010, establece:

“Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad se sorteará un conjuer. Si no se aceptará el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema para que dirima de plano la cuestión”¹⁶.

Ya el Tribunal Nacional, igualmente de manera reciente, se había pronunciado sobre el trámite de los impedimentos, que tiene una cierta similitud con el de las recusaciones. En relación con los impedimentos se sostuvo:

En Providencia No. 41-2006 el Tribunal Nacional de Ética Médica en relación con éste tema sostuvo:

“...una vez manifestado el impedimento, deberá pasarse la actuación a quien siga en turno, para que califique y acepte o rechace el impedimento manifestado.

En el artículo 103 del mismo estatuto se prevé la forma de manifestación y trámite del impedimento de un magistrado, pues el que se declara impedido, debe hacerlo ante la Sala y los restantes compañeros de la Corporación deben calificar el impedimento, bien para aceptarlo o bien para rechazarlo.

Aceptado el impedimento la Corporación debe ser integrada nuevamente con el sorteo de un conjuer.

Cuando el impedimento sea común a varios miembros de una Corporación puede manifestarse de manera conjunta, procurando que el número de magistrados que se declara impedido no afecte el quorum decisorio, pues es claro que los restantes magistrados de la Sala, deben calificar el impedimento para aceptarlo o para rechazarlo.

La posibilidad de la manifestación del impedimento conjunto obliga entonces a que los magistrados que se declaran impedidos por una misma causal, deben hacerlo sin que se afecte el quorum decisorio y en el caso de una Corporación como las de Ética Médica, integradas por cinco magistrados, nos indica que de manera necesaria inicialmente solo se podrá declarar impedido el magistrado involucrado

16 Auto C. S. J. Sala de Casación Penal. M. P. María del Rosario González. Rad. 42356.

en el proceso, en este caso, la causal de impedimento de este es diversa a la de los otros cuatro magistrados que integran la Sala.

Estudiado el impedimento y aceptado el mismo, se debe proceder a la designación de un conjuer, para que la Sala quede nuevamente integrada por los cinco magistrados que la integran y en estas circunstancias, se podrán declarar impedidos dos de los magistrados, para que los restantes tres califiquen y acepten el impedimento manifestado; de manera inmediata se procederá a designar a dos conjuerces para que la sala se integre nuevamente y una vez reintegrada la Sala, se podrán declarar impedidos los dos últimos, para que el impedimento sea calificado por la Sala de los tres conjuerces restantes.

El impedimento y la recusación son manifestaciones de voluntad, que están destinados a ser calificados y que como es apenas obvio comprenderlo, pueden ser aceptados o rechazados, pero si se observa el impedimento conjunto que es motivo de análisis no ha sido aceptado ni rechazado por nadie y no ha sido calificado por la forma irregular en que el mismo fue declarado, porque una vez más se insiste, el impedimento puede ser manifestado conjuntamente, pero siempre en un número inferior, para que los restantes que lo deben calificar queden en número suficiente para tener quorum decisorio.

Con lo anterior queda aclarado el modo de aceptar un impedimento conjunto de una sala colegiada¹⁷.

En un Estado democrático y de derecho como el nuestro, es obvio que mientras el Congreso es el garante de las libertades y de las estructuras democráticas, el poder judicial es la garantía de la paz, de la seguridad jurídica y del mantenimiento de las relaciones de convivencia social, razón más que suficiente para que concibamos un poder judicial transparente como el cristal, inmaculado como la nieve de nuestras cumbres andinas y vertical como el fiel de la balanza.

Bogotá, noviembre 20 de 2015.

17 Auto 3 de Noviembre de 2015. M. P. Fernando Guzmán Mora.

EUTANASIA: ALGUNAS REFLEXIONES ÉTICAS, JURÍDICAS Y FILOSÓFICAS

FERNANDO GUZMAN MORA, MD, MSCi
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica

Eutanasia es un comportamiento mediante el cual, por razones humanitarias relacionadas con el sufrimiento, se provoca intencionalmente la muerte de una persona, sea mediante acción directa (producción o anticipación de la muerte) e indirecta (no intentar detener la muerte) debido a la presencia de una enfermedad incurable, una entidad letal, una lesión dolorosa o un evento que causa un enorme dolor físico o moral. Esta acción se puede efectuar con o sin el consentimiento del enfermo, denominándose según el caso como voluntaria o involuntaria.

La eutanasia tiene entonces varios componentes:

-Es acción, en el sentido de acto deliberado, premeditado y consciente por parte de quien interviene la vida del paciente.

-Es humanitario desde el punto de vista de interpretar el sufrimiento como fuera de lo común, muy difícil o imposible de manejar y con base en una enfermedad de tipo incurable o pobre pronóstico a corto plazo.

-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).

-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).

Para que el acto eutanásico sea considerado como tal, debe excluir el criterio de personas que puedan ser motivados por incomodidad o egoís-

mo respecto del enfermo. Por lo tanto, prima el interés del enfermo, sea consciente o no. Dicho de otra forma, se tiene en cuenta su propio deseo (eutanasia voluntaria) cuando la ha manifestado por escrito previamente.

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).

Por otro lado, no puede confundirse la eutanasia con la distanasia, que es la prolongación innecesaria, inhumana e ilógica de la agonía.

VIDA Y MUERTE HUMANAS

Es el conjunto de funciones biológicas, que permiten al ser humano la posibilidad de conocerse a sí mismo, el mundo que lo rodea y las interrelaciones que pueden darse entre sí. Así mismo, posibilitan las capacidades inherentes a su esencia, como crecimiento, desarrollo, reproducción e incluso muerte.

El concepto de vida está ligado, para muchos pensadores, con el concepto de relación consigo mismo y con los demás. Involucra además el concepto de voluntad, libertad y conciencia de bienestar.

De otro lado, el fenómeno de cesación de la actividad vital no ha podido ser correctamente definido por nadie, ni en términos filosóficos, ni en términos biológicos, ni muchísimo menos en el plano físico matemático. Desafortunadamente, la mejor definición sigue siendo: Muerte es lo contrario a la vida.

Una definición Médico-Legal de muerte es: la detención del proceso que preserva la integridad física del cuerpo. Es decir, la detención del proceso de la vida y como tal es una secuencia de hechos que culmina en la cesación de las funciones biofisiológicas.

A este respecto, los legistas y abogados han estudiado a fondo las manifestaciones de la muerte, la que han confirmado mediante la comprobación de la abolición de las funciones nerviosas (inmovilidad, flaccidez muscular, parálisis de esfínteres, ausencia de actividades psíquicas), extinción de las funciones circulatorias (ausencia de pulso y latidos cardiacos), y extinción de las funciones respiratorias.

Los legistas van inclusive más allá y tratan de definir el término agonía, como un sinónimo de combate, de lucha, aunque no implique necesariamente la posibilidad de victoria. Es simplemente la última etapa antes de morir.

El cerebro es la vida afectiva del ser humano y por lo tanto el límite biológico para considerar la muerte del mismo. El capítulo de la vida de un ser humano, independientemente de cualquier especulación filosófica, finaliza cuando el cerebro deja de funcionar en forma irreversible. El muerto cerebral es irrescatable. Para él ya no hay esperanza. El proceso de lucha probablemente ya no existe y su muerte biológica total es cuestión de tiempo.

Y si bien deben observarse con dicho ser todas las consideraciones que merece un paciente crítico en el sentido de mantenerlo confortable y sostenerlo en sus funciones biológicas primarias, no debe olvidarse que su tiempo esta definitivamente “contado” y sus posibilidades futuras se reducen a cero.

Por lo tanto, para efectos prácticos, aunque todavía no podamos definir la muerte en forma matemáticamente exacta, la pérdida irrescatable del cerebro de un ser humano es el punto de no retorno, el límite médico que separa al vivo del muerto y el momento biológico en el que cualquier tratamiento solamente servirá para prolongar una agonía innecesaria y la extensión variable de un dolor familiar que no tiene justificación de ninguna clase.

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; 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.

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.

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

TIPOS DE INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE EL ENFERMO

Pueden ser de varios tipos:

- 1- URGENTES DE ALTO RIESGO Y BUENA PROBABILIDAD DE RECUPERACION Ejemplos: Herida por arma de fuego en abdomen que compromete territorio vascular. Infarto agudo en evolución en persona joven
- 2- URGENTES DE ALTO RIESGO Y BAJA PROBABILIDAD DE RECUPERACION Ejemplos: Sección medular total por trauma penetrante de columna
- 3- URGENTES DE BAJO RIESGO Y ALTA PROBABILIDAD DE RECUPERACION Ejemplo. Apendicitis aguda
- 4- ELECTIVAS DE ALTO RIESGO Y BUENA PROBABILIDAD DE ÉXITO Ejemplo: Trasplante cardiaco
- 5- ELECTIVAS DE ALTO RIESGO Y BAJA PROBABILIDAD DE ÉXITO Ejemplo: Cambio valvular cardíaco en cardiopatías dilatadas terminales
- 6- ELECTIVAS DE BAJO RIESGO Y ALTA PROBABILIDAD DE ÉXITO Ejemplo: Herniorrafia inguinal
- 7- ELECTIVAS DE BAJO RIESGO Y BAJA PROBABILIDAD DE ÉXITO Ejemplo: Secuelas faciales de quemaduras de tercer grado

HISTORIA DE LA EUTANASIA

En Esparta los niños con malformaciones eran arrojados por el monte Taiggeto. Los Bretones, por su lado, aniquilaban rutinariamente a los enfermos incurables, de la misma forma en que los Hindúes ahogaban en el Ganges a los desahuciados.

En 1516, Sir Thomas More se refiere al procedimiento eutanásico en su obra cumbre “Utopía”.

Pero quizás el ejemplo más dramático del ejercicio eutanásico sea la Francia renacentista. Tal como describe el mas grande cirujano del siglo XVI, Ambrosio Pare (1510-1590):

“...Entre a un establo y encontré cuatro soldados muertos y tres recostados contra la pared, con sus caras completamente desfiguradas, ciegos, sordos y mudos y con ropas humeando por la pólvora que los había quemado...Un soldado viejo me abordó y me pregunto si existía alguna forma de curarlos, a lo cual respondí que era imposible...Entonces se aproximó a los heridos y les corto el cuello delicadamente y sin rabia. Viendo esta cruel acción le dije que era un hombre perverso, a lo cual me

respondió que si el hubiera sido el herido, cualquiera de sus compañeros le habría prestado la misma muerte rápida, en lugar de dejarlo morir lánguida y miserablemente...”

En el siglo XVII se utilizó el término Eutanasia para referirse a Muerte fácil. De hecho, hospitales como la Salpetriere se idearon mas con un criterio de concentrar en un solo sitio a los indeseables sociales, principalmente enfermos, inválidos, huérfanos y mendigos, que salían del miserable hacinamiento de las “casas de salud” solamente en tres formas: al ejercito, al cementerio o a las galeras.

Francis Bacon, en 1605, utiliza el término eutanasia para hacer referencia a aquellas medidas encaminadas a transformar el episodio de la muerte en algo menos desagradable, al apoyar física y espiritualmente al enfermo.

Respecto de la muerte, en el medievo se estudian los signos de muerte. Rigidez, putrefacción, etc. En el Siglo XVI W Harvey la describe como el cese de latidos cardiacos y la desaparición del pulso.

En el siglo XVII, debido a la aparición de las pandemias europeas, el temor se generaba al pensar que se podía ser enterrado vivo.

Jacob Winslow en 1740, en su obra *Morte incertae signa*, afirma que la putrefacción es la única prueba de muerte.

El temor a la muerte modifica las practicas alrededor de la misma. Se solicita ser decapitado, se pide ser atravesado por espadas, se construyen ataúdes de seguridad, con orificios que comunican al exterior, etc. En este ultimo aspecto, se llegaron a tener mas de 40 patentes de ataúdes de seguridad

Con Javier Bichat en el s XVII se comienza el estudio sistemático de la muerte. Habla de la detención funcional del sistema nervioso, de la circulación, de la respiración y de la temperatura corporal.

En el s XIX Rene Laennec, quien invento el estetoscopio en 1819, se pueden detectar los sonidos cardiacos y su ausencia en la muerte

Eugene Bouchut dice que la muerte se establece cuando hay ausencia de latidos cardiacos por espacio de dos minutos, tiempo que se amplia a cinco minutos

En fin,, la concepción de muerte es un producto cultural y arbitrario. Es susceptible de cambio.

En el siglo XX el proceso de muerte comienza a ser intervenido. Se desarrollan sistemas para detenerla, especialmente el masaje cardiaco.

En el fenómeno de preanimación cardiopulmonar se involucran varios fenómenos, especialmente de tipo personal, familiar, administrativo y social

Uno de estos ejemplos es el llamado slow code. Es una pantomima para demostrar que se esta atendiendo al paciente y la familia se tranquiliza creyendo que se esta haciendo algo. Esto es discutible éticamente

El uso de la anestesia, utilizada previamente por culturas antiguas, se debe al empuje de Hill Hickman en Paris en 1.828 y Morton y Warren en 1.846 en los Estados Unidos. En 1.831 se descubre el cloroformo y se utiliza en Edimburgo en 1.847. Los alemanes descubren el Cloruro de Etilo en 1.848. En este año se sugiere la utilización de la anestesia para aliviar las molestias de la agonía

El primer tratado sobre eutanasia fue escrito por el Dr. William Mont en el siglo XIX. Fue precisamente a finales de este siglo cuando se utiliza el término para referirse a la acción misma de poner fin a la vida de un enfermo.

1905 Charles Norton vuelve a proponer el ejercicio de la eutanasia.

En 1935 se funda en Londres la Sociedad para la Eutanasia,, por el Dr. Killick Millard. Su contraparte Norteamericana nace en 1938.

1936: Debate en el Parlamento británico para legalizar la eutanasia

Sobre el derecho a morir dignamente y la obligación moral del médico a colaborar con el enfermo terminal, aparecen dos textos: Uno en 1955 llamado “Moral y Medicina” por Joseph Fletcher y “La santidad de la vida y la ley animal” de Glanville Williams en 1958.

Respecto de la desconexión de pacientes, se menciona a Wertheimer, Jouvét y Descotes que hablan de muerte del sistema nervioso. En 1959 Mollaret y Goulon discuten esto y hablan de Coma depasse (coma sobrepasado). Se estudian encefalogramas que se demuestran planos en caso de muerte cerebral

Aparecen entonces las cirugías de trasplante. En 1963 Guy Alexandre efectúa el primer trasplante renal exitoso. A raíz de esto aparecen los criterios de muerte cerebral y de coma irreversible

Aparecen los criterios de Harvard que incluyen ausencia de movimientos, apnea, ausencia de reflejos troncoencefalicos y espinales, EEG isoelectrico, etc.

Se controvierte a los criterios de Harvard que el cerebro no se muere totalmente. Queda la actividad hipotalámica. Además que este proceso atiende necesidades de terceros, que es un artificio para legitimar el retiro del soporte vital.

Mohandas en 1971 habla de criterios de muerte del tronco cerebral y se hace uso solamente de criterios clínicos, son necesidad de practicar EEG. Esto dio lugar a los criterios de Minnesota: ausencia de movimientos espontáneos, apnea, ausencia de reflejos troncoencefalicos e invariabilidad por al menos 12 horas

Los criterios de UK incluyen: Precondiciones, coma profundo, ventilación artificial y diagnostico positivo de la causa del coma.

En nuestra época, el ejemplo más importante de eutanasia es Holanda. En consideración al envejecimiento progresivo de la población, debido a la prolongación de la vida en las personas mayores y a la posibilidad de sufrir enfermedades crónicas e incurables, los holandeses han analizado muy cuidadosamente la aceptación de la muerte como una posibilidad real. Asimismo, la confianza de la gente en sus médicos familiares y el planteamiento del problema entre la Asociación Médica Holandesa y el Tribunal Supremo Holandés, ayudó a perfeccionar el documento conocido como la “Declaración Vital”, en donde se plantea la indefensión de la persona y el compromiso de su dignidad personal frente a una abrumadora tecnología que prolonga la vida en una forma absurda. Esto se apoyó en encuestas públicas que demostraron que casi el 80% de la población holandesa se encontraba de acuerdo con la eutanasia en 1993.

Pero lo más contundente es el hecho de haberse notificado 1424 casos de eutanasia, de los cuales 1410 llegaron al denominado desistimiento por parte de la Fiscalía de La Haya. 14 casos que fueron a juicio fueron completamente absueltos luego de la investigación preliminar.

Los holandeses consideran que, siempre que la eutanasia se practique dentro del marco de la lex artis para tal efecto, no puede ser considerada delito. Cuáles son esos parámetros de lex artis ?

- 1-Naturaleza voluntaria por parte del enfermo
- 2-Petición considerada detenidamente
- 3-Sufrimiento intolerable del paciente
- 4-Asesoramiento experto
- 5-Realización técnicamente responsable

En nuestro continente el evento más reciente es el de la llamada “máquina de la muerte”. El Doctor Jack Kevorkian, luego de mucho tiempo de estudio y experimentación animal diseñó una máquina que contenía infusiones de barbitúricos, relajantes musculares y cloruro de potasio que, al ser activada por el mismo paciente, producía la muerte sin ningún tipo de dolor o molestia, en el lapso de seis minutos. Una de sus primeras pacientes fue la señora Janeth Adkins, quien a los cincuenta y cuatro años de edad y luego de haber recibido la noticia de una enfermedad incurable, decidió poner fin a sus días con la máquina del doctor Kevorkian, eximiéndolo por escrito de toda responsabilidad.

El caso fue juzgado en la Corte del Estado de Michigan, la que exoneró de cualquier cargo criminal al inventor de la máquina, a lo que luego siguió la promulgación de la LEY DE AUTODETERMINACION DEL PACIENTE, la que incluye los derechos del paciente a morir dignamente.

FORMAS DE EUTANASIA

I-DE ACUERDO CON LA VOLUNTAD DEL ENFERMO

1-INVOLUNTARIA. No tiene en cuenta el deseo o voluntad del paciente en la decisión de morir.

2-VOLUNTARIA. El enfermo toma la decisión de no aceptar ninguna forma de tratamiento y así lo consigna por escrito.

II-DE ACUERDO A LA ACCIÓN DEL MÉDICO

ACTIVA INTERVENCIONISTA

El médico decide inyectar una ampolla de cloruro de potasio en la vena de un enfermo terminal de cuidados intensivos.

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.

III-DE ACUERDO CON LA SITUACIÓN DEL ENFERMO

TERMINAL, cuando se trata de paciente considerados en proceso de enfermedad avanzada, irreversible y progresivamente letal.

PALIATIVA, en casos de enfermedad incurable que produce gran incomodidad y dolor a quien la sufre y cuya curación no es posible

LAS SENTENCIAS SOBRE EUTANASIA

Corte Constitucional Colombiana

Sentencia C-239/97.

Expediente D-1490.

Demanda contra artículo

326 del decreto 100 de 1980-

Código Penal-

Mag. Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Algunos conceptos determinados en esta sentencia

- La piedad es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor que consagra el artículo 60 del Código Penal como causal genérica de atenuación punitiva; pero que, a diferencia de éste, mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo.
- Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado.
- Job es un patético ejemplo de valor para sobrellevar la existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes; pero la resignación del santo, justificable y dignificante sólo por su incommovible fe en Dios, no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues de nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos

aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción.

- 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.

- Es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente el valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad

- Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.

- Segundo: Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.

Sentencia T-970/14

Acción de tutela instaurada por Julia[1] en contra de Coomeva E.P.S

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

15 de diciembre de 2014.

- Protección de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente (Art. 11 C.P.), los cuales estimó vulnerados por la EPS Coomeva.

- La peticionaria sostuvo que padece una enfermedad terminal que compromete gravemente sus funciones vitales. En el año dos mil ocho (2008), la Fundación Colombiana de Cancerología “Clínica Vida” dictaminó que padecía cáncer de colon.

- La enfermedad hizo “progresión en pelvis”, por lo cual fue sometida a una Hemicolectomía, al igual que a sesiones de quimioterapia.

- FEBRERO DE 2012:

METASTASIS PULMONARES

CARCINOMATOSIS ABDOMINAL

OBSTRUCCION INTESTINAL

DOLOR ABDOMINAL SEVERO

- Solicitó ante el juez de tutela amparar su derecho a la vida digna y, en consecuencia, ordenar a Coomeva E.P.S. adelantar las gestiones médicas necesarias para acoger su deseo de no continuar padeciendo los insoportables dolores que le produce una enfermedad que se encuentra en fase terminal, lo que en su criterio es incompatible con su concepto de vida digna.

- Coomeva, a través de apoderado judicial, manifestó que no vulneró los derechos fundamentales de la actora. En su criterio, no es posible autorizar el procedimiento de eutanasia, pues según las circunstancias del caso no se cumplen todos los requisitos establecidos por la Corte para practicarla.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Salud que en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de esta providencia, emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión.

QUINTO: Exhortar al Congreso de la República a que proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los presupuestos y criterios establecidos en esta providencia.

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. Las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- ...conformarán al interior de cada entidad un Comité Científico-Interdisciplinario para el Derecho a Morir con Dignidad, en adelante el Comité, en los términos previstos en la presente Resolución.

- La IPS que no tenga tales servicios deberá, de forma inmediata, poner en conocimiento dicha situación a la Entidad Promotora de Salud -EPS- a la cual está afiliada la persona que solicite el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, con el propósito de que coordine todo lo relacionado en aras de garantizar tal derecho.

- Artículo 5, Conformación del Comité,

- Un médico con la especialidad de la patología que padece la persona, diferente al médico tratante.

- Un abogado

- Un psiquiatra o psicólogo clínico.

- Parágrafo, Los integrantes del Comité no podrán ser objetores de conciencia del procedimiento que anticipa la muerte en un enfermo terminal para morir con dignidad, condición que se declarará en el momento de la conformación del mismo.

- Artículo 7- Funciones

7.1, Revisar la determinación del médico tratante en cuanto a la solicitud que formule el paciente y establecer si le ofreció o está recibiendo cuidados paliativos.

- 7.2, Ordenar a la institución responsable del paciente, la designación, en un término máximo de 24 horas, de un médico no objetor cuando se presente objeción por parte del médico que debe practicar el procedimiento que anticipa la muerte en forma digna en un enfermo terminal.

- 7.3, Establecer, dentro de un plazo no superior a diez (10) días calendario a partir de su solicitud, si el paciente que solicita el procedimiento para morir con dignidad reitera su decisión de que le sea practicado.

- 7.4 Vigilar que el procedimiento se realice cuando la persona lo indique o, en su defecto, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al momento en que el paciente reitera su decisión.

- 7.5, Vigilar y ser garante de que todo el procedimiento para morir con dignidad se desarrolle respetando los términos de la sentencia T-970 de 2014 y que se garantice la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso, para lo cual deberá realizar las verificaciones que sean del caso.

- 7.6. Suspender el procedimiento que anticipa la muerte para morir con dignidad en caso de detectar alguna irregularidad y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.
- 7.9. Remitir al Ministerio de Salud y Protección Social un documento en el cual reporte todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el Ministerio realice un control exhaustivo sobre el asunto.
- Artículo 15. De la solicitud del derecho fundamental a morir con dignidad. La persona mayor de edad que considere que se encuentra en las condiciones previstas en la sentencia T-970 de 2014, podrá solicitar el procedimiento a morir con dignidad ante su médico tratante quien valorará la condición de enfermedad terminal.
- Artículo 16. Del trámite de la solicitud del derecho fundamental a morir con dignidad. Establecida la condición de enfermedad terminal y la capacidad del paciente, el médico tratante, con la documentación respectiva, convocará, de manera inmediata, al respectivo Comité.
- TRAMITE El Comité, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud, deberá verificar la existencia de los presupuestos contenidos en la sentencia T-970 de 2014 para adelantar el procedimiento y, si estos se cumplen, preguntará al paciente, si reitera su decisión.
- En el evento de que el paciente reitera su decisión, el Comité autorizará el procedimiento y éste será programado en la fecha que el paciente indique o, en su defecto, en un máximo de quince (15) días calendario después de reiterada su decisión. Este procedimiento tiene carácter gratuito y, en consecuencia, no podrá ser facturado.

EL ERROR DIAGNÓSTICO Y EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

*Dra. Gladys León Salcedo¹.
Asesora jurídica.*

Tribunal Seccional de Etica Médica de Cundinamarca.

Es el diagnóstico el proceso de identificar la naturaleza y causa de la enfermedad que padece el paciente a través de la recolección de información, anamnesis, examen físico, la evaluación de signos y síntomas, la revisión de las ayudas diagnósticas, generación de hipótesis, análisis de opciones y alternativas, pruebas confirmatorias y seguimiento.

Debe ser la opinión derivada del análisis y la evaluación, fruto de la apertura a las diferentes posibilidades y la precisión de las mismas con los medios de apoyo clínico con los que cuenta el médico.

El tratamiento correcto indudablemente se deriva de un diagnóstico acertado.

Como nos lo enseña el ilustre magistrado, doctor Fernando Guzmán Mora:

“La toma de decisiones, debe basarse en elaboración de premisas sustentadas racionalmente. Y desde el primer planteamiento diagnóstico éste se enuncia como una hipótesis de trabajo que se ciñe a las reglas del método científico”²

Tal vez una de las publicaciones más importantes sobre el diagnóstico es la obra del insigne médico Doctor Pedro Laín Entralgo quien en su libro “El diagnóstico médico - Historia y teoría”, señala tres requisitos que caracterizan el verdadero diagnóstico.

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Magister en bioética Universidad el Bosque. Asesora jurídica del Tribunal de Etica Médica de Cundinamarca

2 Providencia No. 06-03 del Tribunal Nacional de Etica Médica, proceso 086 Tribunal Seccional de Etica Médica del Magdalena. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora, publicada en el tomo II del libro Derecho Médico Colombiano Elementos Básicos. Responsabilidad Etica Médica Disciplinaria, pág. 1004.

1.- La percepción y nominación de la enfermedad. La interpretación de la realidad implícita.

2.- El proceso mental por el cual se llega a una conclusión diagnóstica el cual debe estar regido por un método “ La posesión de una conciencia metódica es la expresión más fehaciente de la racionalidad de la mente y gracias a ella puede ser verdaderamente técnico el conocimiento de la enfermedad.

3.- La palabra con que la enfermedad es denominada, debe ser un término técnico cuya significación sea unívocamente entendida por todos los profesionales en el arte de curar.

Para Laín Entralgo el diagnóstico médico es un acto moral.

“ Lo es, por supuesto, a través de las dos determinaciones que en su estructura hemos contemplado: su condición técnica y su condición social. Como acto técnico, la moralidad del diagnóstico toma la forma de un ‘deber saber hacer’ (pericia). Como acto social el diagnóstico es moral, con las dos posibilidades que esta afirmación envuelve: ser ‘moralmente bueno’ y ser ‘moralmente malo’, en cuanto que actúa favoreciendo la dinámica y la calidad del grupo humano a que el paciente y el médico pertenecen. Pero la moralidad del acto diagnóstico es aprobable o reprobable por razones más obvias y más fuertes: porque su obtención y su comunicación afectan la vida de una persona, la del enfermo, y desde este primario punto de vista hay que juzgar ‘el deber saber hacer’ del médico que diagnostica y los efectos sociales de la comunicación de su juicio ”³.

Vengamos ahora a una de las realidades que atañen a nuestro diario quehacer. Los errores médicos y la determinación de la culpa frente a los mismos.

El IOM Instituto de medicina de los Estados Unidos, entidad que como lo ha dicho Diego Gracia, es un modelo no sólo de admirar sino también de imitar en su función de asesorar sobre el mejoramiento de la salud y el incremento de la seguridad del paciente, publicó en el año 1999 un reporte sobre los errores médicos. To err is Human. Analiza la frecuencia de los errores médicos, los factores que contribuyen a su presentación, el costo de los mismos y si la percepción pública de seguridad es consistente con la evidencia. Define este documento los errores como el fracaso de una acción planificada para ser completada según lo previsto o el uso de un plan equivocado para lograr un objetivo⁴.

3 Pedro Laín Entralgo: El diagnóstico médico. Historia y Teoría, Salvat. 1982. pag 391

4 Err is Human: Building a Safer Health System <http://www.nap.edu/books/0309068371/html/>

El error diagnóstico se puede clasificar así:

El diagnóstico equivocado. El médico determina que el paciente está sano cuando en realidad está enfermo o determina que padece una enfermedad cuando en realidad tiene otra.

Fallo en el reconocimiento de las complicaciones. El médico efectúa un diagnóstico correcto pero no identifica los diversos factores que agravan la enfermedad o la condición del paciente. El diagnóstico demorado. El médico efectúa el diagnóstico pero su demora contribuye al empeoramiento de las condiciones clínico patológicas del paciente. El diagnóstico incompleto, el médico diagnostica una enfermedad pero omite el diagnóstico de enfermedades concomitantes con la enfermedad que padece el paciente. El médico solamente diagnostica una de las múltiples enfermedades o lesiones que padece el paciente.

EL ERROR EN SI MISMO NO ES FUENTE DERESPONSABILIDAD MEDICA.

El diagnóstico médico siempre se hace bajo condiciones de incertidumbre.

“Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo.”⁵

Siguiendo las enseñanzas del ilustre médico Dr. Fernando Guzmán Mora expuestas en sus diversas publicaciones “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 el 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...”⁶

“...la falta técnica o error, que es un concepto científico, no entraña eo ipso la culpa, que es lo jurídico...” (...) “...lo decisivo en derecho no es tanto el error en sí como la causa del error ...” Por lo tanto, lo importante no es el fallo en sí. Lo relevante es “...si el médico ha faltado a su deber

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de dos mil (2000), Radicación número: 11878

6 Providencia No. 06-03 del Tribunal Nacional de Ética Médica, proceso 086 Tribunal Seccional de Ética Médica del Magdalena. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora, publicada en el tomo II del libro Derecho Médico Colombiano Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria, pág. 1004.

de prevenir las consecuencias...” “...si el médico ha hecho todo cuanto exige la ciencia y la práctica médica para disminuir el riesgo en el caso en cuestión...”⁷

“Es inherente a la naturaleza de la práctica médica que el error sea inevitable, no sólo debido a las limitaciones del conocimiento humano o incluso los límites de la inteligencia humana, sino más bien a causa de la función epistemológica fundamental de una ciencia de datos...” “los diagnósticos médicos serán siempre desafiados por la sutil interacción e incognoscible de variables (en el agente de la enfermedad, en la respuesta del huésped, en el entorno, en la forma en que el paciente describe sus síntomas, en las pruebas, e incluso en los poderes del médico de observación) que determinan cómo una enfermedad se presentará y será percibida por el clínico.”⁸

A pesar de los desafortunados cambios jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica donde más allá de la culpa se habla del riesgo creado y otros factores objetivos de imputación, frente al proceso ético disciplinario, el criterio de imputación que involucra la posible transgresión a la ley 23 de 1981 por un error diagnóstico, radica en la culpa, es decir, cuando éste se produce por negligencia, desidia, descuido, imprudencia, apresuramiento, falta de precaución, impericia o desconocimiento de las normas propias de la *lex artis*. La responsabilidad objetiva debe estar proscrita de los procesos éticos disciplinarios teniendo en cuenta que la función de los tribunales es una función moralizante del acto médico. Desde luego se trata de la responsabilidad subjetiva propia de los procesos disciplinarios y penales. En estos eventos al médico le era exigible una conducta diferente, debió haber hecho algo distinto de lo que hizo y su error es inexcusable.

Los errores cognitivos se fundamentan en un conocimiento insuficiente, de la medicina o del paciente. Debe examinarse si existió una recopilación de datos defectuosa o un razonamiento clínico inexacto. Fallas en la anamnesis. El interrogatorio incompleto, la falta de interés ante un paciente que no sabe comunicar sus síntomas ni las circunstancias concomitantes con el inicio de enfermedad, el indebido examen del paciente, las omisiones en la observación, la falta de revisión de la historia clínica o ignorar las anotaciones anteriores, así como el sesgo derivado de la primera impresión, pueden llevar al error cognitivo. Cada caso es diferente y es al

7 Quintano Ripolles citado por MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, La Culpa en la actividad médica, Monografías del derecho Penal, 1988, Pág. 60, 61

8 Gawande A. Final cut. Medical arrogance and the decline of the autopsy. The New Yorker. March 19, 2001:94-9. Cited by Reducing Diagnostic Errors in Medicine: What's the Goal? Graber, Mark MD; Gordon, Ruthanna MA; Franklin, Nancy PhD. Academic Medicine, Volume 77, No 10/October 2002 traducción personal.

jugador a quien le corresponde determinar la culpabilidad o la falta de culpabilidad en cada proceso sometido a su consideración.

Existe impericia indudablemente cuando se presenta el error grosero.

EL ERROR GROSERO. Es la equivocación inexcusable. El yerro superlativo o mayúsculo. Un verdadero desatino que riñe con los conocimientos médicos y con las normas de la *lex artis*.

El error grosero es la expresión de la falta de conocimiento. Como diría un autor que se me escapa, el médico no lo aprendió O si lo aprendió lo olvido O sólo se sabe la teoría y no sabe aplicarla.

Muchos casos, sometidos a la consideración de los tribunales, ilustran el desconocimiento en materia grave de la interpretación de los signos, de los exámenes de laboratorios, del examen del fondo de ojo, de la lectura de los electrocardiogramas Y aún de la auscultación.

El deber de cuidado implica una adecuada percepción, un examen completo del paciente con el fin de determinar su condición clínico patológica, la adecuada observación del paciente y la utilización de las ayudas diagnósticas pertinentes. El acompañamiento, la persistencia, el interés por descubrir que le pasa a su paciente es el producto de la bondad y el afecto del médico hacia el paciente. Si no se cuenta con los recursos necesarios el médico debe remitir al paciente a una institución que pueda atenderlo en condiciones de eficiencia y seguridad. La labor diagnóstica debe cumplirse con responsabilidad y diligencia, falta a su deber el médico que omite la valoración de elementos clínicos muy importantes en la determinación del estado de salud del paciente, muchas veces nos encontramos con la omisión del registro de la frecuencia respiratoria y la frecuencia cardiaca, ante una patología de origen respiratorio, otras veces no se actúa en congruencia con los resultados del monitoreo y pruebas de laboratorio, con frecuencia no se determina la etiología del dolor abdominal o del dolor torácico, los pacientes son enviados a sus casas sin ningún tipo de observación y regresan a la institución hospitalaria en graves condiciones.

EL ANÁLISIS RETROSPECTIVO DEL ACTO MÉDICO Y DEL ERROR DIAGNÓSTICO.

El análisis *ex post* permite en un alto porcentaje conocer con carácter de certeza cuál era el diagnóstico correcto. Elementos de prueba tales como la necropsia, la descripción quirúrgica de los hallazgos intra operatorios, la historia clínica que

documenta la evolución del paciente, contienen informaciones que de haber sido conocidas por el médico que cometió el error diagnóstico éste no se hubiera presentado. El conocimiento retrospectivo de los hechos hace mucho más fácil la tarea de determinar cuál era el diagnóstico correcto pero no puede ser el fundamento de la decisión.

El juzgador deberá situarse en el momento de la atención, cumpliendo con el deber ineludible de analizar las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se encontraba el médico en el momento de atender al paciente, los signos y síntomas que presentaba el paciente en ese momento, si estos eran evidentes o si por el contrario fueron inespecíficos al momento de la consulta, los recursos médicos y ayudas diagnósticas o la limitación o ausencia de recursos con que se contaba, las informaciones, y elementos de juicio que sobresalían en el momento de efectuar el diagnóstico. Deben examinarse todos los incidentes que permitan una reconstrucción del entorno en que la conducta médica se desarrolló con el fin de determinar si el error diagnóstico se encuentra justificado o es injustificado.

El imperativo de conducta se refiere a la exigencia de una actividad médica congruente con la prudencia y la pericia dentro de las circunstancias en que el médico se vio avocado a actuar.

La Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia 11878 de 10 de febrero de 2000 nos ilustra al respecto:

“Por otra parte, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar. Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente. Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo. El error que exime de responsabilidad no ha de ser una

anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico.⁹

ALGUNOS ERRORES DIAGNÓSTICOS MÁS COMUNES BASADOS EN LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA CUNDINAMARCA.

No se diagnostica la apendicitis aguda oportunamente. Este error muy común ha ocupado la atención de cortes y tribunales.

Muy sonado fue el caso de un joven estudiante de ingeniería de la Universidad de Santander que fallece como consecuencia de un shock séptico originado en una apendicitis que no fue diagnosticada oportunamente y que dio lugar a la sentencia del Consejo de Estado de la que nos hemos ocupado que señala: “La apendicitis constituye un tipo específico de enfermedad abdominal aguda ...¹⁰ que debe ser diagnosticada rápidamente, ya que sus complicaciones pueden poner en grave riesgo la vida del paciente.” Citando a Ricardo Ferrada expresa “El diagnóstico diferencial en apendicitis aguda reviste gran importancia para cualquier médico, por tratarse de una entidad frecuente y porque el error implica complicaciones con morbilidad y mortalidad altas...”¹¹

Otros casos sometidos a la consideración del tribunal ilustran la frecuencia de la ocurrencia del error diagnóstico que se presenta cuando hay dos o más patologías concomitantes, omitiendo hacer el diagnóstico de una de ellas, en el afán de explicar los múltiples síntomas de un paciente en una forma unificada. Mas de cinco casos se han conocido en relación con pacientes que han sufrido un accidente y su estado de embriaguez ha sido la causa determinante para que no se efectúe el diagnóstico de trauma craneoencefálico, más de dos casos ilustran la presencia de un trauma craneoencefálico que permaneció inadvertido por un tiempo importante ante pacientes poli traumatizados que presentaban fracturas en otras partes del cuerpo, los médicos se dedicaron a curar las fracturas que eran evidentes y omitieron un examen neurológico completo que hubiera podido poner en evidencia la presencia de un trauma craneoencefálico que se hizo evidente cuando ya era demasiado tarde. Otros procesos muestran importantes errores diagnósticos ante la presencia de un dolor torácico, demoras con graves consecuencias en el diagnóstico de la coledolitiasis, errores derivados de la indebida lectura de una radiografía, de los informes de

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de dos mil (2000), Radicación número: 11878

10 Ver BEAL, John M., op. cit., pp. 756 a 762.

11 FERRADA D., Ricardo. Op. cit., p. 63.

patología o de la equivocada interpretación de los resultados de las ayudas diagnósticas así como ellos derivados de la falta de observación por que no se tiene en cuenta que un diagnóstico a menudo evoluciona con el tiempo, de tal manera que los síntomas iniciales pueden no ser suficientes para descifrar la condición del paciente .

Al lado del error diagnóstico culpable se encuentra el error diagnóstico justificado.

Hay muchas causas de errores diagnósticos no atribuibles a la culpa del médico. La limitación del conocimiento médico, La Enfermedad silenciosa, los signos enmascarados o presentes de una manera muy atípica , las enfermedades raras, los pacientes que no presentan sus síntomas con claridad.

Muchos errores se presentan por fallas en el sistema. Cuántas veces hemos conocido casos en los que al médico se le asigna un tiempo de consulta tan limitado que no permite un examen adecuado del paciente. La aglomeración de pacientes que deben ser atendidos en los servicios de urgencias en tiempos mínimos. Todos los días analizamos casos de Médicos rurales en alejadas poblaciones enfrentados a complejas patologías sin que cuenten con la posibilidad de pedir asesoría a médicos con mayor experiencia dada la escasez de los recursos médicos en los municipios pequeños. El Cansancio y la fatiga derivados de un trabajo que excede el número de horas permitidas, son factores a considerar.

Ignoro si en nuestro país existan comités u organismos encargados de velar por la seguridad en los pacientes, trabajando con el tema del error en medicina. Los tribunales de ética médica son los organismos más importantes y adecuados para el juzgamiento del acto médico en el panorama nacional. La Labor de docencia que cumplen los tribunales a través de sus providencias esta llamada a producir cambios en nuestra sociedad médica. Es mucho lo que se puede aprender del análisis de los errores , debe hacerse énfasis en la necesidad de identificarlos, determinar porque ocurrieron o se produjeron. Evaluar sus causas Y destacar la exigencia de acciones apropiadas para evitar que se presenten en el futuro.

Tal y como lo plantea el estupendo trabajo de los médicos Mark Graber, Md, Ruthanna Gordon, MA, and Nancy Franklin, PhD. Reducing Diagnostic Errors in Medicine: What's the Goal?¹² Podemos formar mejores pensados-

¹² Reducing Diagnostic Errors in Medicine: What's the Goal? Graber, Mark MD; Gordon, Ruthanna MA; Franklin, Nancy PhD. Academic Medicine, Volume 77, No 10 /October 2002 traducción personal.

res, mejorando las habilidades para el razonamiento clínico, generación de hipótesis, interpretación de datos y resolución de problemas, organización y expresión de la información derivada de un buen examen físico, de una buena historia clínica y de una mente abierta a las diferentes alternativas.

En conclusión nuestra actuación debe ser congruente con la sabia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral que en sentencia de agosto 5 de 1980 consigno:

“Para entender la Ley no basta su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. La Ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de un recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos”.

LA PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN DE ABUSO SEXUAL EN EL ACTO MÉDICO

Dr. Cesar Bruno y Caro
Magistrado del Tribunal de Ética Médica Del Meta

1. LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA EN EL ACTO MEDICO

Una de las conductas más deshonorosas para un profesional de la salud, sin lugar a dudas, es la comisión de un delito sexual abusando de su condición profesional.

El Código Penal, Ley 599 de 2000, tipifica los siguientes delitos contra la integridad sexual y contra la dignidad de la persona:

Artículo 205. Acceso Carnal Violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 206. Acto Sexual Violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Artículo 207. Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona puesta en Incapacidad de Resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual Ley 1236 de 2008 2/6 haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Artículo 208. Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209. Actos Sexuales con Menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14)

años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

Artículo 210. Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Artículo 211. Circunstancias de Agravación Punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. 3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual. 4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años. 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. 6. Se produjere embarazo. 7. Cuando la víctima fuere una persona de la tercera edad o, disminuido físico, sensorial, o psíquico.

Reiteradamente el H. Tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado que “El médico en la realización del acto médico se encuentra en situación de supremacía psicológica respecto del paciente, quien llega confiado a la espera de un tratamiento científico que lo debe mejorar y es obvio que no espera bajo ninguna circunstancia que abusivamente se aproveche de un acto tan trascendental y digno para que el galeno dé rienda suelta a sus más bajas pasiones. . . Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominancia sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente” (Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo, Edgar Saavedra Rojas, “Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria”).

2. LOS MEDIOS PROBATORIOS

Los medios probatorios son los siguientes:

- a) El testimonio.
- b) La confesión.
- c) Los documentos.
- d) La inspección
- e) La peritación

3. PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA.

“El juez (el funcionario) expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no cabe duda que se consagra el método analítico, es decir, el estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. Una vez que se hace el estudio anterior se procede a evaluar las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca. Debe quedar claro que la valoración conjunta viene después del estudio individualizado de cada medio probatorio”, (Jairo Parra Quijano, MANUAL DE DERECHO PROBATORIO).

4. LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MEDICO

La prueba en los delitos sexuales en el acto médico es un reto para el investigador. En una proporción apreciable de los casos, el médico aprovecha la soledad del consultorio o de la pieza de la paciente (o del paciente) donde, lejos de la presencia de otras personas que puedan atestiguar en su contra, lleva adelante su vil cometido. El investigador, entonces, no cuenta sino con las versiones de la víctima y del médico. Pero también hay otros casos en los cuales se puedan utilizar otros medios probatorios.

El reto es grande, pues no todas las quejas contra médicos por esta causal se deben considerar justas. En el difícil ejercicio profesional se pueden presentar también quejas malintencionadas y temerarias. Muchas veces, se debe exonerar al médico de responsabilidad en base al principio “in dubio pro reo”.

Es importante resaltar que siempre se deben aplicar el principio de la unidad de la prueba y las reglas de la sana crítica.

4.1 EL TESTIMONIO

Lo tratadistas, juristas y sicólogos, concuerdan en la importancia de que en la recepción del testimonio al declarante inicialmente se le invite a hacer un relato de los hechos, lo que además es obligatorio por ley. Es importante que el flujo del discurso sea libre y que no se le interrumpa. Posteriormente, se pasa al interrogatorio. Binet y todos los sicólogos que después de él, han estudiado experimentalmente la cuestión, no han dejado de señalar importantes diferencias de conjunto entre el valor de la deposición espontánea y el de la provocada por preguntas. La segunda tiene más extensión, pero menos fidelidad que la primera. Según estudios de Larguier des Baucels, las declaraciones por interrogatorio son fieles en un 75%, al paso que en la espontánea se podría llegar a un 90%.

a) EL TESTIMONIO DE LA VICTIMA

Según la Corte Suprema de Justicia, citada por Parra Quijano (obra citada, página 354), “La declaración del ofendido es un verdadero testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, suministrada por quien en su calidad de víctima fue parte de los mismos. Si se logra establecer que las condiciones de percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos durante el período de conservación del recuerdo y que no existe interés en perjudicar a una persona, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto más si se encuentra apoyado por otras pruebas, como declaraciones, indicios, etc. que inciden sobre los mismos hechos o que muestran la capacidad delictiva de los presuntos autores...”.

Pieza fundamental del acervo probatorio en los delitos sexuales es el testimonio de la víctima. La víctima puede ser la quejosa o el quejoso, o no. Si el quejoso o quejosa es la víctima, su versión de los hechos, por lo general, está contenida en la queja y el magistrado instructor podrá interrogarla durante la diligencia de ampliación de la queja. De lo contrario, se le deberá citar como testigo a diligencia de declaración juramentada.

A menudo la versión de la víctima es la única prueba recaudada, lo que conlleva dificultades apreciables para el juzgador. De ahí la importancia de un correcto recaudo de esa prueba. Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia que el testimonio de las víctimas de delitos sexuales debe ser atendido y valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica. ¿Qué puede hacer creíble el testimonio de una víctima de delitos sexuales de acuerdo a la Corte? Principalmente, que la víctima no tenga ningún motivo para mentir y que su versión de los hechos sea coherente.

Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad, **(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Aprobado Acta No. 162., Bogotá, D.C., once de mayo de dos mil once.)**

Particularidad dificultad presenta el testimonio de la víctima cuando se trata de menor de edad. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia **(CORTE SUPREMA DE**

JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Aprobado Acta No. 162., Bogotá, D.C., once de mayo de dos mil once.), establece lo siguiente: “Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia. Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera. No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental. Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables. No. Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”.

La víctima de delitos sexuales con frecuencia es renuente a rendir declaraciones en las que deba relatar hechos para ella bochornosos y, con frecuencia, no se presenta a ampliar la queja, si es la quejosa, o no se presenta a rendir declaración juramentada, si no lo es. Esta renuencia no se debe interpretar a su desfavor.

b) EL TESTIMONIO DE TERCEROS

Por lo general, el médico aprovecha la soledad del consultorio o de la habitación hospitalaria para realizar la fechoría, lejos de posibles testigos. Sin embargo, el investigador debe buscar cuidadosamente posibles testimonios que le ayuden a dilucidar el caso, que si bien, por lo general, no hayan sido testigos directos de los hechos objeto de la queja, puedan arrojar alguna luz sobre ellos.

En la Gaceta Jurisprudencial, Enero de 2013, Número Especial, Delitos Contra la Integridad Sexual en el Acto Médico, páginas 27-39, Proceso 1235 del Tribunal Seccional de Antioquia, se analiza el caso de un ortopedista que, aprovechando el estado de inconciencia por anestesia de un paciente menor de edad programado para osteosíntesis de codo con tornillo, lo masturbó frente al personal de sala. Tanto la instrumentadora como una auxiliar de sala, en sendas declaraciones juramentadas, rindieron testimonio describiendo los hechos que habían sido objeto de la queja presentada por el Gerente del Hospital, lo que permitió la sanción del profesional.

En otro caso, de nuestro Tribunal, que fue conocido por el Tribunal Nacional por recurso de apelación interpuesto por la Defensa del médico sancionado (número de radicación 503), un médico delincuente que hacía turnos nocturnos en el Hospital, en horas insólitas visitó solo, varias veces, a una paciente menor de edad, quien compartía habitación con otra paciente en estado de coma por ACV, sin ser su paciente y sin haber sido llamado por enfermería para valorarla, y sin guantes le manipuló la vagina. La paciente y su señora madre pusieron en conocimiento de enfermería los hechos. Por parte de enfermería se montó una vigilancia especial. Cuando el médico entró a la habitación y pretendió comenzar a “examinar” a la paciente, ella accionó el timbre. Al instante, entró a la habitación una auxiliar de enfermería que comprobó el nombre del médico. Su testimonio fue básico para la inculpación del médico pues, aunque ella no vio el hecho delictivo, pudo comprobar el nombre del médico y describir la actitud altamente sospechosa de él ante la presencia de la auxiliar. También fue de utilidad el testimonio de la Jefe que recibió, en primera instancia, las quejas de la paciente y de su señora madre, y el informe de la auxiliar.

En casos de quejas por posibles delitos sexuales durante consulta médica, puede ser de utilidad y constituir indicios el testimonio del acompañante que, aunque no haya entrado al consultorio con la paciente (o el paciente), puede atestiguar sobre la actitud de la posible víctima al salir de la consulta.

4.2 LA CONFESION

La diligencia de versión libre, en la cual puede surgir la confesión, se divide en dos partes. Durante la primera, se le solicitará al médico investigado un recuento de los hechos relacionados con la atención prestada a la paciente (o al paciente). Al declarante no se le debe interrumpir. Es opinión compartida por muchos tratadistas que “la experiencia procesal ha dado como resultado un criterio cierto: que la exposición espontánea es menos extensa que la que se hace en virtud de preguntas, pero en todo caso es mucho más fiel”, (Enrico Altavilla, citado por Parra Quijano). Durante la segunda parte, el Magistrado investigador adelantará el interrogatorio.

El médico investigado estará a la defensiva y atento a evitar que sus respuestas lo puedan inculpar pero, si es culpable, puede entrar en contradicciones.

Un caso que se investigó en nuestro Tribunal nos puede servir para ilustrar este punto.

La queja fue remitida por la Fiscalía por denuncia presentada por la joven E.G.L., de 18 años de edad contra el médico general, Doctor G.A.N.C. Relató la demandante que había consultado por dolor abdominal y describió un examen ginecológico que claramente configuraba un abuso sexual. No fue posible obtener de la entidad donde se realizó la consulta, historia clínica ni constancia de la atención. En diligencia de versión libre, el Doctor G.A.N.C. reconoció haber atendido a la paciente y describió, justificándolo, el examen ginecológico realizado de forma muy similar a la expuesta en la denuncia. En este caso, la coincidencia entre la exposición de la denuncia y la versión libre ante hechos que claramente configuraban un abuso sexual llevaron al Tribunal Seccional a imponerle una sanción al profesional que fue ratificada, ante recurso de apelación interpuesto por la Defensa, por el Tribunal Nacional.

4.3 LOS DOCUMENTOS

En la jurisdicción ética disciplinaria médica, el documento por excelencia es la historia clínica. Pero también son documentos relevantes todos aquellos que sean producto de un acto médico, como fórmulas médicas, órdenes de exámenes paraclinicos, incapacidades, etc.

En las investigaciones por delitos sexuales, en la prueba documental se busca:

- a) Documentar la existencia del acto médico.
- b) Concordancia o discordancia con la queja y con las versiones libres y declaraciones juramentadas que obran en el proceso.
- c) Posibles testigos de los hechos. Para este fin, son importantes las notas de enfermería.

En la historia clínica, son importantes no solo las anotaciones que correspondan al acto médico que se investiga, sino también posibles omisiones sospechosas. Por ejemplo en el caso de nuestro Tribunal arriba citado, el médico abusador que visitaba en horarios insólitos a una paciente menor de edad que se encontraba hospitalizada, a quien supuestamente le realizaba valoraciones médicas, nunca registró en la historia sus visitas.

4.4 LA INSPECCION

La inspección no hace parte de las pruebas que con frecuencia se utilizan en el curso de investigaciones disciplinarias relacionadas con el acto médico.

Sin embargo, cuando esta prueba pueda aportar elementos que ayuden a llegar a un fallo justo, hay que decretarla.

4.5 LA PERITACIÓN

La prueba pericial tampoco hace parte de las pruebas que con frecuencia se utilizan en el curso de investigaciones disciplinarias relacionadas con el acto médico. Esto obedece a que los Tribunales de Ética Médica están conformados por médicos especialistas que son peritos en medicina y que, generalmente, tienen los conocimientos y la experiencia suficientes para adelantar este tipo de investigaciones. Sin embargo, cuando algún aspecto de la investigación esté relacionado con una especialidad no representada entre los magistrados y se trate de asunto de especial complejidad, el Tribunal podrá decretar una prueba pericial, llamando a un profesional especialmente versado en el asunto a tratar. Es más frecuente que la prueba pericial sea solicitada por la Defensa del médico inculpado. En este caso, la prueba será valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el principio de unidad de la prueba.

5. CONCLUSIONES

Las investigaciones de posibles delitos sexuales en el acto médico son un reto tanto para el Magistrado instructor como para la Sala. No hay conducta que más desdiga de nuestra profesión y más la enlode que ésta. Pero por sobre todo, prima el mandato de ser justos. Por el afán de castigar culpables, no se pueden sancionar inocentes. Un adecuado y ponderado uso de los medios de prueba nos debe llevar a concluir nuestras investigaciones con fallos bien argumentados y justos, de modo tal que la sociedad se pueda sentir tranquila y nuestra conciencia también.

LAS PRESUNCIONES EN MATERIA DE ÉTICA MÉDICA

Dr. Guillermo Cabrera Falla

Magistrado- Presidente del TEM del Huila

Miembro Honorario de la Asociación Colombiana de Endocrinología

Es de conocimiento la desproporción entre las pruebas que se le exigen al demandante para que prosperen sus pretensiones, los medios de que el dispone para cumplir esa exigencia y sus dificultades de prueba, en relación a los que están a la mano del demandado. El paciente demandante no conoce la medicación, las técnicas quirúrgicas, guías, sus familiares durante su anestesia por ejemplo no pueden ingresar al quirófano etc. por tanto en muchos casos hay que saber flexibilizar las rígidas exigencias probatorias a través de presunciones.

“Praesumere” etimológicamente es suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste. Los romanos la utilizaban en el sentido de “opinión” “creencia” “suposición”. A veces se considera como una hipótesis cierta, mientras no se pruebe lo contrario. Más tarde en la teoría legal de la prueba, las presunciones pasaron a llamarse “pruebas de indicios” No existe unanimidad en la Doctrina y Jurisprudencia respecto al concepto de la presunción. Unas veces se asimila a suposición impuesta y otras a un indicio.

La presunción pasa a dar por cierto un hecho sin necesidad de que sea probado. Pueden ser consideradas también como operaciones volitivas o intelectuales imperadas o autorizadas por el derecho positivo para tener como cierto un hecho presunto a partir de un indicio con nexo lógico. Es decir, se trata de reconocer con base en supuestos de hecho demostrados, una consecuencia derivada de ellos.

El Art 6 del C.C. define la presunción como “el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas...” La Corte Constitucional define las presunciones como hechos o situaciones que en virtud de la Ley deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren circunstancias previas o hechos antecedentes. Las Presunciones legales admiten pruebas en contrario. El Art 1349

del C.C. Francés define las Presunciones como...”las consecuencias que la Ley o el Magistrado deduce de un hecho conocido a uno desconocido...”. El indicio es la base de la Presunción. La Presunción judicial sirve para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios y por tanto no puede confundirse con estos (Devis Echandía)

Naturaleza de las Presunciones.

La Presunción es un medio supletorio a falta de una prueba directa, si bien otros opinan que no puede serlo por tener naturaleza jurídica diversa de los medios de prueba, no siendo un medio sino un método de prueba. En nuestro Derecho las presunciones no son un medio de prueba y cumplen función de eximir de prueba y serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados Art 176 CPC.

Clasificación de las Presunciones

Se clasifican en Presunciones legales, jurisprudenciales de hecho o del Juez, por ser basadas en pronunciamientos reiterados de jueces en igual sentido y cuasi-legales. Si sirve para nuevas afirmaciones es legal y se deduce de antecedentes y circunstancias conocidas (Art 66 del CC), si su elección es libre para el juzgador es judicial y si tiene carácter vinculantes son cuasi-legales. De este tipo son las Presunciones que obran en materia de responsabilidad médica. Si una cosa según la expresión de la Ley se presume de derecho, es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias. Las presunciones son un instrumento para facilitar la toma de decisiones cuando la incertidumbre acerca de determinados hechos relevantes bloquea el proceso de deliberación y decisión práctica.

Presunción y carga de la Prueba

Se implican entre sí dado que el que se beneficia de una presunción se libera de demostrar aquello que se presume. Sin embargo el sujeto beneficiado debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido. O sea, una presunción legal libera de la carga de demostrar el hecho que se presume a una de las partes del Proceso y puede ser fundamental para una determinada decisión judicial. La parte contraria queda compelida a demostrar la inexistencia del hecho presumido, por eso se dice que las presunciones tienen el efecto procesal de invertir la carga de la prueba, o esta se hace innecesaria. No es admisible un principio general conducente a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los médicos.

Otros Mecanismos de facilitación probatoria

Res ipsa loquitur = “La cosa que habla por sí misma”: Derecho Anglosajón

Se dice de una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. El demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido. Los daños de ese monto, solo con culpa y error han de producirse. Conclusión: el demandado tuvo que haber sido negligente, imperito o imprudente para causar dado daño. Es decir, el calibre del daño solo puede ser producido por conducta negligente, comportamiento culposo, o hecho por cosa alguna como instrumento, etc. Ej. Amputar la pierna equivocada. Por evidente no se requiere comprobar culpabilidad del médico sino basta con la constatación del hecho. Ej.: Quemadura en recién nacido al tomar sangre del talón.

Se trata entonces de una Presunción judicial de culpa, reforzada por hechos evidentes. Otros ejemplos: cuando se deja la gasa, la pinza en abdomen, o en lugar del apéndice reseca intestino, o cuando se deja materia ovular en un legrado.

La prueba Prima Facie – O, de Primera Impresión. Alemania - Italia

Consiste en deducir causalidad y culpa de máximas de experiencia o de la probabilidad estadística. El enlace entre el hecho demostrado y la culpa es obtenido de la experiencia común o reglas de la lógica. Es decir son supuestos de presunción de culpa dada la verosimilitud o probabilidad de deducir de los hechos el resultado culposo.

La Teoría Francesa de la Falta Virtual –Faute Virtuelle

Se sucede en presencia de un daño demasiado anormal con relación a lo lógico. Ejemplo, radio dermatitis en paciente por no ajustar la puerta protectora de Rayos X, u omitir constatar su cierre correcto o no reparar su mecanismo (Corte de Casación en Francia 1960). Dada la anormalidad de las consecuencias el médico no actuó de acuerdo a la ciencia actual.

Razonando a contrario: Si no se hubiese incurrido en culpa alguna, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa. La experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas no pueden ocurrir ciertos accidentes si no es por crasa incompetencia o falta de cuidado.

Del daño desproporcionado

Con aplicación en España. Pretende solucionar la prueba de culpabilidad, presumiendo la culpa por un resultado anormal conforme a lo usual. Sentencia 2 de Dic.1996: Por metrorragia severa que concluyo en histerectomía subtotal se llevó a la paciente a anemia grave con anoxia cerebral quedando la paciente con tetraparesia espástica en silla de ruedas. Hubo un daño desproporcionado. Sent. 9 Dic. 1998. O, paciente intervenida por juanetes fallece por tétanos postquirúrgico culpándose al centro hospitalario por carencia de material, instrumental o espacio sin asepsia ni antisepsia.

Así la obligación médica sea de medios y no de resultados, ello no obsta a la presunción desfavorable que nace del daño, cuando este es desproporcionado en relación a lo usual.

En Sent. 30 de Enero de 2.003 la hija de la actora sufrió parálisis braquial obstétrica del brazo derecho por arrancamiento de las raíces nerviosas durante el parto. El Juzgado desestimó la demanda, La Audiencia la revocó y condenó al médico igual que el Tribunal Supremo por daños desproporcionados.

Condena al Médico -Sent. 31 de Enero de 2.003 - por incontinencia anal post cirugía de hemorroides. Así no se llegue a conocer el detalle exacto que originó el daño, por ser este desproporcionado, el acusado es declarado culpable.

Teoría de la Pérdida de Oportunidad

Se busca evitar ventaja o beneficio de la conducta negligente del demandado. Este priva al demandante de la probabilidad de ganancia o de evitar una pérdida. En el típico “paseo de la muerte” cuando el paciente es remitido de Urgencias a Urgencias de otra institución (por falta de camas, etc.), se busca culpar a la entidad y no al médico que lo ha privado del derecho a su asistencia que podría haberle garantizado su supervivencia. Coexisten la imposibilidad de tratamiento y naturalmente de curación.

La pérdida de oportunidad constituye un daño autónomo, cierto, en donde la muerte no es el daño sino la privación al enfermo de la asistencia médica. Hay omisión y/o negligencia en la atención médica. No hay por consiguiente prueba directa de causalidad. El paciente que fallece por obstrucción intestinal considerada como gastroenteritis por el médico (V. Hicks USA 368 F.2d 626 1966)

La víctima por lo general está en condiciones de desigualdad al carecer de conocimientos y medios que le permitan apreciar si hubo o no causalidad. La doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal. Quedan al margen los casos de certeza razonable en los cuales el agente dañoso provocó el daño. Aquí se finca el daño en la oportunidad perdida y no en la frustración del beneficio esperado.

Puede existir pérdida de oportunidad en los casos de no diagnóstico por negligencia médica o institucional por ej.: Cefalea que lleva a la muerte por edema cerebral con varios días de hospitalización sin los exámenes pertinentes para establecer el real diagnóstico. Se le restó oportunidad de sobrevivir. Un herido a quien una buena terapia le habría impedido quedar inválido. O, en abogacía, el profesional quien hace perder un juicio por no comparecer en un recurso y no estar atento al desarrollo del proceso.

En la pérdida de oportunidad coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde. Se constituye en un perjuicio autónomo, indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente (Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 16 sept 2011-Gladys Agudelo)

Bibliografía: El Régimen Probatorio en la responsabilidad Médica – Dr. Luis Guillermo Serrano.

IMPLICACIONES LEGALES DE LA HISTORIA CLINICA

Dr. Juan de Jesús Quenza Villa
Presidente Tribunal Seccional de Ética Médica de Arauca

INTRODUCCION

El ejercicio de la medicina y de las profesiones sanitarias, tanto en la medicina institucionalizada como en la privada, está basada en la relación médico-paciente de la que se derivan derechos y deberes recíprocos. El profesional sanitario para prestar una buena y adecuada asistencia tiene que respetar los derechos del paciente o cumplir con todos sus deberes, lo cual resulta muchas veces difícil dada nuestra realidad asistencial.

Dentro del contexto médico legal y deontológico del ejercicio de las profesiones sanitarias, la historia clínica adquiere su máxima dimensión en el mundo jurídico, porque es el documento donde se refleja no sólo la práctica médica o acto médico, sino también el cumplimiento de algunos de los principales deberes del personal sanitario respecto al paciente: deber de asistencia, deber de informar, etc., convirtiéndose en la prueba documental que evalúa el nivel de la calidad asistencial en circunstancias de reclamaciones de responsabilidad a los profesionales sanitarios y/o a las instituciones públicas.

Todo lo anteriormente expuesto nos indica la gran importancia de la historia clínica desde varios puntos de vista: asistencial, ético, medicolegal. Todos los aspectos que rodean y afectan a la historia clínica no pueden ser obviados por el profesional sanitario.

La historia clínica se encuentra afectada por algunas normas jurídicas dispersas, pero no existe una norma de ámbito nacional con rango de ley que unifique y aporte las soluciones más adecuadas a todos los problemas legales que plantea, tales como: custodia, propiedad, acceso, etc.

CONCEPTO, FINALIDAD E IMPORTANCIA MEDICOLEGAL DE LA HISTORIA CLÍNICA

1.1.- Concepto

La historia clínica puede definirse desde diferentes perspectivas: desde el punto de vista gramatical, desde el aspecto jurídico, concepto médico-asistencial, o bien entendiéndose desde el área de la medicina legal, definiéndose en tal circunstancia como el documento medicolegal donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico-sanitarias realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia, desde su nacimiento hasta su muerte, y que puede ser utilizada por todos los centros sanitarios donde el paciente acuda.

1.2.- Finalidad

La historia clínica tiene como finalidad primordial recoger datos del estado de salud del paciente con el objeto de facilitar la asistencia sanitaria. El motivo que conduce al médico a iniciar la elaboración de la historia clínica y a continuarla a lo largo del tiempo, es el requerimiento de una prestación de servicios sanitarios por parte del paciente.

Puede considerarse que la historia clínica es el instrumento básico del buen ejercicio sanitario, porque sin ella es imposible que el médico pueda tener con el paso del tiempo una visión completa y global del paciente para prestar asistencia.

No obstante, aunque el objetivo primordial de dicho documento es el asistencial, no pueden ni deben obviarse otros aspectos extasistenciales de la historia clínica:

a.- Docencia e investigación: a partir de las historias clínicas pueden realizarse estudios e investigaciones sobre determinadas patologías, publicaciones científicas.

b.- Evaluación de la calidad asistencial: la historia clínica es considerada por las normas deontológicas y por las normas legales como un derecho del pa-

ciente derivado del derecho a una asistencia médica de calidad. Puesto que de trata de un fiel reflejo de la relación médico-paciente así como un registro de la actuación médico-sanitaria prestada al paciente, su estudio y valoración permite establecer el nivel de calidad asistencial prestada.

c.- Administrativa: la historia clínica es elemento fundamental para el control y gestión de los servicios médicos de las instituciones sanitarias.

d.- Médico-legal:

- Se trata de un documento público/semipúblico: estando el derecho al acceso limitado
- Puede considerarse como un acta de cuidados asistenciales
- Existe obligación legal de efectuarla por normativas vigentes: Ley General de Sanidad, Ordenación de prestaciones sanitarias, Derechos de los Usuarios, Código Deontológico Médico, Normas Internacionales.
- Elemento de prueba en los casos de responsabilidad médica profesional: tiene un extraordinario valor jurídico en los casos de responsabilidad médica profesional, al convertirse por orden judicial en la prueba material principal de todos los procesos de responsabilidad profesional médica, constituyendo un documento médicolegal fundamental y de primer orden. En tales circunstancias la historia clínica, es el elemento que permite la evaluación de la calidad asistencial tanto para la valoración de la conducta del médico como para verificar si cumplió con el deber de informar, de realizar la historia clínica de forma adecuada y eficaz para su finalidad asistencial, puesto que el incumplimiento de tales deberes también constituyen causa de responsabilidad profesional.
- Testimonio documental de ratificación/veracidad de declaraciones sobre actos clínicos y conducta profesional.
- Instrumento de dictamen pericial: elemento clave en la elaboración de informes médicolegales sobre responsabilidad médica profesional. El objeto de estudio de todo informe pericial sobre responsabilidad médica profesional es la historia clínica, a través de la cual se valoran los siguientes aspectos: enumeración de todos los documentos que la integran, reconstrucción de la historia clínica, análisis individualizado de los actos médicos realizados en el paciente, personas que intervinieron durante el proceso asistencial, etc.

El incumplimiento o la no realización de la historia clínica, puede tener las siguientes repercusiones:

- Malpraxis clínico-asistencial, por incumplimiento de la normativa legal
- Defecto de gestión de los servicios clínicos
- Riesgo de potencial responsabilidad por perjuicios al paciente, a la institución, a la administración
- Riesgo médicolegal objetivo, por carencia del elemento de prueba fundamental en reclamaciones por malpraxis médica.

CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLINICA

1.- Confidencialidad

El secreto médico es uno de los deberes principales del ejercicio médico cuyo origen de remonta a los tiempos más remotos de la historia y que hoy mantiene toda su vigencia. La obligación de secretos es uno de los temas del derecho sanitario que más preocupa dada la creciente dificultad de su mantenimiento, el secreto no es absoluto, en la práctica médica pueden surgir situaciones de conflicto entre el deber de secreto y el principio de beneficencia del médico, fuerte protección legal del derecho a la intimidad.

El secreto médico, la confidencialidad e intimidad y la historia clínica, son tres cuestiones que se implican recíprocamente y se relacionan. La historia clínica es el soporte documental biográfico de la asistencia sanitaria administrada a un paciente, por lo que es el documento más privado que existe una persona.

El problema médicolegal más importante que se plantea es el quebrantamiento de la intimidad y confidencialidad del paciente y los problemas vinculados a su acceso, favorecidos por el tratamiento informatizado de los datos.

2.- Seguridad

Debe constar la identificación del paciente así como de los facultativos y personal sanitario que intervienen a lo largo del proceso asistencial.

3.- Disponibilidad

Aunque debe preservarse la confidencialidad y la intimidad de los datos en ella reflejada, debe ser así mismo un documento disponible, facilitándose en los casos legalmente contemplados, su acceso y disponibilidad.

4.- Única

La historia clínica debe ser única para cada paciente por la importancia de cara a los beneficios que ocasiona al paciente la labor asistencial y la gestión y economía sanitaria, siendo uno de los principios reflejados en el artículo 61 de la Ley General de Sanidad.

5.- Legible

Una historia clínica mal ordenada y difícilmente inteligible perjudica a todos, a los médicos, porque dificulta su labor asistencial y a los pacientes por los errores que pueden derivarse de una inadecuada interpretación de los datos contenidos en la historia clínica.

REQUISITOS DE LA HISTORIA CLINICA

1.- Veracidad

La historia clínica, debe caracterizarse por ser un documento veraz, constituyendo un derecho del usuario. El no cumplir tal requisito puede incurrirse en un delito tipificado en el actual Código Penal como un delito de falsedad documental.

2.- Exacta

3.- Rigor técnico de los registros

Los datos en ella contenida deben ser realizados con criterios objetivos y científicos, debiendo ser respetuosa y sin afirmaciones hirientes para el propio enfermo, otros profesional o bien hacia la institución.

4.- Coetaneidad de registros

La historia clínica debe realizarse de forma simultánea y coetánea con la asistencia prestada al paciente.

5.- Completa

Debe contener datos suficientes y sintéticos sobre la patología del paciente, debiéndose reflejar en ella todas las fases médico-legales que comprenden todo acto clínico-asistencial. Así mismo, debe contener todos los documentos integrantes de la historia clínica, desde los datos administrativos, documento de consentimiento, informe de asistencia, protocolos especiales, etc.

6.- Identificación del profesional

Todo facultativo o personal sanitario que intervenga en la asistencia del paciente, debe constar su identificación, con nombre y apellidos de forma legible, rúbrica y número de colegiado.

OTROS ASPECTOS DE LA HISTORIA CLINICA

1.- Propiedad

La naturaleza jurídica de la historia clínica ha sido una cuestión tremendamente debatida, pues de su determinación derivan su eficacia jurídica, el acceso a sus datos y el poder de disposición de éstos, las garantías de la intimidad y del secreto profesional y los límites que por razones de interés público pueden oponerse a su estricta observancia.

En la historia clínica confluyen derechos e intereses jurídicamente protegidos, del médico, del paciente, de la institución sanitaria e incluso públicos.

Las doctrinas sobre la propiedad de la historia clínica son muy variadas:

- Propiedad del médico
- Propiedad del paciente
- Propiedad de la institución
- Teorías integradoras

2.- Custodia

3.- Acceso

4.- Almacenamiento y conservación

HISTORIA CLINICA INFORMATIZADA

La historia clínica es el elemento central de la creación de redes de informática o de telecomunicación médica por las grandes ventajas que proporciona la incorporación de los datos de las historias a los sistemas informáticos en todas las facetas de la medicina ya que facilita, la investigación, la docencia, la asistencia médica, la labor de enfermería, la gestión administrativa y económica.

Sin embargo, la informatización de los historiales tiene como inconveniente principal el poner en peligro algunos de los derechos fundamentales del paciente, como son el derecho a la intimidad y confidencialidad del enfermo.

Otro inconveniente sería la pérdida brusca, total o parcial de los datos.

Para evitar tales inconvenientes sería necesario:

- Derecho a la información de que la confidencia hecha al médico y sus hallazgos y deducciones van a ser informatizados
- Derecho a la libertad para decidir mediante consentimiento si sus datos son informatizados o no
- Derecho a la intimidad
- Concienciación del personal que manipula la información
- Acceso restringido
- Cumplimiento de la LOPD y su posterior desarrollo y modificación contenidos en el RD 994/1999 de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. Debido a la importancia de la historia clínica en materia de responsabilidad médica, el Departamento Penal de la SCARE previene sobre los principales aspectos que se deben tener en cuenta en torno al delito de falsedad en la historia clínica, buscando con ello aclarar las principales dudas que comúnmente se suscitan sobre el particular.

Naturaleza jurídica de la historia clínica.

Sea entonces lo primero mencionar que, de conformidad con el artículo 34 de la ley 23 de 1981, por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica,

la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, estableciéndose con absoluta claridad en este artículo que la historia clínica es un documento privado y que está sometido a reserva. En esta definición encontramos el punto de partida de nuestro análisis, que será precisamente el relativo a la definición de la naturaleza del documento que es la historia clínica.

Así las cosas, encontramos que para algunas personas la historia clínica puede comportar una dualidad jurídica en su naturaleza, ser considerada en algunas ocasiones un documento privado y en otras uno público, contradicción que radicalmente rechazamos por resultar sin lugar a dudas ilógica, además, de las consecuencias jurídicas que se derivan de tal dicotomía.

Resulta entonces inverosímil que se pueda concebir que un mismo documento como la historia clínica pueda llegar a tener doble naturaleza jurídica. Para desvirtuar esta posición, es importante plantear a continuación un caso sobre el particular: en un momento dado, al ser atendido un paciente por un profesional de la salud en una Clínica particular, donde la historia clínica que se le realice es sin lugar a dudas un documento privado, y no obstante, posteriormente, el paciente deba ser remitido a una institución hospitalaria de mayor nivel por requerirse un tratamiento especializado, para este caso en una entidad pública, donde quien atiende ahora al paciente tiene la calidad de servidor público. Esto nos obligaría a preguntarnos si con dicho traslado del paciente la historia clínica puede sufrir misteriosamente un cambio en su naturaleza y, para el caso que nos ocupa, en adelante considerarse como documento público, ante lo que debemos responder en voz alta que dicha transformación de la naturaleza jurídica del documento es desde todo punto de vista inaceptable, pues independientemente de donde sea atendido el paciente siempre será un documento privado, en atención a lo dispuesto en la legislación vigente sobre la materia.

De esta manera, consideramos que en forma errada interpretan quienes consideran que la historia clínica puede ser considerada como un documento público, en los eventos en que ésta es diligenciada por profesionales de la salud en ejercicio de sus funciones como servidores públicos, al encontrarse vinculados a instituciones hospitalarias públicas, y al reposar dichos documentos en los archivos de entidades prestadoras del servicio de salud del nivel central.

Esta tesis en principio podría ser viable jurídicamente si trajéramos a colación la definición que sobre documento público establece el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, donde se consagra que el documento público es el otorgado por

funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención y que documento privado, por descarte, es el que no reúne los requisitos para ser documento público; sin embargo, cumpliendo la mencionada tesis aparentemente con estos requisitos, debemos realmente entender que ésta es la definición general que hace el ordenamiento jurídico para diferenciar los documentos públicos de los privados, teniendo claro está, plena y preferente aplicabilidad las definiciones legislativas específicas que se realicen sobre una determinada clase de documento, como lo es la historia clínica, siempre y cuando temporalmente la definición específica sea posterior a la consagrada en forma general en el Código de Procedimiento Civil.

Veamos: el Código de Procedimiento Civil además de traer una disposición de carácter general en este tema, su consagración se efectuó en el año de 1970, en tanto que la Ley 23 es de 1981, 11 años después, representa una normatividad específica, en la que expresamente se establece que la historia clínica es un documento privado, por lo que los funcionarios judiciales cuando se encuentren investigando presuntas falsedades en historias clínicas no pueden encuadrar tales hechos, en terrenos de lo jurídico, al delito de falsedad en documento público, sino necesariamente al de falsedad en documento privado.

Definición del delito de falsedad en la historia clínica

Valga decir que los límites punitivos consagrados para el delito de falsedad en documento público van desde un mínimo de 4 años hasta un máximo de 8 años de prisión y existe la posibilidad procesal de imponer medida de aseguramiento de restricción de la libertad en el entretanto del trascurso del proceso, a diferencia del delito de falsedad en documento privado, cuyos límites punitivos van de 1 a 6 años y no es procedente medida restrictiva de la libertad mientras transcurre el proceso, además de tener plena aplicabilidad el subrogado penal en caso de existir sentencia condenatoria, lo que en otras palabras quiere decir que no existiría cumplimiento en centro carcelario de la pena de prisión.

La Historia Clínica, es pues, a todas luces, un documento de naturaleza privada, y sus alteraciones y falsificaciones son objeto de protección por parte del derecho penal, específicamente con la tipificación de esta conducta como falsedad en documento privado, conducta punible consagrada en el artículo 289 del Código Penal, en el que se establece que: “El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá si lo usa, en prisión de uno a seis años”. En este tipo penal se sancionan dos actos, (falsificar y usar) siendo el primero de ellos el falsificar, lo cual implica una actividad física de contenido material, bien sea para modificar un documento pre existente o para crear uno completamente³ diferente al original. Pues

bien, la expresión “falsificar” tiene el significado preciso de “adulterar, contrahacer” y la “falsificación” es acción y efecto de falsificar, de donde se tiene que en esencia se trata de una actuación material del hombre sobre el objeto⁴ documental o una manipulación material mediante creación total por fabricación del objeto, diferente al originalmente creado.

La Historia Clínica por disposición legal, “debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.”⁵ Así tenemos entonces, que la falsificación sobre este documento privado sujeto a reserva puede consistir, siempre y cuando resulte intencional, al no ser procedente la modalidad culposa, lo cual implica que no existe falsificación de documentos por error ni por ignorancia, en adulterar dolosamente su contenido inicial a través de tachaduras, enmendaduras y en general modificaciones al contenido inicialmente plasmado en éste. Debe hacerse claridad sobre el particular y para ello es importante mencionar que estas alteraciones o supresiones deben ser representativas y significativas para la historia clínica como tal, es decir, deben incidir realmente en el significado probatorio del documento, de manera tal que con ellas se cambie el sentido de los registros realizados por el equipo médico en la historia clínica, de lo contrario dichas falsedades resultan inocuas y por lo mismo no se lesionaría con ello el bien jurídico tutelado, que en este caso es la fe pública.

La conducta punible que se sanciona puede recaer igualmente en la alteración que el autor realiza en el documento, irrespetando la secuencia histórica y el orden cronológico que debe reportar la historia clínica, como sucede en el caso en el que el profesional de la salud altere posteriormente el documento con anotaciones que originalmente no tenía el registro de la historia clínica, vulnerando de esta forma una de las funciones de los documentos en la vida social, que es la de brindar garantía en el tráfico general respecto de un autor y un contenido cierto y conocido.

Así, para evitar inconvenientes, para las anotaciones que requiera realizar el profesional de la salud con posterioridad al momento de la atención, respetando el orden cronológico de la historia clínica, debe dejar constancia de ello consignando en la historia la razón de la anotación.

El uso como requisito para la configuración del delito de falsedad.

El segundo acto requerido para la consumación del delito de falsedad en documento privado es el uso, en nuestro caso, de la historia clínica, y cuando hablamos del momento consumativo de un delito, estamos hablando de aquel momento en el cual la

acción realizada por el sujeto agente de la conducta punible ha recorrido todos los elementos que integran el tipo penal, que su comportamiento ha reunido todos los elementos exigidos por la norma.

En el caso que nos ocupa, el tipo penal de falsedad en documento privado exige para su configuración además de la falsificación y el hecho de que el documento pueda servir de prueba, condición esta última que la historia clínica cumple sin lugar a dudas en forma objetiva, que este documento sea usado, ya que de lo contrario este comportamiento no tendrá relevancia desde el punto de vista penal, lo que significa que una persona aun habiendo alterado un documento privado, si no lo usa, tal actividad de alterar el documento no tiene relevancia ni consecuencia penal y resultaría inocuo.

Así las cosas, es indispensable establecer el significado del uso en el delito de falsedad en documento privado, ya que esto resulta fundamental para concluir si efectivamente se cometió la conducta punible, siendo igualmente trascendente este tópico en relación con la iniciación de los términos de prescripción de la acción penal.

El uso del documento privado como elemento constitutivo de la falsedad tiene relación directa con la introducción en el tráfico jurídico del documento, es decir, la posibilidad de acceso del respectivo documento a las personas; debiéndose decir que, claramente en nuestro caso sólo se podría considerar que se ha consumado la falsedad en documento privado al momento de establecer que la historia clínica fue colocada a disposición de otras personas diferentes al autor o autores de la alteración o modificación del documento, para que éstas tuvieran o pudieran tener acceso a la misma.

Este tema, que en principio parece claro, a la hora de abordar las particularidades de la falsedad en la historia clínica no lo es tanto. Lo preocupante es que este tema en algunos casos no es muy cristalino para los sujetos procesales y para los operadores de la justicia, quienes permanentemente confunden en forma peligrosa el momento en que se configura la falsedad en la historia clínica, encontrando casos en los cuales se ha dicho sobre su uso, obviamente en forma errada, que la falsedad de la historia clínica se consuma cuando el médico, el paciente, sus familiares o apoderados aportan dicho documento como prueba en el proceso penal o peor aún, cuando es obtenida en el proceso mediante inspección judicial por el funcionario instructor.

Estas graves diferencias conceptuales, desfavorables en todo sentido para quien está siendo investigado por este delito contra la fe pública, se observan comúnmente en

la práctica y obedecen al evidente desconocimiento del significado del uso dentro del tipo penal de falsedad y del manejo de la historia clínica como documento regulado normativamente en forma específica.

El uso al que se refiere la norma no tiene nada que ver entonces con la aparición del documento dentro del proceso penal, ni se refiere al uso dado por otros sujetos distintos al sujeto agente, realmente el uso es la aparición o colocación del documento respectivo dentro del tráfico jurídico en general, que es el momento en que el documento sale de la esfera de protección del autor, para entrar en contacto con otras personas diferentes a éste.

Debemos de esta forma analizar este tema necesariamente a la luz de la regulación específica de la historia clínica, debiéndose tener así en cuenta, como lo mencionamos al inicio de este estudio, que la historia clínica es un documento reservado, con acceso restringido a un determinado número de personas, entre ellas el paciente, sus familiares, el cuerpo médico y los funcionarios judiciales, encontrándose la custodia de este documento privado sujeto a reserva a cargo de la institución prestadora del servicio de salud.

Siendo así las cosas, para saber cuándo se presenta el uso del documento de la historia clínica, debemos establecer el momento en el cual se introduce la misma en el tráfico jurídico, es decir, desde qué momento otra u otras de las personas que legalmente pueden tener acceso a este documento tienen esta posibilidad, al encontrarse la historia clínica disponible para ello.

Debe resaltarse que el profesional de la salud tiene la obligación de realizar el documento, suscribirlo y entregarlo a la institución hospitalaria, quien tiene el deber legal de velar por su guarda y custodia, debiendo permitir, de conformidad con la reserva legal, el acceso a éste documento, teniendo igualmente el deber legal de otorgar copia de la historia clínica tan pronto sea solicitada por una de las personas con acceso a ella; es decir, a partir de la suscripción del documento se pierde para el profesional de la salud el ámbito de protección de la historia y por lo mismo en ese momento se concreta el uso del documento y de esta forma se consuma el presunto delito.

Veamos de esta forma a continuación la importancia del momento consumativo del delito de falsedad de la historia clínica frente a la figura procesal de la prescripción de este hecho punible y por lo mismo el momento específico en el que inicia a correr el término de extinción de la acción penal.

Teniéndose así absolutamente claro que debemos partir de la base de que la historia clínica sale de la esfera de la protección del profesional de la salud en el momento

en que se suscribe por su parte este registro de las condiciones de salud del paciente, precisamente cuando se introduce el documento en el tráfico jurídico y por lo mismo se concreta el uso de este documento privado sujeto a reserva, entendiéndose que la prescripción de la acción inicia con la consumación del delito en estudio, podemos concluir que a partir del momento en que el profesional de la salud suscribe el documento presuntamente alterado es cuando inicia a correr el término de extinción de la acción penal por medio de esta figura jurídico procesal.

Implicaciones legales de destruir, ocultar o suprimir la historia clínica.

Finalmente nos ocuparemos del hecho punible de falsedad en la historia clínica cuando la tipificación de este delito se presenta por destrucción, supresión u ocultamiento de este documento, y para ello resulta importante mencionar que, de conformidad con la Resolución 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Protección Social, mediante la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, todos los prestadores de servicios de salud deben tener un archivo único de historias clínicas.

Igualmente, la resolución en mención establece que los prestadores de servicios de salud deben conservar la historia clínica en el correspondiente archivo de acuerdo a los tiempos de retención establecidos para tal fin, los que inicialmente fueron estipulados en mínimo 20 años a partir de la fecha de la última atención; no obstante, la Resolución 1715 de 2005 expedida por el Ministerio de la Protección Social, disminuyó el periodo de conservación de la historia clínica a un periodo mínimo de 10 años a partir de la última atención.

Por lo anterior, resulta entonces trascendental determinar cuáles podrían ser las consecuencias de la violación del mandato anteriormente comentado, es decir, desde el punto de vista del derecho penal qué delitos podrían configurarse en el evento en el que la historia clínica no sea conservada durante los 10 años posteriores a la última atención del paciente, tal y como lo ordena la Resolución 1715 de 2005.

Al remitirnos de esta forma al Código Penal, nos encontramos con el artículo 293 que consagra el delito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, en el cual puede tipificarse la conducta consistente en no conservar intencionalmente la historia clínica durante el tiempo ordenado por la ley, procediendo a su destrucción antes de lo debido.

De esta forma, si cualquier funcionario de una entidad prestadora de servicios de salud, destruyera intencionalmente una historia clínica, desatendiendo la Resolución 1715 de 2005, en lo relacionado con el tiempo de conservación, podría llegar a ser investigado por el delito de Falsedad en la modalidad de destrucción, supresión u

ocultamiento de documento privado.

Por último, nos ocuparemos en este estudio de los problemas presentados comúnmente por algunas instituciones de salud, al no permitir el acceso directo a la información contenida en la historia clínica, argumentando que ésta es restringida, que está bajo custodia o simplemente impidiendo el acceso al profesional interesado por no ser ya funcionario de la entidad. Por tal motivo, el Departamento Penal de la SCARE, se ha puesto en la tarea de solicitar conceptos de las entidades estatales encargadas de reglamentar el manejo, control y custodia de las historias clínicas en Colombia y nos encontramos a la espera de las respuestas.

Es innegable la importancia probatoria que tiene la Historia Clínica en un proceso penal y al entrar en vigencia el Sistema Acusatorio en nuestro país, adquiere una vital relevancia el que se permita el acceso integral a la historia clínica, permitiendo incluso obtener copia íntegra a los profesionales que atendieron al paciente, con la finalidad de ejercer esos derechos incorporados en los artículos 267 y siguientes de la Ley 906 de 2.004, normas procesales que permiten a la persona ejercer su derecho a la defensa desde el mismo momento en que se entera que en su contra existe una investigación penal; sin embargo muchos de los profesionales de la salud que han tenido que vivir esta experiencia han encontrado una barrera en las entidades prestadoras de los servicios de salud, IPS públicas o privadas, quienes de manera ilógica restringen el acceso o impiden la obtención de copia íntegra de dicha información por desconocimiento legal de las normas procesales penales, que facultan el ejercer una investigación paralela a la que realiza la Fiscalía, para recolectar elementos materiales probatorios idóneos y necesarios para desvirtuar las pruebas recopiladas por el ente instructor.

Por las situaciones descritas anteriormente, el Departamento Penal ha presentado derecho constitucional de petición para que el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud emitan concepto relacionado con el acceso y obtención de copia íntegra de la historia clínica por parte de los profesionales integrantes del equipo médico asistencial que se encuentran investigados por hechos relacionados con la atención de un paciente, para así poner fin a la actitud de las entidades de no permitir que la información allí contenida pueda ser utilizada por parte de los profesionales de la salud para ejercer su derecho legítimo a la defensa, debido proceso y contradicción frente a las acciones penales que se adelantan en su contra.

Teniendo entonces los profesionales de la salud la posibilidad de obtener copia de la historia clínica que en un momento dado suscribieron, sin lugar a dudas facilita la realización de su defensa en los delitos normalmente investigados en la responsabi-

lidad médica, como lo son las lesiones personales culposas, el homicidio culposo y, excepcionalmente la falsedad en documento.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 24, de la Ley 1437 del 2011, Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
3. Los amparados por el secreto profesional.
4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en 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.

PERITAZGO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA

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

El legislador ha establecido que los magistrados tanto del Tribunal Nacional de Ética Médica, como de los tribunales seccionales, sean médicos de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.

Para lograrlo, ha consignado en la Ley 23 de 1981 que los Magistrados del Tribunal Nacional deben ser escogidos por el Ministerio de Salud, de una lista de diez candidatos propuestos por cada una de las siguientes entidades así: cuatro (4) por La Federación Médica Colombiana, tres (3) por La Academia Nacional de Medicina y tres (3) por Las Facultades de Medicina, a través de ASCOFAME, como garantes de que los candidatos cumplan con estos propósitos.

En todo caso deben haber ejercido la medicina por espacio no inferior a quince años o haber desempeñado la cátedra universitaria en facultades de medicina legalmente reconocidas por el Estado, por lo menos durante cinco años.

A su vez los miembros de los Tribunales seccionales serán escogidos por el tribunal Nacional, de listas presentadas por los colegios médicos correspondientes y deben haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años, o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en facultades de medicina legalmente reconocidas por el Estado.

Los miembros de los Tribunales Ético-Profesionales Nacional y Seccionales deberán pertenecer, si fuere posible a diferentes especialidades médicas.

Es muy claro entonces que lo que se pretende en este proceso es que además de las calidades morales, éticas y humanas, los magistrados tengan la idoneidad profesional suficiente y el conocimiento de la Lex Artis, o Ley del Arte, entendida como la regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate, y que ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.(1) y como:El

estándar de tratamiento, en el momento en que se juzgue el acto médico, tal como lo hubiera hecho un médico razonable en similares circunstancias

La Lex Artis, en su esencia es cambiante, precisamente por la propia naturaleza evolutiva de la medicina, y por lo tanto los profesionales deben renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios diagnósticos a su alcance, en beneficio de su paciente,

Es entonces deseable, pero en la práctica imposible, que los tribunales estén integrados por especialistas de las diferentes áreas del saber médico, y que cada tribunal conforme, con sus magistrados, un cuerpo de conocimientos suficiente para abarcar todos los campos de la medicina. Se hace entonces necesario que para casos específicos, para dirimir diferencias de opinión, muy frecuentes en la práctica médica, para, conceptuar sobre procedimientos o tratamientos altamente especializados o muy novedosos, pueda, y deba, el Juez apoyarse en la opinión de personas expertas, altamente calificadas y versadas, en la materia, es decir de Peritos.

Dado que está en trámite en el Congreso el proyecto de reforma de la ley 23 de 1981, es necesario referirnos a cómo quedaría la composición de los tribunales, y cuáles serían los requisitos para ser magistrados. En donde no se menciona en ninguna parte la necesidad de que los magistrados sean especialistas

ARTÍCULO 50. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco (5) médicos elegidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, o quien haga sus veces, con el carácter de magistrados, de una lista de diez (10) candidatos, de los cuales serán propuestos dos (2) por cada una de las siguientes instituciones: Academia Nacional de Medicina, Colegio Médico Colombiano, Federación Médica Colombiana, Ascofame y Asociación Colombiana de Sociedades Científicas.

- a) Ser ciudadano colombiano
- b) Haber ejercido la medicina legalmente por espacio no inferior a quince (15) años
- c) Haberse distinguido en el ejercicio de su profesión
- d) No haber sido condenado ni sancionado previamente por hechos derivados del ejercicio de la medicina en los cinco (5) años anteriores a su elección.

Para ser magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:

- a) Ser ciudadano colombiano
- b) Haber ejercido legalmente la medicina por espacio no inferior a diez años
- c) Haberse distinguido en el ejercicio de su profesión
- d) No haber sido condenado ni sancionado previamente por hechos derivados del ejercicio de la medicina en los cinco (5) años anteriores a su elección

Preocupa que no se mencione en ningún artículo del proyecto de reforma de la ley 23 de 1981, la necesidad de que los magistrados sean especialistas, como si lo hace la ley vigente, podrían ser médicos generales, lo que necesariamente, redundaría en una mayor necesidad de peritajes en los procesos Ético médicos

Por otra parte en el mismo proyecto de reforma de la ley 23 artículo 61. Se señala que cada tribunal será asesorado jurídicamente por un abogado titulado, designado por el respectivo Tribunal, quien desempeñará las funciones señaladas en el reglamento del mismo. Esto sumado a que cada vez más se presentan candidatos para ocupar la magistratura, que además de médicos, también son Abogados, favorece el cumplimiento de las normas y las condiciones para un debido proceso

PERITAZGOS MEDICOS

La palabra ‘perito’, del latín peritus, significa: experto o entendido en algo, docto, práctico, experimentado. En forma general y desde el punto de vista jurídico se considera como la persona que debido a poseer determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos o simplemente prácticos es requerida para dictaminar sobre hechos cuya apreciación no puede ser llevada por cualquiera. Informar mediante dictamen implica que dicho informe se realiza bajo juramento del juzgador, sobre puntos litigiosos relacionados con su especial saber y experiencia. (2)

La peritación nace entonces de la necesidad de investigar un hecho en su existencia, estructura y calidades; busca la verdad científica, técnica o artística de una especialidad determinada por medio de una metodología, una estrategia y un marco legal para tal efecto.

Se diferencia del testimonio en que este último es el relato que un tercero hace a un juez sobre el conocimiento que tiene sobre un hecho en particular, es la percepción individual que se tiene de un hecho, se basa en situaciones concretas, mientras que

el peritazgo, no requiere haber presenciado el hecho, es una opinión con base científica, y emite juicios de valor.

El peritazgo médico es un medio revestido de la forma probatoria legal, que da respuesta a la duda científica requerida, y cuyo pronunciamiento genera inevitable y necesariamente consecuencias jurídicas. (3)

Algunos de sus principios son: la objetividad: la determinación y evaluación de los hechos se basa y fundamenta en hechos concretos, nunca en supuestos, contenidas aquí algunas características de sentido común y reflexión en ello, imparcialidad y veracidad. La metodología: el empleo de técnicas interrelacionadas en la búsqueda de un resultado con varias fases, de las cuales se distinguen: la analítica que en primer lugar acumula todos los elementos básicos en el hecho que se investiga; la de interpretación con varios mecanismos referidos por la inducción, deducción y analogía; la discusión y síntesis con relación lógica y científica de todas las circunstancias de producción para una conclusión valedera y veraz.

El saber: depende del conocimiento médico que se posea, de la experiencia en relación al ser perito, la jerarquización de los elementos que se evalúan y los conocimientos jurídicos que se involucran.

Algunas veces, las pericias en el campo médico no son resueltas por un solo perito médico, sino que se requiere de un equipo multidisciplinario, en lo que se pudo llamar en alguna oportunidad las pericias colectivas o colegiadas. La evacuación del caso estará en manos de grupos de expertos o científicos, encargados de hacer la evaluación esencial, en relación a la norma de atención o Lex artis. La evacuación del caso estará en manos de grupos de expertos o científicos, encargados de hacer la evaluación esencial, en relación a la norma de atención o Lex artis. (Providencia 06-2012 Gaceta jurisprudencial octubre 2012 Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora) El resultado de un peritazgo es controvertible, debatible y su fundamento y argumentación pueden ser discutidos al ser presentado ante los estrados. (3)

En nuestro país, en nuestra justicia y en materia probatoria cuando los actos médicos tienen carácter pericial, significan que deben ser emitidos cumpliendo los delineamientos que le son generales y aplicables a todas las 'pruebas' y que están contempladas en el Código de Procedimiento Penal Colombiano: Título V (Pruebas) y sus respectivos capítulos: Capítulo I (Principios Generales); Capítulo II (Inspección); Capítulo III (La prueba pericial); Capítulo IV (Testimonio); Capítulo V (Confesión).

Habitualmente el requerimiento de la acción médica en calidad de perito se fundamenta en diferentes tipos de procesos, principalmente:

- 1) Procesos penales. Son los más comunes y hacen parte de la mayoría de las investigaciones judiciales incluidas las siguientes: lesiones personales, investigación de la muerte, causa, manera y demás circunstancias de interés judicial en muertes violentas, en muertes naturales, tanatodiagnóstico, diagnóstico de embriaguez alcohólica o por psicofármacos, exámenes sexológicos (en delitos contra la libertad y pudor sexuales), conceptos sobre edad, estados de salud (valoración médica de personas detenidas para efectos de suspenderles la detención preventiva o aplazarles la ejecución de la pena), conceptos psiquiátricos o psicológicos para casos de inimputabilidad, casos en los que se requiere el auxilio pericial en hospitalizaciones psiquiátricas involuntarias.
- 2) Procesos civiles. Buscan del médico absolver cuestionamientos relacionados con la filiación, la capacidad legal, vida-muerte civiles etc.
- 3) Procesos penales, administrativos y civiles: Los anteriormente anotados en algunos aspectos y principalmente todos aquellos que tienen que ver con el mismo ejercicio profesional, como lo es la ‘responsabilidad médica’.
- 4) Procesos laborales. Peritaciones médicas ocupacionales, de medicina del trabajo, enfermedades profesionales, etc.
- 5) Procesos de salud pública. Relacionados y con el objeto de resolver entre otros asuntos de contaminación del medio ambiente, epidemias, intoxicaciones masivas, etc.
- 6) Procesos de investigación y docencia para el mejoramiento, establecimiento y difusión del complejo y amplio conocimiento médico que se debe tener y lenguaje jurídico que se debe manejar.

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser so-

metido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave.

Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. (4) De un lado "... llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión." Por otro lado, el dictamen también opera como "concepto de pericia de constatación de hechos", o lo que es lo mismo "... constataciones objetivas, que pueden ser independientes la persona del inculpado." A idéntica conclusión arriba la jurisprudencia constitucional. ". (Sentencia C124/11 de la Corte Constitucional))

Sobre el particular, en la sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se pone de presente cómo el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como "...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.". De otro, la experticia también es comprendida como "...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso".

PODRÁN SER PERITOS:

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.
2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título.

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito. . (Artículo 408 ley 906 de 2004)

Quiénes no pueden ser nombrados. No pueden ser nombrados, en ningún caso:

1. Los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales.

2. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión.
3. Los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados. (Artículo 409 ley 906 de 2004)

PRUEBA PERICIAL:

Procedencia. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio (Artículo 405 ley 906 de 2004). La prueba pericial puede ser solicitada de oficio o a petición de las partes. Los exámenes muy especializados los solicita el funcionario a medicina legal, como en caso de dictámenes psiquiátricos.

Prestación del servicio de peritos. El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate. Las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso. El informe será firmado por quienes hubieren intervenido en la parte que les corresponda. Todos los peritos deberán rendir su dictamen bajo la gravedad del juramento. (Artículo 406 ley 906 de 2004)

A continuación sea transcriben los principales artículos de la PARTE III. De la ley 906 de 2004 que trata de la: PRUEBA PERICIAL.

Artículo 407

. *Número de peritos.* A menos que se trate de prueba impertinente, irrelevante o superflua, el juez no podrá limitar el número de peritos que sean llamados a declarar en la audiencia pública por las partes.

Artículo 410

. *Obligatoriedad del cargo de perito.* El nombramiento de perito, tratándose de servidor público, es de forzosa aceptación y ejercicio. Para el particular solo lo será ante falta absoluta de aquellos.

El nombrado sólo podrá excusarse por enfermedad que lo imposibilite para ejercerlo, por carencia de medios adecuados para cumplir el encargo, o por grave perjuicio a sus intereses.

El perito que injustificadamente, se negare a cumplir con su deber será sancionado con multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente en moneda legal colombiana.

Artículo 411

. *Impedimentos y recusaciones.* Respecto de los peritos serán aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para el juez. El perito cuyo impedimento o recusación haya sido aceptada, será excluido por el juez, en la audiencia preparatoria o, excepcionalmente, en la audiencia del juicio oral y público.

Artículo 412

. *Comparecencia de los peritos a la audiencia.* Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y con-trainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia.

Artículo 413

. *Presentación de informes.* Las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito.

Artículo 414

. *Admisibilidad del informe y citación del perito.* Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben, para que concurran a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y con-trainterrogados.

Artículo 415

. *Base de la opinión pericial.* Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubri-

miento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

Artículo 416

. **Acceso a los elementos materiales.** Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos materiales probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

Artículo 417

. *Instrucciones para interrogar al perito.* El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:

1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.
2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.
3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.
4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.
5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.
6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.
7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaren también en el mismo juicio, y
8. Sobre temas similares a los anteriores.

El perito responderá de forma clara y precisa las preguntas que le formulen las partes.

El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta.

Artículo 418

. *Instrucciones para conainterrogar al perito.* El conainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones:

1. La finalidad del conainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.
2. En el conainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Artículo 419

. *Perito impedido para concurrir.* Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio vídeo u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo.

Artículo 420

. *Apreciación de la prueba pericial.* Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

Artículo 421

. *Limitación a las opiniones del perito sobre insanidad mental.* Las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado. En consecuencia, no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable.

Artículo 422

. *Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel.* Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el jui-

cio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.
2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.
3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.
4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Artículo 423

. *Presentación de la evidencia demostrativa.* Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar

COMPETENCIA DE LA ACTIVIDAD PERICIAL MÉDICA

La reglamentación de las normas técnicas que deben cumplir las personas y entidades que en determinado momento realizan funciones periciales están reguladas por el actual Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

La creación de un sistema único de medicina legal con organización y control del Instituto Nacional de Medicina Legal está enmarcado dentro del decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991, que también le dio vida a la Fiscalía General de la Nación.

Reza en su artículo 159: A partir de la fecha habrá un sistema único de medicina legal y ciencias forenses en todo el territorio nacional, el cual será organizado y controlado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Artículo 161. En desarrollo de su misión el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tendrá las siguientes funciones:

- 1- Organizar y dirigir el sistema único de medicina legal y controlar su funcionamiento.
- 2- Prestar en forma oportuna los servicios médico-legales y de ciencias forenses que sean solicitados por fiscales, jueces, policía judicial y demás autoridades competentes en todo el territorio nacional.

- 3- Desarrollar funciones asistenciales, científicas, extrapericiales y sociales en el área de la medicina legal y las ciencias forenses.
- 4- Prestar asesoría y absolver consultas sobre medicina legal y ciencias forenses a las Unidades de Fiscalía, tribunales y demás autoridades competentes.
- 5- Definir las normas técnicas que deben cumplir los distintos organismos y personas que realicen funciones periciales asociados con medicina legal ciencias forenses y ejercer control sobre su desarrollo y cumplimiento.
- 6- Servir como órgano de verificación y control de las pruebas periciales y exámenes forenses practicados por los cuerpos de policía judicial del estado.
- 7- Servir como centro científico de referencia Nacional en asuntos relacionados con medicina legal y ciencias forenses.
- 8- Coordinar y adelantar con el Ministerio de Educación, el ICFES, la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y demás entidades del sector educativo, la promoción, programación y ejecución de investigaciones científicas, programas de posgrado y eventos educativos en el área de la medicina legal y ciencias forenses.
- 9- Divulgar los resultados de las investigaciones, avances científicos, desarrollo de las prácticas forenses y demás información considerada de interés para la comunidad en general.
- 10- Delegar y contratar en personas naturales o jurídicas la realización de algunas actividades periciales y controlar su ejecución.

Como quiera que en todo el territorio nacional la cobertura que el Instituto no puede ser total, es válida la normatividad que en relación a ‘peritos’ del sistema alerno de medicina legal existe, en cabeza de los médicos en el ejercicio del servicio social obligatorio o en médicos oficiales del sector salud, basados en el Decreto 2455 del 31 de julio de 1986.

De otra parte existe la posibilidad de acuerdo a lo referido en el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal de hacer posesión a peritos no oficiales, basada su escogencia en la experiencia para rendir dictámenes.

De igual forma el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal hace referencia a los asesores especializados que podrán nombrarse por el juzgador, de entidades oficiales o privadas cuando lo requieran en la investigación de hechos que por su naturaleza requieran de su concurso.

El marco jurídico que sustenta y permite la participación de expertos no oficiales, para el caso médico como lo hemos expresado en los párrafos precedentes se debe basar en una valuación previa de la idoneidad, solvencia, en el conocimiento médico, experiencia y desenvolvimiento jurídico para la expedición del Dictamen.(5)

LA PRUEBA PERICIAL

PUNTOS BASICOS DE UN DICTAMEN PERICIAL

El perito debe hacer una observación, describir lo que encuentra, realizar un estudio comparativo cotejado y sacar una conclusión. (Observación, Descripción, Comparación, Conclusión)

En el desempeño de sus funciones, el perito debe examinar los elementos materia de prueba, dentro del contexto de cada caso. Para ello el funcionario judicial y el investigador aportarán la información necesaria y oportuna. Cuando se trate de dictámenes médicos, los Centros de Atención en Salud deben cumplir también este requerimiento. El perito deberá recolectar, asegurar, registrar y documentar la evidencia que resulte, derivada de su actuación y dar informe de ello al funcionario judicial. El dictamen debe ser claro y preciso y en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones. Cuando se designen varios peritos, conjuntamente practicarán las diligencias y harán los estudios o investigaciones pertinentes para emitir el dictamen. Cuando hubiere discrepancia, cada uno rendirá su dictamen por separado. En todos los casos, a los peritos se les advertirá sobre la prohibición absoluta de emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal. (Art. 421. Código de procedimiento penal)

El Dictamen pericial tiene que ser: CLARO, PRECISO, DETALLADO, ADECUADAMENTE FUNDAMENTADO y EXPLICAR LAS TECNICAS UTILIZADAS.

No puede emitir JUICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL. No puede mencionar tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, responsabilidad y penalidad

Debe ser suscrito por el perito o los peritos que participaron en la prueba. Y si hay discrepancia, los peritazgos se rinden por separado

LOS CUESTIONARIOS DEBEN SER PERTINENTES Y CONDUCTENTES (ayudar a esclarecer el hecho punible). Se debe preguntar de manera clara, precisa

y concisa, dejando de lado la ambigüedad. El perito no puede divagar sobre el caso y no deben proponerse las respuestas. Además deben ser bien fundamentadas y con lenguaje científico y técnico desde el punto de vista forense

QUE HACE EL FUNCIONARIO JUDICIAL CON EL DICTAMEN

- 1- Lee el dictamen
- 2- Lo analiza en conjunto
- 3- Lo evalúa como correcto o no
- 4- Si no está de acuerdo puede enviarlo a Medicina Legal.
- 5- Puede devolverlo al perito para que haga otro dictamen. Sin embargo, esto no se da con frecuencia.
- 6- Si lo acepta, el funcionario o los sujetos procesales pueden pedir aclaración, ampliación o adición por tres días de traslado. Pero no se puede decir simplemente que lo aclare, o lo adicione. Por lo tanto el funcionario debe solicitar la causa por la cual se aclara, amplía o adiciona. En este último caso, por ejemplo, cuando se solicita una evaluación y adicionalmente otra, y el perito solo cumple con una de ellas
- 7- Etapa de objeción de la prueba pericial. La única es el error (grave en civil. Simple en penal).
- 8- Si se acepta la objeción, debe probarse que el dictamen tiene un error, pero basándose en otro perito. Y ese dictamen que se hizo para la objeción, esta práctica no tiene recursos.

INSTITUCIONES QUE HACEN DICTAMENES PERICIALES

Todas las del Estado que tengan el personal capacitado: Medicina Legal, DAS, Universidades públicas, organismos públicos.

LA NECROPSIA COMO PERITAZGO MÉDICO

El marco jurídico que sustenta y permite la participación de expertos, para el caso médico como lo hemos expresado en los párrafos precedentes se debe basar en una valuación previa de la idoneidad, solvencia, en el conocimiento médico, experiencia y desenvolvimiento jurídico para la expedición del Dictamen.

Resulta de mucha importancia tener en cuenta por parte del médico que realiza la necropsia, que los deberes hacia los familiares del occiso y la sociedad lo obligan no sólo a aceptar el cargo, sino a ser objetivo; deben comprender que esos familiares y la sociedad tienen sus derechos, y que en situaciones de presumible error a causa del ejercicio inapropiado de la actividad médico-legal, los damnificados pueden hacer valer estos derechos ante los tribunales de justicia.

Es procedente realizar la autopsia en el mismo centro asistencial en el que falleció el paciente y por los médicos que pertenecen a dicha institución (autopsias clínicas). En estos casos, Medicina Legal, si interviene posteriormente, se basará en ella.

En instituciones de salud la importancia y la práctica de las autopsias clínicas se ha relegado, desconociéndose su valor como procedimiento descriptivo que busca evidencias físicas o pruebas físicas relacionadas con las circunstancias que rodearon la muerte y cuyos reales y puros fines no pueden ser más que científicos y jurídicos. El artículo 15 del citado Decreto 0786 de 1990 fija como objetivos de esta clase de examen post-mortem:

- Establecer las causas de la muerte, así como la existencia de patologías asociadas;
- Aportar información necesaria para la certificación de defunción
- Confirmar o descartar la existencia de una entidad patológica específica
- Determinar la evolución de las patologías encontradas y modificaciones debidas al tratamiento, en orden a establecer la causa directa de la muerte
- Efectuar la correlación entre los hallazgos de la autopsia y el contenido de la Historia Clínica
- Practicar viscerectomías para fines de docencia o investigación

Previamente, el médico tratante deberá obtener permiso de los familiares o deudos responsables.

La causa de una muerte, en muchos casos no es fácil de determinar con base en los “hallazgos”; los signos patognomónicos no conllevan necesariamente a un resultado matemático. El perito no puede confiar en la indicación de un solo signo, consciente de la trascendencia de su autorizada opinión, cuyas

consecuencias son a menudo irremediables . La excepción puede tener tanto valor como la regla . Por todo ésto, se impone que el médico forense tenga, de veras, la calidad de experto en el tema sobre el que está opinando con criterio de autoridad. Si de los exámenes no puede extraerse la prueba de la CAUSA DE LA MUERTE, sino apenas una hipótesis sobre ella, el médico forense está en la obligación ética y profesional de acudir al criterio de otros expertos. No es lo mismo encontrar la prueba de la muerte en el cuerpo exánime (una herida necesariamente mortal), que ver signos (un coágulo en vías respiratorias, unas manchas en pleura, etc.) de los que pueda inferirse la causa probable mas no única. La alteración fisiológica producida (shock hemorrágico, septicemia, arritmia cardiaca, broncoaspiración, etc.) se llama MECANISMO DE MUERTE, pero nunca podrá ser considerada como la CAUSA DE LA MUERTE. (6)

BILIOGRAFIA

1. VALENCIA PINZÓN GIOVANNI : LA LEX ARTIS http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf Octubre 23 de 2015
2. Franco Eduardo Revista Médico-Legal LA NECROPSIA COMO PERITAZGO MÉDICO Enero-Abril de 2000 Pg. 1-10.
3. Guzman F: Educación y práctica de la medicina Cómo rendir un testimonio médico al ser acusado <http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1997-06-.html>
- 4 SILVA MELERO, Valentín. La prueba procesal. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. pp. 275-276. Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 2002. p. 279.
- 5 GUZMÁN MORA, Fernando, FRANCO DELGADILLO, Eduardo, ROSSELLI COCK, Diego Andrés. La práctica de la medicina y la ley. Primera Edición, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.
- 6 GUZMAN MORA, Fernando. FRANCO DELGADILLO Eduardo. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. volumen 2. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike. 1 edición, 2004

LA DECISIÓN MERCANTILISTA DE DESHABILITAR LOS SERVICIOS DE CIRUGÍA PEDIÁTRICA VS. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

Dr. Diego Mauricio Mojica Ramón
Abogado Secretario Tribunal de Ética Médica de Santander

Éste Tribunal en un reciente pronunciamiento en relación a la consagración universal de los derechos de los niños¹, dijo que la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades², en consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes³.

Para ello, el médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite sin más limitaciones que las expresamente señaladas en la Ley 23 de 1981⁴, por lo que, todas las medidas científicas que estén a su alcance, entendidas como

1 Auto No Imputación de Cargos, proceso ético – disciplinario No. 1186 contra médicos de la UNIDAD CLÍNICA LA MAGDALENA.

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

1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y 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.

3 Artículo 1º. Numeral 2º: El hombre es una 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 médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

4 ARTICULO 3o. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.

las que en su entorno estén disponibles, como aquellas a las que pueda acceder, deberán usarse en procura del mayor beneficio de su paciente.

Los intereses y el bienestar de la persona deberán tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad⁵, de manera que el acceso a la atención médica debe ser de calidad, como el acceso a medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano⁶, con el único propósito de obtener el acceso a una atención médica de calidad⁷.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño⁸.

5 Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005, Principios: En el ámbito de la presente Declaración, tratándose de decisiones adoptadas o de prácticas ejecutadas por aquellos a quienes va dirigida, se habrán de respetar los principios siguientes.

Artículo 3 – Dignidad humana y derechos humanos

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

6 Artículo 14 – Responsabilidad social y salud

1. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad.
2. Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:

a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano;

7 Artículo 15 – Aprovechamiento compartido de los beneficios

1. Los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países en desarrollo. Los beneficios que se deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas:

b) acceso a una atención médica de calidad;

8 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, artículo 3º: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por ende, debe reconocérsele el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El estado se esforzará por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios, asegurando la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud⁹.

Cuando éstos principios universales son transgredidos producto por ejemplo, de la falta de dedicación del médico a la hora de diagnosticar a un paciente por no haberle dedicado todo el tiempo que hubiere sido necesario para tal fin, lo que lleva implícito un inadecuado tratamiento¹⁰, se presupone por consiguiente, que dicha ausencia de diligencia someterá a su paciente a riesgos injustificados, los cuales desde el marco normativo citado en precedencia no tienen por qué padecerlos aquellos, máxime si son niños, porque aun cuando la medicina no se le pueda imponer la obligación de un resultado, es de suyo la esperanza y la confianza de ser adecuadamente atendidos en procura de mejoría.

Los cirujanos pediatras reunidos en Kyoto, declararon a través de la *World Federation of Associations of Pediatric Surgeons* (WOFAPS)¹¹, que:

• *“Los niños no son simplemente adultos pequeños y tienen problemas médicos y quirúrgicos y necesidades que a menudo son muy diferentes de las que se encuentran en los adultos. Los bebés y los niños merecen la mejor atención médica disponible. Cada lactante y cada niño que sufre de una enfermedad o dolencia, tiene derecho a ser tratado en un ambiente dedicado a su cuidado por un especialista en cirugía pediátrica.*

9 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, artículo 24 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

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

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

11 http://www.wofaps.org/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=59

- *Los Cirujanos pediátricos están especialmente entrenados en el diagnóstico y tratamiento de lactantes y niños de todas las edades (desde el período neonatal hasta la adolescencia) con trastornos que requieren ser solucionados con cirugía. Debido a su formación especializada son los únicos habilitados para este tipo de intervenciones.*
- *Solo los Cirujanos pediátricos están especialmente entrenados en diagnosticar, tratar y gestionar las necesidades quirúrgicas de los niños que incluyen: reparación quirúrgica de los defectos de nacimiento, lesiones graves en los niños (incluyendo algunos que requieren cirugía) los tumores sólidos infantiles, las condiciones que requieren endoscopia y procedimientos mínimamente invasivos, y todos los procedimientos quirúrgicos en niños, incluyendo cirugía ambulatoria .*
- *Con el fin de proporcionar el mejor cuidado quirúrgico para los bebés y los niños, los procedimientos quirúrgicos pediátricos complejos deben llevarse a cabo en centros pediátricos especializados con instalaciones de cuidados intensivos debidamente equipadas con tecnología moderna. Además de los cirujanos pediátricos entrenados y oficialmente reconocidos, estas instituciones deben contratar otros especialistas pediátricos multidisciplinarios incluyendo radiólogos, anes-tesiólogos y patólogos. Estos centros especializados suelen proporcionar educación de postgrado de formación / investigación y deben contar las 24 horas del día, siete días a la semana¹².*

Mediante la Resolución 1441 del 28 de mayo de 2014 “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones”, el Ministerio de Salud y Protección Social puntualizó los requisitos que los prestadores de servicios de salud deben contar a la hora de ofertar un servicio, es decir, cuando estén habilitados para ello. En tal sentido, y en referencia a los servicios de pediatría indicó, lo siguiente:

- **Cuidado Intermedio Neonatal:**

Es el servicio donde se realizan actividades para la atención integral de la salud del neonato (0-30 días de vida o 44 semanas de edad corregida), que incluyen, entre otras: registro de signos vitales (frecuencia cardiaca, tensión arterial, temperatura, frecuencia respiratoria y saturación de oxígeno), mínimo cada 3 horas, control de líquidos cada 8 horas, disponibilidad de glucometría y control de peso diario.

Evaluación y registro médico dos veces al día y enfermería permanente.

12 <http://www.wofaps.org/content/kyoto-declaration-pediatric-surgery>

Interdependencias:

Disponibilidad de:

1. Cuidado Intensivo Neonatal.
2. Oftalmología.
3. Cirugía pediátrica.
4. Cardiología pediátrica.
5. Transporte Asistencial Medicalizado.

Cuidado Intensivo Neonatal:

La terapia intensiva neonatal es un servicio para la atención de pacientes recién nacidos críticamente enfermos, hasta los 30 días de vida o 44 semanas de edad corregida. Se desarrolla evaluación médica y de enfermería permanente y actividades precisas de monitorización y manejo de pacientes cuya condición clínica, pone en peligro la vida en forma inminente.

Necesitan soporte para la inestabilidad neurológica, hemodinámica, respiratoria, gastrointestinal, renal, endocrina, hematológica y metabólica o después de una cirugía mayor.

• Interdependencias:

Cuenta con:

1. Unidad de Cuidado Intermedio Neonatal.
2. Cuidado básico neonatal.
3. Cirugía pediátrica.
4. Ecografía portátil.
5. Laboratorio clínico.
6. Servicio farmacéutico.
7. Servicio de transfusión sanguínea.
8. Radiología.
9. Terapia respiratoria.
10. Proceso de esterilización.

- **Cuidado Intensivo Pediátrico:**

La terapia intensiva pediátrica es un servicio para la atención de pacientes niños desde los 31 días de vida hasta los 18 años cumplidos de vida, críticamente enfermos, recuperables. Se desarrolla evaluación médica y de enfermería permanente y actividades precisas de monitorización y manejo de pacientes cuya condición clínica, pone en peligro la vida en forma inminente.

Necesitan soporte para la inestabilidad neurológica, hemodinámica, respiratoria, gastrointestinal, renal, endocrina, hematológica y metabólica o después de una cirugía mayor.

Interdependencias:

Cuenta con:

1. Unidad de Cuidado Intermedio Pediátrico.
2. Hospitalización.
3. Cirugía pediátrica.
4. Laboratorio clínico.
5. Servicio farmacéutico.
6. Servicio de transfusión sanguínea.
7. Radiología.
8. Ultrasonido.
9. Terapia respiratoria.
10. Proceso de esterilización.

- **Cirugía Mediana y Alta Complejidad:**

Servicio destinado a la realización de procedimientos e intervenciones quirúrgicas que requieren recurso médico especializado, estancia hospitalaria, en algunas ocasiones equipamiento específico y de tecnología de punta por procedimiento siempre en salas quirúrgicas.

Talento Humano:

Si ofrece cirugía oncológica, cuenta con: - Especialista en cirugía oncológica o especialista quirúrgico que demuestre haber adquirido en su pensum académico formación en oncología o certificado de formación, de acuerdo con la oferta.

Si oferta cirugía oncológica pediátrica, cuenta con: - Médico especialista en cirugía

pediátrica o médico con especialidad quirúrgica y certificado de formación de cirugía oncológica pediátrica, de acuerdo con la oferta.

De acuerdo con lo descrito por la Resolución citada, debe decirse, que si bien en Colombia el tema de la regulación de las especialidades no ha sido exitosa, y que en la interpretación de la pericia se alegue dicho argumento para enervar toda clase de actos médicos sin contar con la preparación debida en un campo de la medicina en particular, tampoco puede hacerse el de la vista gorda quien en afán de defender su acto médico, olvide lo que las Altas Cortes han dicho al respecto, al referir que la pericia es entrenamiento y experiencia del profesional que lleve a cabo su ejercicio, a quien deberá exigírsele en todo caso, contar con el conocimiento del área al que aplique su atención médica.

Es decir, que si se anuda ésta interpretación jurisprudencial al requerimiento que hace el Ministerio a los prestadores de salud, no existe duda que para que se puedan llevar a cabo determinados servicios médicos, verbigracia, el caso objeto de análisis, es necesario el médico especialista en cirugía pediátrica o en pediatría, no pudiendo ser reemplazado por médico general y cirujano general, dado que, a pesar de contar con la experticia, carecen del conocimiento particular en la especialidad requerida, lo que, de incumplirse, sin duda podría acarrearles sanciones de todo tipo.

De la misma forma, considerar que las decisiones administrativas que tomen las instituciones médicas en cabeza de sus Directos Médicos no puedan provocar sanciones ético – disciplinarias, es de igual forma equivocada a la luz del Código de Ética Médica.

El artículo 5° numeral 4° de la Ley 23 de 1981 prescribe, que existirá relación médico – paciente cuando se hubiere adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad pública o privada; es decir, que el Director médico, Coordinador médico, Auditor médico, y demás personal médico Directivo o Administrativo adscrito a una entidad pública o privada, será extremo de esa relación, cuando desde sus directrices determinen el manejo médico de los pacientes; luego serán, sujetos disciplinables cuando dichas decisiones trasgredan la ética – médica.

De forma que, el médico sí está desde la órbita de los Derechos Universales de la Humanidad en grado de responsabilidad tal, que debe en todos los casos garantizar la disposición de todos los métodos diagnósticos como de tratamiento disponibles en función de los derechos humanos a la vida y la salud; se insiste, más cuando son niños. Muchas son las regulaciones Internacionales como Nacionales que sujetan a los profesionales de la medicina a concentrar sus mayores esfuerzos para velar, tal y

como lo ha definido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por el futuro de la humanidad, o sea, los niños.

Este Tribunal ha sido consistente en su línea de pensamiento en casos en los que los pacientes han sido sometidos a los embates propios de nuestro sistema de aseguramiento en salud, en el que la previa verificación del comportamiento de pago por parte de las E.P.S. y E.P.S. – S a la red de prestadores de servicios de salud, se convierte en un cheque al portador, practica bellaca y pendenciera, que de acuerdo con ello, las instituciones en muchos casos niegan una adecuada y oportuna atención médica bajo pretextos por ejemplo, de no tener camas en UCI disponibles, o, en otros casos, no contar en ese momento con lo requerido por el paciente para llevar a cabo lo ordenado por su médico tratante.

Dificultad que deben soportar en gran medida cuyos pacientes están asegurados en el sistema subsidiado de salud, quienes ante el irregular manejo de los recursos económicos de sus administradores, e incluso, en algunos casos, con el manejo cómplice e ilegítimo del poder central, hacen que contar con una adecuada interrelación con distintos prestadores sea difícil, porque, aún cuando sea una realidad y ante el esquema de aseguramiento es aceptable, que dichos prestadores deben asegurar para sí una contraprestación económica a cambio de sus servicios profesionales, se nieguen a hacerlo, ante la mora o nulo pago que dichas E.P.S. – S ocasionan.

A lo largo de la historia se han producido una serie de declaraciones que han sentado las bases y sin las cuales hoy no sería posible hablar de derechos de los pacientes:

- * Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- * Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.
- * Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades fundamentales, 1950.
- * Carta Social Europea, 1961.
- * Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, 1966.
- * Convenio Europeo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- * Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.
- * Comisión de Salud y Asuntos Sociales, 1976.
- * Plan de Humanización de la Atención Sanitaria.

- * Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes. Instituto Nacional de la Salud, 1984.
- * Ley General de Sanidad, 1986.
- * Derechos de los Pacientes. Asociación Médica Mundial, 1995.
- * Convenio relativo a los Derechos Humanos y la biomedicina, 1997.

Durante este largo camino recorrido desde 1948, se han producido avances y retrocesos, pero hemos asistido a un cambio fundamental: el modelo tradicional paternalista de la relación médico paciente, ha sido sustituido por otro autonomista, en el que el paciente/ usuario ha pasado a ser el protagonista en la toma de decisión.

A tal punto, que en la más reciente Ley Estatutaria – Ley 1751 de 2015 – se reconoció como derecho fundamental la salud y se señaló que “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”¹³.

Cualquier acción que tienda a restringir, limitar, coaccionar o negar el goce efectivo de éste derecho, no debe menos sino sancionarse con todo el rigor que la ley lo permite, puesto que se ha establecido en múltiples documentos internacionales, que éste derecho es la base esencial de la humanidad y todos los esfuerzos de las naciones del mundo deben conducir a protegerlo dado que de ello dependerá, la existencia o no de la misma raza.

Cuando la Ley 23 de 1981 en su artículo 3º establece que los beneficios de la medicina se dispensarán a toda persona que los necesite sin más limitaciones que las expresamente señaladas en ésta Ley, no quiere otro rumbo, sino la protección integral de la salud de quien lo requiere, por lo que, cualquier obstáculo que se imponga se constituye en una violación flagrante a los principios universales citados preliminarmente.

La obligación del profesional de la medicina es propender por una adecuada atención médica, proveyendo todos sus conocimientos con miras a curar, aliviar, rehabilitar o restablecer las condiciones de salud de sus pacientes. Pero cuando su autonomía se ve limitada a directrices administrativas, propias del modelo de aseguramiento de nuestro sistema de salud, el profesional se enfrenta ineluctablemente a una disyuntiva de la que no puede, en la mayoría de los casos, obviar, como es, la atención integral que requiere su paciente con la

13 Artículo 2º Ley 1751 de 2015.

orden de no atención, cuando administrativa, no medicamento, no pueda brindársele la atención requerida.

Hoy en día aunque la misma Ley 100 de 1993, la Ley 1438 de 2011, e incluso la Ley estatutaria de la que ya hicimos mención, son fuentes inagotables de la prohibición de no atención de pacientes por motivos administrativos, vemos como dichas normas son trasgredidas constantemente colocando como sujeto activo de inobservancia a los médicos quienes son en últimas, los que reciben a los pacientes dentro del sistema de salud, los tratan, los direccionan, y ejecutan en ellos todo el andamiaje normativo creado, y por ende, son los primeros enjuiciados por las familias, los mismos pacientes, y hasta las autoridades correspondientes por los daños que se puedan derivar de esa no adecuada atención médica.

Ejercer la medicina hoy en día pasando por alto la realidad a la que se enfrentan los médicos en cada acto, donde las glosas se convirtieron en el arma por excelencia de represión y limitación de la autonomía profesional, convertirá ésta práctica académica en un despropósito absoluto al exigírsele al médico por un lado, que debe responder prontamente y de forma apropiada a las necesidades de sus pacientes, pero por otro lado, se le impone un gatillo en la cien en la que se le obliga a racionalizar, según los intereses y conveniencia financiera, los recursos médicos. Qué paciente puede, se insiste, en el grueso de los actos médicos, ver objetivado su derecho a la salud ante ésta realidad a la que constantemente deben los médicos balancear en pro de ese fin.

Por todo lo dicho anteriormente, cuando se habilita el servicio de cirugía pediátrica y éste no se presta a través de profesionales idóneos, no hay duda que se está frente a una clara violación de Derechos Internacionalmente reconocidos los que podrán ser exigidos antes las Autoridades correspondientes.

Si bien como Tribunales de Ética Médica no es mucho lo que podamos hacer para frenar esta práctica mercantilista, si podemos como garantes del derecho fundamental a la salud, especialmente el de los niños, denunciar esta practica aterradora ante los órganos de control con el objeto de que se les haga seguimiento y así evitar que nuestros niños se pongan en manos de profesionales no expertos en sus anatomías, conllevando la creación de riesgos que no les está permitido; de igual forma, esta clase de escenarios donde convergen las más altas dignidades de la medicina a nivel departamental y nacional, es propicia para alentar una voz de protesta con el fin de que se detenga el cierre – no cierre – de la cirugía pediátrica en nuestros centros asistenciales.

Muchas gracias.

EL CARÁCTER EN LA FORMACIÓN DEL MÉDICO

Dr. Gabriel Lago Barney
Médico pediatra
Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

La crisis actual de la salud ha sido atribuida a múltiples factores, entre ellos, la demanda de servicios sanitarios específicos por parte de los pacientes, dándole una connotación de asistencia a la medida del denominado cliente o usuario. La mediación de la atención por parte de los aseguradores, ha incidido en el cambio de la relación médico-paciente y ha afectado el concepto de facultativo tratante. El foco de la atención se ha centrado en la relación asistencial como una mercancía intercambiable y el concepto de salud, como un bien al que tiene acceso el que lo pueda pagar; lo que privilegia la rentabilidad sobre el bienestar del individuo. A esto se suma, el desarrollo de la tecnología que desperezó el trato, buscando la precisión, confiando ciegamente en la ciencia sobre el arte de la medicina, lo cual ha reducido el conjunto de posibilidades a aquellas que se pueden soportar en métodos estadísticos y cuyos resultados no siempre constituyen la verdad; esto ha sido utilizado con mayor frecuencia en la limitación de la autonomía de los facultativos. Es decir, el ejercicio de la profesión está fundamentado en factores externos como los sistemas de salud, modelos de atención y sistemas de financiación de los servicios.

Las sociedades civilizadas para regularse han utilizado con éxito dos herramientas: el Derecho, para regular las relaciones entre los asociados y la ética, para que cada individuo se regule a partir de su conciencia. En el caso de la Medicina, la moral que se profesa proviene de factores externos, poseyendo en sí características particulares, que han llevado a las comunidades consentir que los médicos realicen procedimientos e intervenciones en las personas, que en otro ámbito serían impensables o consideradas delito. Los médicos han sido autorizados por la sociedad para producir agresiones y lesiones a los pacientes con el fin de mejorar su estado de salud; de dejarlos inconscientes o privados de su libertad con el fin de aliviar su sufrimiento; de mutilarlos e intoxicarlos y recibir el agradecimiento por ello; situaciones todas estas que demandan de los profesionales un alto grado de responsabilidad; particularidades le dan a la profesión, una connotación especial que la hace diferente a las

demás; y a los que la ejercen, la consideración de seres especiales, exigiéndoseles una conducta correspondiente a la confianza depositada en ellos por la sociedad.

Es así, como los dilemas que enfrentan los profesionales de la medicina son una mezcla de situaciones técnicas y morales. De allí que la solución a la crisis de la salud y del ejercicio de la medicina, deba venir del interior de la profesión y no de la sociedad. Para ello es necesario volver a las fuentes originales y tener presente la evolución de la ética médica desde sus inicios.

Lo cierto, es que el principal concepto a tener en cuenta es el sujeto, razón de ser de la profesión, quien tiene una dignidad por el solo hecho de ser miembro de la especie humana. Bernard Lonergan, sugiere que algunas dimensiones de la persona deben fomentarse para lograr su desarrollo como ser humano superior, a saber: biológica, afectiva, cognitiva y social, política y económica, que ha sido comprendida en el campo de la Medicina en los modelos biomédico o biopsicosocial, dejando por fuera otras dimensiones consideradas superiores por el autor, ya que hacen referencia a la moral, los valores, la estética, la espiritualidad y los sistemas de creencias, que son los que definitivamente nos diferencian de otros seres de la naturaleza y que deben desarrollarse en función de la convivencia en un contexto social y cultural determinado por unas condiciones ambientales dadas.

La comprensión y desarrollo de dimensiones diferentes a la física, afectiva y cognitiva, llevó en el siglo XVIII a Thomas Percival y John Gregory a cambiar la connotación de la relación médico-enfermo (*aegrotus*) que venía de la antigüedad, por el de médico- paciente, pues la relación no era con un órgano afectado sino con una persona que sufre. Este cambio de concepción implica una confianza en el médico, tanto intelectual como moralmente orientada a los intereses del paciente, exigiéndole sacrificar su interés personal en aras de las obligaciones profesionales con su paciente, lo que crea una relación fiduciaria fundada en las virtudes profesionales que moldean el “carácter” y comportamiento médico, en las actuaciones de la práctica clínica, la investigación y la docencia.

Dentro de este nuevo tipo de relación, la ética de la “*Conducta*” expresada como principios morales, se complementa con una ética del “*Carácter*” fundamentada en las virtudes, que conducen a una forma particular de actuar.

El médico se compromete a ser científica y clínicamente competente, por lo que debe ser un excelente profesional, realizar investigaciones y enseñar con rigor científico. Debe promover la protección y promoción de la salud del paciente por encima de sus intereses particulares, lo que requiere un gran sacrificio, cuyos límites

están por definir. Esta condición lo lleva a mantener estándares morales elevados que corresponden a un estilo de vida particular y ejemplar.

Así mismo, el médico se compromete a mantener y transmitir a futuros pacientes, colegas y a la sociedad una confianza, por encima de su interés personal. Esto debe ser analizado a la luz de los contratos docencia-servicio de muchas instituciones de salud, donde el acto médico docente se convirtió en una mercancía más dentro del sistema. La responsabilidad que implica el buen uso del conocimiento, lleva al médico a comprometerse con un espíritu de grupo o gremio, que tiene su expresión en las sociedades científicas, donde se dictan las normas de conducta y respeto al colega, la profesión y la sociedad, y no como parece estar ocurriendo al servicio del mercado y la industria.

Percival habla igualmente, de cuándo un médico se debe retirar del ejercicio con decoro y probidad, dando un sentido de modelo permanente a la práctica profesional, desde el inicio hasta el final de la carrera y aún después de la misma.

El carácter al que hemos venido haciendo referencia, desde la perspectiva psicológica, es definido en el Webster New World Dictionary como un patrón de comportamiento o personalidad encontrado en un individuo o grupo, que le da una constitución y fuerza moral, autodisciplina y fortaleza, que se fundamenta en el comportamiento y las virtudes internas de la persona o grupo. M. Bebeau, se pregunta si guarda una relación entre las cualidades internas y el comportamiento, es decir, entre la vocación y la formación médica.

En la Escuela Hipocrática, el carácter le daba prestancia al médico como dignidad externa, el galeno debía: *“Tener buen color y ser robusto en apariencia y debe cuidarse primero que a otro. Debe ser aseado y portar un atuendo respetable, con buen aroma y no emitir olores sospechosos.”*

Se le exigía tener una disposición de cuerpo y alma: *“En cuanto a su ESPÍRITU, el inteligente debe observar estos consejos: no sólo ser callado sino, además, muy ordenado en su vivir, pues eso tiene magníficos efectos en su reputación, y que su CARÁCTER sea el de una persona de bien, mostrándose serio y afectuoso con todos. Pues ser precipitado y efusivo suscita menosprecio, aunque pueda ser muy útil.”*(Sobre el médico)

“Debe realizar el examen con cierto aire de superioridad manteniendo un porte en que se muestre preocupado, pero sin amargura o de lo contrario será visto como soberbio e inhumano... Debe ser justo en el trato y mantener el control ante todo tipo de personas y cosas.”

Desde sus inicios, en el Libro del Corpus Hipocrático, “Sobre el Médico”, se invitaba a los estudiantes que iniciaban su formación médica a desarrollar una estilo de vida a partir de esa vocación natural, demostrando un profundo respeto por la persona y la profesión, que obligaba a ir más allá de lo meramente técnico y cuya apropiación llevaría a la consideración del galeno como médico culto, entendido como aquel que era capaz de desarrollar el arte, la técnica y comunicarse efectivamente con el profano, con el fin de acordar con éste el tratamiento a seguir dentro de esa relación fiduciaria, es decir, de confianza.

Con el paso del tiempo se han modificado las virtudes que debe manifestar el médico. Es así como para los antiguos griegos tenía gran importancia la sabiduría, la temperancia, la tolerancia, el coraje y la justicia. Para el cristianismo eran importantes la fe, la esperanza y la caridad; para la Escuela Hipocrática, la pureza y la santidad. Más recientemente, la declaración de Ginebra considera la consciencia y la dignidad como las virtudes cardinales; mientras que los Caraka Samhita de la India consideran al cuidado, la atención, la humildad y la reflexión continua, como las virtudes a cultivar. Confucio, proclamaba el humanismo, la compasión y la piedad filial como los pilares que debían acompañar al médico en su ejercicio profesional. En Canadá, en el sistema de salud se les exige a los médicos el respeto como virtud principal. Percival por su parte, al proponer el cambio de la relación médico-enfermo y el ejercicio profesional probo, sugería como virtudes características del buen médico la condescendencia, la autoridad, la firmeza y la ternura expresada como cariño.

De estas virtudes, que distinguen al actor, se ha pasado a virtudes con un carácter más universal que comprenden la compasión y el cuidado, como reconocimiento del otro; la benevolencia, que tiene su origen en el concepto de beneficencia de la Escuela Hipocrática.

El “Problema de la virtud incorrecta” planteado por Robert Veatch, la enseñanza de las virtudes o el carácter moral, ha pasado a constituirse en un objetivo central en la educación profesional del médico.

Desde la teoría de la acción moral, se valora la conducta independiente del carácter del autor. En el caso de la Medicina se considera que mantener un comportamiento moral correcto no es suficiente para ejercerla; ejemplo de ello, tenemos en los procesos de acreditación de las personas e instituciones en que se demuestra que se cumple con unos requisitos, muchas veces de índole notarial, o se cuenta con certificaciones, sin que las personas o instituciones demuestren profesionalismo que les confiera un carácter, con el cual den fe pública de su actuar y generen un sentido de

credibilidad y legitimidad ante sus pacientes, colegas y la sociedad. En el ejercicio de la Medicina muchos facultativos ostentan títulos que más parecen una patente de corso, que una constancia que avale una formación profesional óptima.

Así la conducta del médico sea correcta, es el “*carácter*” el que garantiza que el comportamiento sea consistentemente bueno, confiriéndole un estilo y una estética. Queremos tener hijos con el corazón en el lugar correcto y no solo sabios en su actuar, ya que estos se pueden constituir en “*salvajes ilustrados*” que hagan daño a los pacientes, a la profesión y a la sociedad. No debemos olvidar que al final de la vida se requiere más un curador que un médico.

La relación entre el “*carácter*” del médico y su comportamiento se identifica cuando éste hace las cosas bien, aunque nadie lo esté mirando, es decir, las cosas se hacen bien porque hay que hacerlas bien, es lo que se entiende por mística y que Kant denomina el imperativo categórico, en que se considera una acción o inacción como necesaria, desde la razón. Este comportamiento de acompañarse de la apropiación de normas de conducta en cada actuación y utilizar la más conveniente para su paciente, forma parte del “*carácter*”.

De igual manera, le exige al médico ser crítico en su actuar por medio del discernimiento. Una situación particular lleva a ponderar entre la actuación moral correcta y el buen carácter. El facultativo debe actuar en virtud de su carácter, teniendo en cuenta qué haría el individuo, y mejor aun, colocándose en la situación de paciente. Para actuar de esta manera no se debe proceder conforme al carácter de los valores intrínsecos de la persona, sino con los dictados de la profesión.

Los formadores de médicos, se preguntan si se debe invertir en formar el carácter interno del estudiante o solo la expresión externa de la conducta correcta, es decir, la esencia del médico orientada a máximos o las competencias profesionales básicas y especializadas centradas en el hacer y saber, hacer más que en el ser y la razón de ser del facultativo. Esto puede conducir al aumento de número de médicos con reconocimiento legal de títulos, que profesionalmente sean reprochados por su comportamiento ético. ¿Deben los tribunales de ética o los colegios médicos limitarse a verificar el cumplimiento correcto de la norma, o a analizar si el comportamiento, aunque legal, sea moralmente reprochable? Esto obliga a los formadores en salud a enseñar la medicina desde una perspectiva o visión particular, en que se imprima un “*carácter*” a dicha formación, que lo identifique y destaque en la profesión y en la sociedad.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos, sobre las virtudes que se deben enseñar en la escuelas de Medicina. Si esta formación se debe centrar en el desarrollo del “*carácter médico*”, limitarse a un código de conducta del saber hacer o a una mera etiqueta médica que le permita mantener una imagen ante el gremio y su entorno.

La teoría de la acción ética correcta como guía que unifica el decir y hacer, se fundamenta en la existencia de códigos de ética y principios morales. Por su parte, autores como Gert, Culver y Clouser se refieren a una moral común basada en 10 reglas que varían según la cultura y el momento histórico y que se ven influenciadas por el sistema de creencias dominante, lo que confiere un rango de diferencia en la percepción moral entre dos culturas distintas, que no permiten medir las consecuencias de los actos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos o bienes universales, o la ley natural con el imperativo categórico, son otros referentes de los códigos deontológicos que orientan la formación moral del médico.

Beauchamp and Childress por su parte, plantean unos principios a tener en cuenta para la toma de decisiones que son de gran utilidad en investigación. Esta propuesta se complementa con códigos, cada vez más específicos como las Declaraciones de Ginebra, Helsinki y Nuremberg. A mayor abstracción de la norma superior, se logra mayor universalidad y consenso.

Para poder correlacionar la virtud con la conducta, los teóricos de la educación proponen un proceso de análisis en función de la virtud a evaluar, como el descrito a continuación.

Problema uno:

Paso uno: conectar la virtud con el comportamiento deseado, como se entiende y describe en la norma.

Paso dos: conectar el comportamiento deseado con el de la norma.

Problema dos:

Correlacionar comportamiento desarrollado con la virtud como carácter.

Conexión entre virtud y carácter en un comportamiento, en una situación de contexto dada.

Si la enseñanza se enfoca en la formación del carácter, se debe asegurar que la

conducta fue moralmente correcta, lo que implica un mayor esfuerzo por parte del docente; con ésta se obtiene mayor correlación en el comportamiento correcto, que con la enseñanza de normas de conducta.

El desarrollo del carácter en la formación del médico y su evaluación implica hacer frente a algunas dificultades en la formación y ejercicio profesional. La primera a superar, es que un problema médico mezcla lo técnico y lo moral; y la formación enfatiza en la técnica y no en lo moral. Una segunda dificultad, se presenta en la evaluación de la relación médico-paciente, en que entran en juego la capacidad intelectual de las partes; el estado de salud física y mental del enfermo; y la capacidad de pago en la decisión autónoma del paciente. En la decisión objetiva predomina el médico, en la subjetiva el paciente y las implicaciones de ésta, la familia o la sociedad. En el idioma inglés se identifican muy claramente estas tres situaciones, denominando “**illness**” a la percepción de enfermedad por parte del paciente, “**disease**” a los aspectos objetivos y medibles de la enfermedad; y “**sickness**” a las implicaciones sociales. Una tercera dificultad la constituye el nivel de comunicación entre los diferentes actores que permitirá codificar y decodificar los aspectos no visibles de la evaluación del carácter desarrollado durante la formación médica. De aquí surge un debate acerca de los objetivos de formación y los métodos a emplear, así como los mecanismos de evaluación del logro de los objetivos. Para esto se han desarrollado instrumentos de medición como el **Defining Issues Test (DIT)** diseñado por J.R. Rest, que permite establecer una serie de correlaciones y promete ser un buen instrumento para evaluar la formación del carácter. Sin embargo, se recomienda, conocer con mayor profundidad e incorporar las teorías del desarrollo moral en el diseño de los instrumentos de medición.

Dentro de las estrategias para el desarrollo moral se sugiere apoyarse en procesos funcionales que promuevan el desarrollo de la moral como son la sensibilidad, el razonamiento, la motivación, el compromiso, el carácter y la competencia.

Entre las estrategias para el desarrollo del carácter, se consideran algunas que han demostrado tener una buena correlación, confiabilidad y confiabilidad “test-retest”, entre las cuales se recomiendan:

- Acompañamiento docente con método socrático.
- Mantener viva la mística de los estudiantes al inicio de la carrera.
- Identificación de causas de no adherencia de los pacientes al tratamiento.
- Listar y analizar los problemas que se presentaron con los pacientes.
- Argumentar por escrito las conductas éticas.

- Escenarios de dramatizados y análisis de videos con situaciones que creen dilemas.
- Exposición a situaciones de multiculturalismo y género.
- Determinar el papel y utilidad de las clases de ética y comportamiento docente.
- Determinar el papel de las habilidades de comunicación en el desarrollo del carácter del estudiante.

Lo que concluyen los diferentes autores que han estudiado el tema es que la sensibilidad ética se puede influir con intervenciones educativas, contrario a lo que piensan muchos docentes; pero poca es la atención que recibe la formación ética en muchas instituciones de formación médica.

A modo de corolario, podemos considerar que está en las manos de los médicos dar respuesta a la crisis de salud actual desde la profesión, para lo cual el carácter y la formación del médico, juega un papel determinante en el rescate de la Medicina y el protagonismo en la solución de los problemas de salud de la población.

BIBLIOGRAFÍA

1. Pellegrino, E. Character formation and the making of good Physicians. Lost virtue: Professional Character Development in Medical Education. Advances in Bioethics, Vol. 10 1-15.
2. McCullough. L. The Ethical concept of medicine as a profession: Its origins in modern medical ethics and implications for physicians. Lost virtue: Professional Character Development in Medical Education. Advances in Bioethics, Vol. 10 19-22.
3. Veatch, R. Character formation in profesional education: A Word of caution. Lost virtue: Professional Character Development in Medical Education. Advances in Bioethics, Vol. 10 29-45.
4. Bebeau, M. Evidence-based character development. Lost virtue: Professional Character Development in Medical Education. Advances in Bioethics, Vol 10 47-86.
5. Webster's New World Dictionary (1984).
6. Clouser, K.D. & Gert, B (1990) A critique of principlism. The Journal of Medicine and Philosophy, 15, 219-236.
7. Sobre el Médico. Tratados Hipocráticos. Tomo I. Editorial Gredos S.A.; Madrid, 1983, pág. 175- 176. ISBN84-249-0893-7. Tomo I.

PRESCRIPCIÓN ÉTICO DISCIPLINARIA MÉDICA: NUEVA JURISPRUDENCIA.

Fernando Guzmán Mora, Md, Msci
Magistrado Tribunal Nacional De Ética Médica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

permite prolongar en el tiempo la prescripción, cuya aplicación pueda estar enmarcada en la Ley 23 de 1981.

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

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

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

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

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

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

El Dr. Jacob Cuéllar manifestó que la metodología para abordar el tema de la prescripción de la acción disciplinaria en sede de Ética médica, es partir del artículo 82 de la Ley 23 de 1981, que como norma especial impone una remisión clara a las normas de procedimiento penal. Primero: al acudir a la norma procesal, que si bien es de tendencia acusatoria, en el artículo 332-7, establece como causal, el vencimiento de términos, pero más aún si fuéremos más precisos normativamente, el artículo 77, que dispone las causales de extinción de la acción penal, consagra como causal la prescripción, y este tópico está regulado en la misma normatividad procesal en el artículo 292 sobre su interrupción; norma procesal que nos lleva al artículo 83 del código penal, en el que se establece que el termino básico de prescripción de la acción es de cinco años.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Dra. Claudia Patricia Gaviria llama la atención de que no es lo mismo acusación que imputación, por eso no cree que sean tan sencillo aplicar esa norma porque no se tendría un acto que se asemeje a la formulación de la imputación en el proceso disciplinario y debemos ser muy cuidadosos con la propuesta a

realizar de modo que no sea atacada por los abogados defensores y no la puedan tumbar fácilmente mediante tutela.

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

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

**CUMPLIMIENTO LEGAL DE LAS SANCIONES
EMANADAS DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MEDICA
POR PARTE DE LAS SECRETARIAS DE SALUD.**

*José Vicente Maestre Peralta¹
Magistrado del Tribunal de Ética
Médica de Magdalena, Cesar,
Guajira y el Distrito de Santa Marta.*

I. INTRODUCCION

Posterior a la segunda guerra mundial el mundo se vio abocado a una serie de cuestionamiento y juzgamientos sobre el papel que tuvo algunos médicos durante este conflicto armado, pues en los campos de concentración nazi se facilitaron la utilización de personas como objeto de investigación, al realizar terribles experimentos en humanos que iban entre los que se encontraban, la inoculación con el tifus y la ictericia de Weil, algunas mujeres fueron utilizadas para estudios sobre gangrena gaseosa y a otras se les daba solo agua con sal como alimento para verificar cuanto tiempo resistían estas condiciones²; por esta razón en el año 1946 se inició en Juicio de Núremberg, que permitió que saliera a flote documentos sobre investigaciones catalogadas como crueldad, pues la condición de seres humanos se perdió en este grupo de personas.

Posterior a estos sucesos se procedió gradualmente a realizar una serie de pronunciamientos, expedición de declaraciones, códigos, que tienen en la actualidad plena vigencia, pues han permitido la protección y autorización de las personas que hacen parte de la investigación o atención por parte de los profesionales de la salud, hacen parte entre otras, la expedición del código de Núremberg en el año 1947, la Publicación de la declaración de

1 Médico de la Universidad Libre de Barranquilla, Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Medico de la Universidad Externado de Colombia, Profesor titular de pregrado y posgrado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Santa Marta.

2 Principios de ética, bioética y conocimiento del hombre, José Antonio Morales González, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo

Helsinki por la Asociación Médica Mundial (WMA) en el año 1968 y la Publicación de la declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial de los Derechos del Paciente en 1981³.

En Colombia en desarrollo Normativo ceñido a los tratados internacionales, la Constitución Política de Colombia, y los lineamientos políticos de los gobiernos de turno, han llevado a que Ética Médica sea tenida en cuenta como un mecanismo de protección de los paciente, que desde la creación de la Ley 100 de 1993 se le asigno en nombre de usuarios, pues con actores activos en el sistema su actuación se ve reflejada en la solicitud y prestación de un servicio, en este caso de salud.

El actuar médico o de los profesionales de la salud por fuera de lineamientos normativos, acarrea una consecuencias sancionatorios que van desde lo moral a lo ético, tal como se encuentra establecido posterior a la segunda guerra mundial; sin embargo esta no es el único propósito, debido a que las sanciones cumplen una característica de regulación de conducta humana, con el fin de corregir o no repetir las actuaciones tanto por la persona que comente la falta como para aquella que la puede cometer con su actuación no ajustada al ordenamiento normativo que nos ocupa.

II. REGULACIÓN NORMATIVA

En Colombia en desarrollo normativo se ciñe a un orden jerárquico establecido por la pirámide de Kelsen, pues su teoría que en la actualidad perdura se enmarca en la importancia de todas las normas jurídicas proviene y depende de otra norma superior.



Fuente: <http://conceptodefinicion.de/piramide-de-kelsen/>

Con relación al marco normativo que enmarca el cumplimiento legal de las sanciones emanadas de los tribunales de ética médica por parte de las secretarías de salud se desprende:

1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD⁴

Dentro de este Bloque de Constitucionalidad se encuentran enmarcado los acuerdos y tratados internacionales ratificados por Colombia, que permiten sembrar el derrotero de para la creación de normas ajustadas a la realidad del país, entre las que se encuentran.

a. DECLARACION DE GINEBRA⁵ , Adoptada en la 2 Asamblea General de la Asociación Médica Mundial AMM en Ginebra, Suiza, Septiembre de 1948, en dicha declaración estableció el cambio que permitió que por décadas llevaba al médico a hacer el Juramento Hipocrático, pues este, permite dejar atrás religioso, filosófico y político que contenía dicho juramento.

b. La enmienda en la 57ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial AMM Sudáfrica, Octubre 2006, que establece la importancia de los médicos en la atención de eventos catastróficos, pues el médico debe priorizar la atención y tratamiento teniendo en cuenta las necesidades médicas, posibilidades de intervención y recursos disponibles, como se enmarca la atención con los pacientes, respetando las costumbres, ritos y religión de los pacientes y mantener su imparcialidad.

c. Código Internacional de Ética Médica⁶ . Desde la asociación de la Federación Médica Colombiana a la Asociación Médica Mundial, permitió que se tomara el contenido del Código Internacional de Ética Médica como parámetro o eje estructural para la creación del Código de Ética Médica en Colombia contenido en la ley 23 de 1981.

Es menester de un país estudiar, aceptar y adoptar a orden legal muchos tratados y acuerdos internacionales, pues estos brotan de las diferentes discusiones generadas por situaciones internacionales que ocasionan o pueden generar efectos nefastos sobre la población en este caso sobre personal vinculación con la atención médica.

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA⁷

LA Constitución Política de Colombia como carta magna, nos enmarca los lineamientos generales sobre el cual debe elaborarse o ceñirse las normas en Colombia, es así como señala:

4 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>

5 <http://www.unav.es/cdb/ammginebra1.html>

6 <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/>

7 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

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.

ARTICULO 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

ARTICULO 49. ...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.

La obligación constitucional del estado no es solo la prestación de los servicios a través de sus entes públicos o delegándolo a través de particulares, sino también la necesidad irrenunciable a ejercer un vigilancia y control de que el ordenamiento legal se cumpla, como es el caso de los servicios de salud y de los profesionales en este ramo.

3. LEY 100 DE 1993, SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL⁸

A partir de la creación y sanción de la Ley 100 en el año 1993, se da un giro al sistema de seguridad Social en salud, el cual contempla entre otros en componente de salud, ajustado a un modelo de salud integral, cobertura para todos y en el momento de la creación a la búsqueda de un mecanismo de protección para las personas que accedieran a los servicios de salud.

ARTICULO. 170.- Dirección del sistema. Modificado por el art. 119, Decreto Ley 2150 de 1995. El sistema general de seguridad social en salud está bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud

⁸ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

4. LEY 715 DE 2001⁹

Tanto la Constitución Política De Colombia como la Ley 100 de 1993, establecen la obligación del gobierno y el ministerio de salud en ejercer una vigilancia y control del sistema de salud, esta vigilancia no es solo de los servicios de salud, sino también del personal que participa en la prestación de dichos servicios, y como es sabido que esta actividad no es posible ejercerla el estado por si solo o de forma directa, por tal motivo esta función y responsabilidad constitucional y legal es delegada o traslada a los entes territoriales y estos a su vez a la secretarias de salud ya sea Departamental, Distrital o Municipal; es así como la Ley 715 de 2001 lo establece al asignarle las competencias de las entidades territoriales en el sector salud.

ARTICULO. 43.- Corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia.

Y entre sus funciones asignadas esta:

ARTICULO. 43.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades.

ARTÍCULO 45. Competencias en salud por parte de los Distritos. Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación. La prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos. En los mencionados distritos, el laboratorio departamental de salud pública cumplirá igualmente con las funciones de laboratorio distrital.

5. LEY 23 DE 1981, CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA¹⁰

La Ley 23 de 1981, su Decreto reglamentario 3380 del mismo año, presenta el marco normativo que debe regirse en medico durante el ejercicio de su actividad profesional, de igual manera contempla las sanciones a las que incurre sino se somete al cumplimiento de la norma.

9 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html

10 http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm

ARTÍCULO 73. Los Tribunales ÉticoProfesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos

6. LEY 734 DE 2002 CODIGO DISCIPLINARIO UNICO¹¹

Ahora bien los tribunales de ética médica pueden hacer bien su trabajo, es decir, impartir justicia y sancionar el medico investigado de manera ejemplarizante, pero de nada serviría esta decisión sin que se ejecute y se vigile el cumplimiento de la sanción impuesta, es por eso que es importante determinar el papel que juega las secretarias de salud por mandato legal y las consecuencias que acarrea no supervisar por parte de los funcionaria públicos que dirigen la dependencia de salud de estos entes descentralizados.

En Colombia la vigilancia de las actuaciones de los funcionarios públicos con sujetos disciplinados está bajo el control de la Procuraduría General de la Nación, quien este es el ente encargado de sancionar a dichos empleados cuando por acción u omisión no cumplen con sus funciones encomendadas por la constitución y la ley.

SUJETO DISCIPLINADO

ARTICULO. 25. Servidor Público. (Secretario de Salud)

FORMA DE REALIZACION DEL COMPORTAMIENTO

ARTICULO. 27. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

DEBERES

ARTICULO. 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, **las decisiones judiciales y disciplinarias...**

Es importante tener en cuenta, que el papel de los tribunales de ética médica no se

¹¹ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>

limita solo al hecho de llevar a cabo el proceso disciplinario e imponer una sanción, pues por este simple hecho sería una sanción infértil, puesto que el no cumplimiento de la misma genera un sin sabor en el quejoso y una sensación de burla o no acatamiento de las normas constitucionales y legales por parte de sancionado, en este caso el médico.

7. LEY 599 de 2000, CODIGO PENAL¹²

En casos extremos de carencia de cumplimiento de la sanción tanto en tribunal como el quejoso podrá recurrir a la jurisdicción penal, Fiscalía General de la Nación, con el fin de denunciar la conducta punible del sancionado, que en este caso sería Fraude a Resolución Judicial, este ente deberá llegar a cabo la investigación y de encontrar mérito para llamamiento a juicio del denunciado hacerlo y que sea un juez de la Republica quien dirima de manera definitiva al respeto.

ARTICULO. 554. Fraude a resolución judicial. El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. FINALIDAD DE LA SANCIÓN Y LA NECESIDAD DE SU CUMPLIMIENTO.

1. JUSTICIA.

Cuando una persona o un grupo de personas acceden a la justicia, es decir acude a un ente encargado de impartir justicia, en este caso al Tribunal Ética Médica, lo hace con el fin de denunciar un hecho que a su parecer es violatorio de la ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380 de la misma anualidad, de igual forma lo hace porque confía en que los funcionarios que laboran en dicho ente actué de manera razonable al realizar el proceso ético disciplinario y de llegar a emitirse una sanción esta se cumpla en su totalidad.

Ahora bien y tal como lo mencione anteriormente, si los magistrados actúan en cumplimiento del marco constitucional y legal y esta lleva a una sanción al profesional de la salud de nada sirve que quede plasmado en un documento sin que se pueda lograr que se cumpla la sanción, pues el quejoso o los quejosos no lo verán como algo ajeno al tribunal sino que en su defecto lo apreciaran como si de nada sirvió acudir a la institución que regula el actuar medico si este profesional nunca acata la sanción impuesta.

¹² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

2. HACER CUMPLIR LAS FUNCIONES DEL ESTADO – MISIÓN ENCOMENDADA

Es clara reconocer que cada ente del estado cumple una función y que la función de los Tribunales de Ética Médica se limita a realizar la investigación y emitir una decisión definitiva de los procesos éticos enmarcados en la norma que en la actualidad los regula, pero es bueno establecer que la función de muchos organismos del estado y delegados por el estado deberá ser armónica como en el caso que nos ocupa, pues, los Tribunales de Ética Médica con la Secretarías de Salud, en primero en investigar y de ser necesario sancionar y el segundo en hacer cumplir la sanciones impuestas, de no ser posible esta sincronización existen los mecanismos ya expuestos para que los funcionarios de estas entidades cumplan a cabalidad la labor encomendada al asumir el cargo.

3. EDUCAR

Los procesos ético disciplinarios que se rigen por la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981, tienen como fin investigar las quejas que por posible mala actuación u omisión que incurra en médico y de ser necesario sancionarlo, ahora bien, este proceso y posible sanción tiene un componente como es el de educar, con el fin de que el médico pueda llevar a recapacitar, replantear las actuaciones propias y de otros, con el objeto de que pueda evitar nuevas actuaciones de la misma índole.

Entre los artículos de la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981, que mayormente infringen los médicos durante su ejercicio profesional se encuentran:

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.

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

ARTÍCULO 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.

Esta situación nos lleva a pensar que el médico en su actuar profesional es desconocedor del papel importante que juega el contenido de estos artículos, que en muchos casos juegan un papel articulado, pues durante la relación médico paciente este debe desplegar el tiempo necesario que le permita establecer un diagnóstico acertado, con el fin de evitar someter al paciente a un riesgo injustificado y esta actuación debe quedar plasmado en un documento conocido como historia clínica, instrumento que le sirve de soporte al galeno para demostrar que su actuación se rigió por los principios éticos y a la vez es la prueba reina en cualquier tipo de proceso que se vea inmerso.

Durante un proceso Ético disciplinario terminan vinculado profesionales de salud que en ocasiones son llamados para esclarecer hechos mencionados por el quejoso, en esta situación y a pesar de no ser responsables de lo que se le acusa si terminan enterándose y aprendiendo que ciertas actuaciones violan los lineamientos legales que rige la Ética Médica, y que es necesario corregir para no tener que asumir una responsabilidad en esta jurisdicción.

4. FUNCIÓN PROTECTORA.

El médico debe comprender que su actuar profesional se enmarca sobre normas de carácter ético disciplinaria y que no trasegar sobre esta marco legal acarrea una sanción, que en muchos casos es benévola si la comparamos con la decisión del quejoso o un familiar de la posible víctima de tomar la justicia por sus propias manos, lo cual acarrearía consecuencias trágicas para el profesional y su familia.

5. PROVIDENCIAS INFERTILES

Todo proceso Ético Disciplinario lleva por consiguiente la dedicación de un tiempo, la movilización de una recursos, con el fin de esclarecer la queja presentada por uno o varios profesionales de la medicina, y a la vez acarrea la toma de una decisión definitiva, sin embargo, si esta es sancionatoria de nada sirve que de imponga si muchas veces dicho profesional no la cumple o los entes encargados en este caso las Secretarías de salud no las hacen cumplir a sabiendas de la obligación legal que les fue asignadas en este tema.