

**TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA**

GACETA JURISPRUDENCIAL

**ENCUENTROS DE TRIBUNALES
DE ÉTICA MÉDICA
2016 - 2018**

MARZO 2019

No. 33

© 2019 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

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

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2019

**ENCUENTROS DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA
2016 - 2018**

MARZO - 2019

No. 33

MAGISTRADOS 2019

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Hernán Jiménez Almanza

Dr. Ariel Iván Ruiz Parra

Dr. José Miguel Silva Herrera

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo



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

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

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

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

El servicio de **envíos**
de Colombia



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

INDICE	Pag.
Editorial	9
Dr. Germán Gamarra Hernández Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica	
Reflexiones sobre el cuidado del idioma	15
Dr. Juan Mendoza Vega Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	
Incidencias de un delito consumado y del error de prohibición sobre el secreto profesional	19
Dra. Alejandra María Zapata Hoyos Abogada Secretaria del Tribunal de Etica Médica de Antioquia	
¿Es Obligatoria la Versión Libre del Médico en el Proceso Ético-Profesional?	36
Dr. Jacob Aarón Cuellar Bermúdez Abogado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca	
El Informe Pericial	44
Dr. Juan Carlos Torres Díaz Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica de Arauca	
Eutanasia, decisión médica	53
Dr. Ramiro Calderón Tarazona M.D. Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander	
Dr. Mario Mejía Díaz M.D (QEPD) Catedrático Medicina Legal Unilibre, Cúcuta	

	Pag.
Los fines de la medicina y el ethos médico	61
Dr. Gabriel Lago Barney Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	
Bioética y post conflicto	75
Dr. Edgar Montoya Ángel Magistrado Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca	
La objeción de conciencia una contraposición entre la moral y el derecho	80
Dr. Juan Carlos Torres Díaz Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica de Arauca	
El principio de legalidad en la responsabilidad ética: fundamentos y consecuencias	85
Dr. Juan Felipe Álvarez Arboleda Abogado asesor del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia	
Retos de los Tribunales de Ética Médica frente al modelo actual en salud	93
Dr. José Vicente Maestre Peralta Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Magdalena y Distrito Santa Marta	
La medicina defensiva	99
Dr. César Bruno y Caro Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta	
La defensa de los Tribunales de Ética Médica ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo	105
Dra. Alejandra María Zapata Hoyos Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia	
El rostro del juez	115
Dr. Manuel Cadena G. Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá	

	Pag.
¿Se debe aplicar el principio de “<i>non bis in idem</i>” en los procesos disciplinarios médicos, para no violar el art 29 constitucional?	119
Dr. Jesús Antonio Chaustre Buitrago Magistrado del Tribunal Seccional Ética Médica Norte de Santander	
Obligaciones en cirugía plástica estética	131
Dr. William Libardo Murillo Moreno Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca	
Teorías de la remisión e integración normativa	134
Dr. Jacob Aarón Cuéllar Bermúdez Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca	
Donación de órganos y tejidos humanos	138
Dr. Germán Gamarra Hernández Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	
Archivo, preclusión e inapelabilidad en el proceso ético disciplinario médico	147
Dr. Jacob Aarón Cuéllar Bermúdez Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca	
Consentimiento informado en menores de edad	166
Dr. Juan Guillermo Agón López Abogado asesor Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia	
La Ley no. 219 del 22 de diciembre de 2017. Normas sobre consentimiento informado y disposiciones anticipadas de tratamiento	200
Dr. César Bruno y Caro Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta	

	Pag.
Responsabilidad disciplinaria y fiscal de los abogados secretarios de los Tribunales de Ética Médica	207
Dra. Diana Julieta Olivo Ospina Abogada Secretaria del Tribunal Seccional Ética Médica Valle del Cauca	
Responsabilidad médica, penal y disciplinaria	222
Dr. Edgar Saavedra Rojas Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica	

Editorial

ENCUENTROS DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA 2016 - 2018

Germán Gamarra Hernández

Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología

Magíster en Epidemiología Clínica

Vice-presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia

Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

En el presente número de la *Gaceta Jurisprudencial* se resumen algunos de los temas que fueron presentados y discutidos durante los últimos Encuentros Nacionales de Tribunales de Ética Médica, realizados en Bogotá D.C., durante los años 2016, 2017 y 2018.

Los encuentros de tribunales constituyen una excelente oportunidad para intercambiar conceptos sobre problemas comunes que se presentan en el ejercicio de esta noble labor y aunque la normatividad y legislación cambia con inusitada frecuencia, la esencia y los temas de fondo se mantienen, y el espíritu de una norma soportada en los principios éticos universales, se consolida y se fortalece con el paso del tiempo.

La diversidad de los temas tratados en los encuentros de tribunales constituye un valioso activo que permite a los diferentes magistrados y abogados de los tribunales seccionales sustentar sus opiniones con el fin de ser rebatidas y obtener conclusiones para aplicar en el desarrollo de su labor. El pluralismo temático que existe en este número de la *Gaceta Jurisprudencial* va desde aspectos relacionados con el cuidado del idioma, magistralmente tratados por el eminente y siempre recordado magistrado Juan Mendoza Vega, hasta temas netamente jurídicos, expuestos y desarrollados en su mayor parte por los abogados asesores de los diferentes tribunales.

En el ejercicio actual de la medicina adquieren particular interés temas como el secreto profesional, la objeción de conciencia, la medicina defensiva, la relación médico-paciente y el consentimiento informado en especial, en

los menores de edad, que son revisados desde diferentes ángulos nuevamente y que expresan las consideraciones, conocimiento y experiencia de los respectivos ponentes. Otros temas tratados, que generan controversia permanente, incluyen la Eutanasia, Donación de órganos y trasplantes, Neurolingüística, Obligaciones en la Cirugía Plástica Estética y la Bioética en el Post conflicto. Adicionalmente, diversos temas que tratan aspectos jurídicos como el informe pericial, la versión libre en el proceso ético médico disciplinario, preclusión y archivo, fueron motivo de debate en los citados encuentros.

Desde hace al menos cinco (5) años el tema de la “Prescripción de la acción disciplinaria” ha sido motivo de discusión y debate en los diferentes encuentros naciones de tribunales de ética médica y aún existen diferencias en las normas que se aplican, no solo entre los tribunales de las diferentes profesiones como Odontología, Enfermería y Medicina, sino en los términos que son utilizados por parte del Ministerio de Salud y Protección Social cuando se ha pronunciado sobre la prescripción. Existe dificultad desde la definición del inicio de la acción disciplinaria porque, aunque en algunos casos hay una queja precisa y clara contra un médico bien identificado, adicionada con una prueba sumaria como lo establece la norma, se acepta la queja y casi de manera simultánea se da inicio a la investigación disciplinaria; sin embargo, en muchos otros procesos, se hace necesario individualizar al posible o posibles culpables, ya que la queja es presentada en abstracto “contra los médicos de tal institución, que atendieron a tal paciente”; en otras ocasiones no se conoce si el acusado es médico y a veces, simplemente la falta que se le atribuye no corresponde a una falta ética sino a otra causa. En la Ley 23 de 1981, no se contempla una etapa de indagación preliminar y queda la sensación que cuando se presenta una queja contra un médico en particular, debe ser porque obedece a faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión y por lo tanto debería ser investigada.

Por otra parte, situaciones particulares en el ejercicio de la medicina, como la introducción dentro del organismo de algunas sustancias, como por ejemplo biopolímeros en caso de procedimientos estéticos, llevan al desarrollo de complicaciones tardías que incluso pueden ocurrir varios meses o años después de su aplicación. Al contar los términos de prescripción a partir de la fecha en que ocurrió el acto médico, es posible que quede muy poco tiempo entre la presentación y aceptación de la queja para adelantar las diferentes etapas del proceso y se produzca el fenómeno de la prescripción

de la acción disciplinaria, obligando a la preclusión del respectivo proceso. Teniendo en cuenta que la Ley 23 de 1981, Ley de Ética Médica, no establece los términos de prescripción en el proceso ético-médico disciplinario, el Tribunal Nacional con el apoyo de un importante número de abogados asesores y secretarios de los tribunales seccionales durante un encuentro nacional, revisó la normatividad existente y con base en ella resolvió iniciar el conteo de la prescripción a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria, es decir del inicio formal de la etapa de investigación. Hasta la fecha, se han emitido numerosos fallos acatando esta normatividad.

En el No. 18, correspondiente al mes de septiembre de 2015, de la Gaceta Jurisprudencial publicada por el Tribunal Nacional de Ética Médica, se revisó de manera amplia la jurisprudencia sobre la prescripción de los procesos ético-médico disciplinarios, sus posibles causas y en particular la ley 1474 del 12 de julio de 2011, que permite contabilizar los cinco (5) años a partir del auto de apertura de investigación. En la citada ley se establece:

Artículo 132. Caducidad y prescripción de la acción disciplinaria.

El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

“La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (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.

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

La citada norma ha sido utilizada desde entonces por el Tribunal Nacional de Ética Médica para definir la prescripción siempre y cuando los hechos que motivaron la investigación hubiesen ocurrido con posterioridad al 12 de julio de 2011, fecha de la promulgación de dicha ley.

Como lo hemos anotado previamente, la normatividad en nuestro país cambia con inusitada frecuencia y el pasado 28 de enero de 2019, se sancionó la Ley 1952 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario, se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”.

A continuación, se anotan algunos artículos que se relacionan de manera directa con el fenómeno que se discute y que deberán ser tenidas en cuenta en los procesos ético-médico disciplinarios:

“Artículo 32. Causales de extinción de la acción disciplinaria.

Son causales de extinción acción disciplinaria las siguientes:

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

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

Artículo 33. Prescripción e interrupción de la acción disciplinaria.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados para las faltas de ejecución instantánea desde el día de su consumación, para las ejecución permanente o continuada, desde la realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar.

La prescripción se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia. En este evento, para emitir y notificar el fallo de segunda instancia o de reposición, la autoridad disciplinaria tendrá un término de dos años contados a partir del siguiente día del vencimiento para impugnar la decisión. (...)

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

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

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

Es probable que, con la aplicación de la nueva normativa, el fenómeno de prescripción ocurra con una mayor frecuencia en los procesos ético-médico disciplinarios que se manejan por los tribunales de ética médica; sin embargo, el conocimiento de las normas que son de cumplimiento obligatorio en un Estado Social de Derecho, nos obligará a los jueces a ser más diligentes y ágiles con el fin de evitar, hasta donde sea posible, la ocurrencia del fenómeno de la prescripción y de esa forma se pueda cumplir a cabalidad con la función de impartir justicia, razón de ser de los diferentes tribunales.

El anterior es solo un ejemplo que nos motiva a mantener los encuentros nacionales de tribunales de ética médica con el fin de continuar con la discusión de diferentes temas que ameritan un enfoque multidisciplinario y que nos permita lograr acuerdos para desarrollar cada vez un mejor ejercicio de nuestra actividad como magistrados.

REFLEXIONES SOBRE EL CUIDADO DEL IDIOMA¹

Por Juan Mendoza-Vega M.D.²

El proceso ético-disciplinario médico, lo mismo que todas las actuaciones en las que los seres humanos buscan impartir justicia dentro de su entorno social, tiene como una de las exigencias básicas el uso correcto del idioma en el que se tramite cada asunto. En efecto, son las palabras y las frases el medio indispensable para presentar cada uno de los datos que deben registrarse en un proceso de modo que cumplan allí determinados fines, necesarios para el recto accionar de la justicia. Gracias a la muy larga historia de la Jurisprudencia, existe en todos los idiomas lo que podríamos llamar un “lenguaje forense”, con no poca contribución de términos y expresiones traídas del latín como reflejo del aprecio y respeto que suscitan las instituciones ya milenarias del Derecho Romano.

Es obvio, sin embargo, que la mayor parte de los documentos y argumentos de un proceso utilizan el lenguaje ordinario, el idioma oficial del país donde se adelanta ese proceso; por lo mismo, vale la pena insistir en la necesidad de cuidar ese aspecto del idioma español, evitando muletillas, traducciones “macarrónicas”, y otros vicios que puedan causar inconsistencias o permitir interpretaciones indeseables u otros efectos negativos sobre la actuación procesal.

Petición, pero no orden

El uso inadecuado de un término puede llevar a conclusiones equivocadas. Tal puede ser el caso cuando se alude a los exámenes complementarios o paraclínicos que un médico desea tener para aclarar el diagnóstico y quizá controlar el tratamiento; en el lenguaje popular suele decirse que el doctor “ordenó” tal o cual examen, “mandó que me hicieran” tal proce-

¹ Reunión nacional de Tribunales de Ética Médica, Bogotá, 18 de noviembre de 2016

² Secretario Perpetuo de la Academia Nacional de Medicina. Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica. Subdirector de la Academia Colombiana de la Lengua. Individuo correspondiente de la Real Academia Española

dimiento, pero esas frases del habla corriente no reflejan la realidad porque el médico solicita o pide esas ayudas, no las ordena, mucho menos cuando se trata de aquellas que implican un acto médico en el cual interviene otro colega cuya autonomía no está en duda.

Siempre deberá hablarse, entonces, de exámenes pedidos o solicitados, nunca llamarlos “ordenados”; este matiz del lenguaje implica que el médico a quien se hace la solicitud puede y debe obrar con plena autonomía profesional, hasta el punto de tener la capacidad de negarse a realizar el procedimiento si tiene razones científicas válidas para ello. En ningún caso el radiólogo intervencionista, para dar solo un ejemplo, está obligado a tomar una biopsia si su criterio científico aplicado al caso concreto muestra que tal biopsia no es conveniente o no se justifica a la luz de lo que él en su examen ha encontrado; puede mandar el paciente de vuelta al médico tratante con una explicación de su negativa, sin que ello pueda ser visto como violación de la ética ni de la *lex artis ad hoc*.

Información, pero no evidencia

El autor viene insistiendo de tiempo atrás en la necesidad de corregir una traducción equivocada que hizo fulgurante carrera dos decenios atrás en nuestro medio: la de pretender que se ejerza la medicina “basada en la evidencia”. El equívoco surgió por la gran similitud entre el término inglés “evidence” y el español “evidencia”; según el respetado *American Heritage Dictionary*, “evidence” son “los datos en los cuales se puede basar un juicio o una conclusión; lo que suministra pruebas sobre algo”; pero en español, el *Diccionario de la Lengua Española* que es elaborado y avalado por la Real Academia Española y todas las demás academias nacionales de la lengua, informa que “evidencia” es “certeza clara y manifiesta de la que no se puede dudar”; queda bien clara la diferencia entre los dos conceptos y parece lógico afirmar que, en el campo de las ciencias médicas, muy pocas cosas pueden llamarse “evidencias”...

La “evidence” a que se refiere la locución “evidence-based medicine” es el conjunto de los datos reunidos en gran número de trabajos científicos serios, tratados como meta-análisis para encontrar la utilidad demostrada de un medicamento, intervención quirúrgica u otra clase de acto médico, pero ciertamente nadie puede pretender que ese acervo de datos, por excelente que sea, tenga carácter de incontrovertible e indudable,

es decir, de “evidencia”. Aunque sean casi homófonas y se escriban casi igual, las dos palabras no son equivalentes; para hispanohablantes, la sugerencia debe ser el ejercicio de la medicina “basada en la mejor información disponible”.

No sobra advertir, por cierto, que la medicina “basada en la mejor información disponible” no debe dejar de lado el concepto de “medicina centrada en la persona”, que es ciertamente la que mejor responde a la real necesidad de las personas que acuden al médico buscando protección para su salud o tratamiento de accidentes o enfermedades.

Demasiado como

Parece que se va desvaneciendo en las conversaciones de cada día la ridícula insistencia en cambiar a toda costa el verbo **poner** por su casi equivalente **colocar**, cambio que ha llevado a frases como “no me digas eso porque **me coloco triste**” o también “**me coloqué roja de la vergüenza**”, “**se colocó a llorar de la ira**”... Ponerse triste, ponerse rojo, ponerse a llorar o a reír, son tan correctas formas de hablar como ponerse la ropa, ponerse el sombrero.

Pero han aparecido otros errores, entre ellos la palabra **como** con caracteres de muletilla y el uso de **demasiado** para indicar gran cantidad o abundancia.

Algunas personas están introduciendo en sus frases, aun si se trata de conferencias o discursos, el vocablo **como** en los sitios menos esperados; el oyente o lector encuentra que “se vio **como** una multitud **como** agolpada a las puertas **como** del estadio, esperando **como** para entrar” o que “por la ciclovía iban **comomuchas** personas **como** trotando o **como** en bicicleta con sus mascotas”; la inoportuna muletilla en nada ayuda a la claridad de los conceptos ni a la belleza del lenguaje y, se nota en los ejemplos, podría quitarse sin que la información se perjudicara.

En cuanto al **demasiado**, parece que con frecuencia se olvida que tal palabra implica gran cantidad pero con el sentido de que esa abundancia causa molestia o perjuicio; así, se dice bien que llovió demasiado y se inundaron algunos barrios de la ciudad, que se sufrió indigestión por comer demasiado, que ingerir demasiado licor produce embriaguez con

todos sus problemas. Pero resulta evidentemente absurdo afirmar que algo es demasiado sabroso, que un libro es demasiado bueno, que a una persona se la ama demasiado, que el gran futbolista metió demasiados goles o que el atleta campeón olímpico corre los cien metros planos demasiado rápido.

El superlativo de mucho no es demasiado sino muchísimo; más que bueno es buenísimo o excelente; a sabroso le cuadra sabrosísimo, a rápido, rapidísimo, y así para los demás, etcétera dirían los puristas.

Aquí no se agota el tema... Pero sin duda hay clara conciencia sobre la diferencia fundamental entre **caducidad y prescripción**, para citar un ejemplo que a veces nos causaba tropiezos, de manera que se dejan para ocasión venidera otros comentarios.

INCIDENCIAS DE UN DELITO CONSUMADO Y DEL ERROR DE PROHIBICIÓN SOBRE EL SECRETO PROFESIONAL¹

ALEJANDRA MARÍA ZAPATA HOYOS
Abogada – Secretaria
Tribunal de Ética Médica de Antioquia

Como es conocido, los procesos ético disciplinarios médicos que conocen a diario los Tribunales de Ética Médica del país, versan sobre las posibles infracciones cometidas contra la *lex artis* por los profesionales de la medicina.

En muchos de tales procesos, la actuación del médico, además de configurar una falta disciplinaria, merecedora de una sanción, también se enmarca en una conducta constitutiva de delito, según la legislación colombiana, caso en el cual se corre traslado a la autoridad competente.

Sin embargo, en esta ocasión no nos centraremos en lo anterior. Nos enfocaremos sí en aquellos casos, tal vez excepcionales, en los cuales, el profesional de la medicina no es quien en principio, comete un delito con su proceder durante el acto médico sino que en el normal transcurrir de su ejercicio profesional, se encuentra cara a cara con un delito consumado o bien con un hecho constitutivo de delito próximo a consumarse, por un sujeto que en un determinado momento, tiene a su cargo en calidad de paciente.

El anterior escenario nos lleva a evidenciar en el gran dilema en que puede verse inmerso un galeno cuando está expuesto a tal situación pues por un lado, pesa sobre sus hombros la obligación de guardar el secreto profesional y por otro, no deja de ser un ciudadano, que como parte de un conglomerado social, también tiene el deber de denunciar todos aquellos delitos

¹ Ponencia basada en el proceso con radicado 2333 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Es posible encontrar referencias y argumentos esbozados en las decisiones adoptadas dentro del mismo.

de los que tenga conocimiento. Aunado a lo expuesto, entran en juego los derechos del paciente de ser atendido médicamente con el fin de preservar su salud, su integridad corporal, con observancia también de su derecho a la intimidad y a la dignidad humana.

Se encuentran así en tensión, dos postulados sumamente importantes que recaen sobre los profesionales de la medicina, por un lado el juramento médico, adoptado por la Ley 23 de 1981 y que consta en su artículo 2:

“JURAMENTO MÉDICO

Prometo solemnemente

(...)

Guardar y respetar los secretos a mí confiados”

Por otro lado, el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, el cual dispone:

“Artículo 67. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.
(...)”

Trataremos en estas líneas de proponer una solución a este conflicto, nada sencillo por cierto, reconociendo que frente a esta problemática, sin duda alguna, habrá diversas posturas, talmente opuestas o medianamente coincidentes con la nuestra.

Para tal propósito es preciso abordar diversos aspectos, a saber: i) Los fundamentos normativos del secreto profesional; ii) Fundamentos jurisprudenciales sobre el secreto profesional; iii) Excepciones a la observancia del secreto profesional; iv) Los derechos del paciente que ha cometido un delito, así como v) La conducta que debe asumir el médico que atiende a un paciente que ha cometido un delito. Seguidamente se tocará el tema del vi) error de prohibición y su vii) utilización como argumento para justificar la revelación del secreto profesional en los casos de delitos consumados.

• FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO EN COLOMBIA

Desde el propio texto Constitucional, específicamente en el artículo 74², se consagra tajantemente el secreto profesional como inviolable, premisa que, dada su redacción de carácter general, ha debido ser desarrollada por distintas normas tanto de carácter legal como reglamentario, en diferentes áreas y ámbitos profesionales.

Para el caso de nuestro interés, encontramos ciertos desarrollos en la Ley 23 de 1981, en efecto, en el texto que consagra el juramento hipocrático (artículo 2), el médico se compromete a guardar y respetar los secretos que le sean confiados, tal como se indicó renglones atrás.

Además, dicha ley en el artículo 37, contempla también la definición de secreto profesional para efectos del ejercicio de la medicina, de la siguiente manera:

“Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.”

De otro lado, también puede afirmarse que cuando un médico viola el secreto profesional, además de la infracción de las normas citadas, que se refieren específicamente al tema, indirectamente atenta contra otras normas de la misma ley. Por ejemplo, estaría desconociendo las implicaciones humanísticas del ejercicio de la profesión médica³, así como que su actitud

² Artículo 74: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. **El secreto profesional es inviolable**”. (negrilla fuera de texto).

³ Artículo 1, numeral 1: “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.**” (negrilla fuera de texto)

ante el paciente siempre debe ser de apoyo⁴.

• FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL SECRETO PROFESIONAL

Siendo de tal trascendencia el tema del secreto profesional, no ha escapado a los pronunciamientos de las altas Cortes, en efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-264 de 1996, señaló lo siguiente:

“La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que se destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más reconditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales. En el ámbito de la relación profesional, depositado el secreto o conocida la información o el dato por parte del profesional, el sujeto concernido adquiere el derecho a que se mantenga el sigilo y este derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida. Correlativamente, el profesional tiene frente al titular del dato o información confidencial, el deber de preservar el secreto. Como una proyección del derecho del titular del dato o información, al igual que como una concreción particular del interés objetivo y legítimo de una profesión en auspiciar un clima de confianza en las personas que constituyen el círculo de los usuarios de los servicios que dispensa, el profesional, a su turno, tiene el derecho de abstenerse de revelar las informaciones y datos que ingresan en el reducido de la discreción y la reserva.

El derecho y el correlativo deber que se derivan de la prohibición de revelar el secreto profesional, tienen carácter formal en cuanto que, en principio, son indiferentes respecto de su contenido concreto. En realidad, lo comprendido por el secreto no es tan significativo desde el punto de vista jurídico como la necesidad de que permanezca oculto para los demás. Aquí se revela una faceta peculiar del

⁴ Artículo 11: “La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación, y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.”

secreto profesional y que consiste en servir de garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que se destaca el derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad etc. De otra parte, este nexo funcional, explica por qué las limitaciones que en un momento dado pueden revelarse legítimas y proporcionadas en relación con un derecho fundamental, eventualmente pueden en una situación extrema repercutir sobre el propio ámbito del secreto profesional, inclusive restringiéndolo.

La íntima ligazón funcional que vincula el secreto profesional con otros derechos fundamentales, en particular con los de naturaleza personal, permite descubrir en el primero una especie de barrera protectora de la vida privada, distinguible de la vida social y de la pública. (...)

En este sentido, el secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que compromete la parte más centripeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas. Se comprende que la Constitución asuma la defensa vigorosa de la vida privada, pues cuando de ésta así sea un fragmento se ofrece a la vista y al conocimiento público o social, ella se profana y la persona percibe la infidencia como la más injusta afrenta a su bien máspreciado, que no es otro que su mundo interior.

Determinados profesionales tienen la delicada tarea de ser recipiendarios de la confianza de las personas que ante ellas descubren su cuerpo o su alma, en vista de la necesidad de curación o búsqueda del verdadero yo. El profesionalismo, en estos casos, se identifica con el saber escuchar y observar, pero al mismo tiempo con el saber callar.

De esta manera el profesional, según el código de deberes propio, concilia el interés general que signa su oficio con el interés particular de quien lo requiere. El médico, el sacerdote, el abogado, que se adentran en la vida íntima de las personas, se vuelven huéspedes de una casa que no les pertenece y deben, por tanto, lealtad a su señor.”

Teniendo en cuenta que no es el propósito en esta ocasión explicar el alcance del secreto profesional, basta con citar la sentencia anterior para ilustrar el tema.

• EXCEPCIONES A LA OBSERVANCIA DEL SECRETO PROFESIONAL

A pesar de que la consagración del secreto profesional en el texto constitucional, pareciere dar a entender que se trata de una obligación de carácter absoluto, sin margen de excepción, lo cierto es que ello no es así. Si se observa el artículo 38 de la Ley 23 de 1981⁵, éste contempla una serie de eventos en los cuales al médico, le está permitido revelar el secreto profesional:

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

- a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;*
- b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;*
- c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;*
- e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.”*

En cuanto a la revelación del secreto profesional, en conjunción con el texto constitucional que consagra la prohibición de hacerlo, la citada Sentencia C-264 de 1996 indicó:

“El laconismo del lenguaje constitucional se orienta a establecer de manera perentoria la prohibición de revelar el secreto profesional, pero en modo alguno se endereza a excluir la regulación legal en este campo. La efectividad del precepto constitucional, requiere que la vulneración del secreto profesional sea sancionada y prevenida. En este sentido, se torna indispensable fijar supuestos de responsa-

⁵ Este artículo debe leerse en consonancia con la sentencia de la Corte Constitucional C-264 de 1996, que lo declaró exequible bajo el entendimiento que allí se expresa.

bilidad civil y penal, lo mismo que definir los titulares de derechos y obligaciones. No puede, pues, negarse al Legislador la facultad de dictar reglas en punto al secreto profesional que contribuyan a concretar su alcance y a precisar las condiciones y procedimientos necesarios para asegurar su eficacia y aplicabilidad.”

Lo anterior quiere decir que las excepciones contempladas en la Ley 23 de 1981, no chocan con el texto constitucional y son plenamente válidas y aplicables, pudiendo afirmar que tales límites tienen su razón de ser en la protección del bienestar social, el interés general y por supuesto en el bienestar del paciente.

Por su parte, en la sentencia C-411 de 1993, la Corte Constitucional señaló:

“La calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho”.

Según lo expuesto y para el tema de nuestro interés, existe un evento más en el cual el médico está autorizado para revelar el secreto a él confiado, y es en aquellos casos en los cuales develar lo que debe permanecer oculto, impide que se materialice un delito calificado como grave.

• DERECHOS DEL PACIENTE QUE HA COMETIDO UN DELITO

El paciente que ha cometido un delito sigue siendo paciente, con los mismos derechos que cualquier otro, al margen de la responsabilidad que tendrá que asumir en otras esferas del derecho y por muy difícil que ello sea de asimilar para el galeno que le brinda la atención médica, según su escala de valores y sus concepciones morales.

El médico nunca debe olvidar que el sujeto que ha cometido un delito sigue siendo su paciente a quien está obligado a asistir, ayudar y apoyar con

toda la humanidad que le sea posible, buscando siempre su bienestar y evitando exponerlo a situaciones de deshonra, orfandad y escarnio público. Por ello, cuando una persona acude ante un médico, se presume que éste observará el deber de apoyo al paciente y guardará el secreto profesional.

Así entonces, el paciente que ha cometido un delito, tiene derecho a que el médico le guarde sus secretos, en virtud de la estrecha relación que ello tiene con el derecho a la intimidad, siendo así un deber ético y una obligación jurídica a su cargo.

• CONDUCTA QUE DEBE ASUMIR EL MÉDICO QUE ATIENDE A UN PACIENTE QUE HA COMETIDO UN DELITO

En primer lugar, debe aclararse que no se pretende hacer una defensa de algún delito en particular, ni mucho menos de quienes cometen actos delictivos pues ello no es lo que se discute en los procesos que conocen los tribunales de ética médica, ya que el análisis de tales situaciones corresponde a otras latitudes del derecho.

El problema de fondo y para el cual se intenta proponer una solución, consiste en determinar si durante la relación médico-paciente, plenamente configurada, que debe estar permeada por el humanismo y el secreto profesional, el galeno tiene la obligación de denunciar violando el secreto profesional, a pesar de las consecuencias que ello puede generar para el paciente y la medicina misma.

En esa relación médico-paciente, el profesional, entre muchas otras, puede enfrentarse a dos situaciones: i) un paciente que ha cometido un delito, es decir, que se encuentra consumado y lo revela a su médico; o ii) un paciente que revela al galeno la posible o futura comisión de un delito.

Esto es importante porque de ello dependerá que se encuentre incurso en una de las excepciones que permite revelar el secreto profesional. En efecto, cuando se trata de la posible comisión de un delito futuro, que pueda ser catalogado como inminente y grave, al médico le está permitido revelar ese secreto porque de esa manera va a impedir un mal de grandes dimensiones; es decir, la justa causa se correspondería necesariamente con evitar un mal mayor.

En este punto es pertinente citar el caso "*Smith V. Jones, la Corte Suprema*

*de Canadá adoptó un estándar similar e identificó 3 factores para determinar si el/la médico/a puede incumplir con su deber de mantener la confidencialidad: (1) debe haber un riesgo claro para una persona o grupo de personas identificables; (2) el riesgo debe ser de daño corporal serio o de muerte; (3) el riesgo debe ser inminente”.*⁶

Por el contrario, si se trata de casos en los cuales el paciente (mujer) consulta porque se ha provocado un aborto, porque está herido después de haber cometido un homicidio y muchas otras hipótesis que se pueden presentar, no hay excusa para revelar el secreto profesional, con todo lo reprochable que tales delitos puedan ser, porque ya están consumados y develarlos no tendría ya la virtualidad de impedirlos.

Quien revela el secreto profesional en esas condiciones, sin que medie justificación alguna, deja también de lado el humanismo que le es inherente a tan loable profesión, atacando a quien en situación vulnerable, no tiene otra opción que acercarse al que considera le prestará ayuda de manera integral y guardará los secretos sobre su intimidad hasta la muerte, pese a recaer sobre sus hombros la sombra de un delito cometido.

El paciente no revela lo íntimo para alardear sino para buscar ayuda, develar lo dicho o hecho por quien siempre acude bajo estas circunstancias, sería limitar el libre ejercicio de los derechos que la misma Constitución le da y además, serviría de instrumento al propio Estado para constituir una prueba, que podría obtener de otra forma. Esto siempre llevaría a la autoincriminación del paciente, pues fuera de lo expresado por él, el propio cuerpo podría evidenciar las cosas por sí mismo.

Permitir que el médico a través de la denuncia de un ilícito ya consumado y cometido por el mismo paciente, obstaculice el acceso a los servicios de salud y que tenga que optar entre vivir o ser sancionado penalmente, es a todas luces contrario a la ética y a las implicaciones humanísticas de la medicina.

Valga aclarar que así las autoridades solicitan información confidencial acerca de la atención de un paciente, el médico no puede brindarla, pues

⁶ Revista Argentina de Teoría Jurídica, Número 13, Junio de 2009. Universidad Torcuato Di Tella – Secreto profesional médico y servicios de salud sexual y reproductiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Oscar A. Cabrera y Martín Hevia, pag 7.

con ello se violarían derechos fundamentales del paciente, porque el único legitimado para solicitar esta información de parte del médico es el juez y aún así, el galeno puede guardar silencio cobijado por el secreto profesional.

Al respecto, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, establece en el artículo 68 que: *“Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo... ni a denunciar cuando medie secreto profesional”*.

Ello quiere decir que el propio derecho penal exonera de la obligación de denunciar a aquellos profesionales como los de la salud, cuando tienen conocimiento de un delito, en ejercicio de su profesión, la cual necesariamente y de acuerdo con la integración normativa, se compadece con lo establecido en el artículo 74 de la Constitución, donde se hace referencia a que el secreto profesional es inviolable. Aunado a esto se encuentran los artículos 385 de la Ley 906, que hacen referencia a las excepciones del deber de declarar, donde una de ellas es que medie secreto profesional.

No puede perderse de vista que la obligación de informar lo íntimo del paciente no existe cuando media el secreto profesional, ya que además del derecho a la intimidad, la solicitud de atención se hace en razón de un estado de necesidad y con fundamento en una relación de confianza entre el médico y su paciente y en estos casos ante la posibilidad de afectación de la vida de manera grave, por la falta de atención médica, por temor a ser denunciado, debe ceder la potestad del Estado de perseguir el delito, así en ello haya un interés legítimo.

Revelar el secreto profesional vulnera la confidencialidad y el respeto a la intimidad del paciente y de paso atenta contra su derecho fundamental a la salud pues lo pone en una disyuntiva donde tendrá que escoger entre evitar las complicaciones de un padecimiento, corriendo el riesgo de pagar una condena, o no buscar atención médica por el temor a ser sujeto pasivo de una sanción penal, lo cual puede llevar al paciente a la muerte por la enfermedad misma u obligarlo a acudir a instituciones y personas no calificadas o que operan en la clandestinidad, agravando la situación considerablemente. Con ello además, se envía un mensaje a la sociedad, consistente en que no se debe consultar cuando el motivo tenga relación con un delito consumado, so pena de ser denunciado y posiblemente condenado.

Informar los pormenores de un delito consumado a las autoridades no es una acción médica que busque evitar perjuicio a otra persona, por el contrario, lo que se causará es justamente un daño al paciente mismo, por ello, violentar la reserva en estas condiciones, traiciona de manera grave la confianza del paciente, el cual se encuentra en estado de vulnerabilidad, con lo que también se viola el principio de beneficencia y no maleficencia que rigen el ejercicio médico.

Ahora bien el concepto y la posición que el galeno tenga, aún desde su concepción religiosa, no puede ser óbice para morigerar la obligación de guardar el sigilo o exonerarse de ella, cuando se encuentra frente a un delito consumado.

En suma, si se tiene clara la obligación de guardar el secreto profesional, puede decirse entonces que no existe tensión entre esta obligación y la de denunciar, ya que guardar la confidencialidad, respetando la intimidad del paciente, la cual es propia de la relación médico paciente, otorga mayor categoría al secreto, el cual sólo se levanta en muy escasas ocasiones, como sería el caso de evitar un delito grave e inminente.

• CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Se trae a escena la figura del error de prohibición para analizar si es posible en algún caso, que el médico acuda a esta figura para resguardarse en ella y justificar la revelación del secreto profesional; es decir, ¿Podrá tener alguna relación el error de prohibición con el secreto profesional, constituyéndose en una excepción para no mantener oculto el secreto?

Para proponer una respuesta a este interrogante, se hará en primer lugar, una breve ambientación sobre el alcance del error de prohibición.

“El Error de Prohibición es una institución estructurada sobre la Culpabilidad, como elemento de la Teoría del Delito, que se define como una situación fáctica, en que un sujeto comete un hecho bajo la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuridicidad de su actuar evitable o inevitable. Quebrantando el imperio del Principio absoluto de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.”

Elementos que constituyen el Error de Prohibición.

La capacidad de culpabilidad. *Comprende la capacidad de entendimiento del individuo de poder conocer la ilicitud de su actuar y comportarse en consecuencia de acuerdo a ese saber, siendo el contenido de esa capacidad el razonamiento de la norma así como la disposición de conducir su conducta en base a los presupuestos de la misma.*

La exigibilidad de adecuarse a la norma. *El derecho penal dentro de sus lineamientos exige de los individuos que conviven bajo sus reglas un determinado comportamiento, proceder que será posible en tanto ese sujeto pueda inclinarse a cumplir lo dispuesto, aun cuando puedan ser exigencias difíciles, más no imposibles.*

El conocimiento virtual de la antijuridicidad. *Lo componen el conocimiento de la significación del acto típico, el conocimiento de la significación antijurídica del acto y la conciencia de la ausencia de una justificación personal de la conducta” 7.*

Ahora bien, el error de prohibición tiene su propia clasificación, se tiene que puede ser vencible o invencible y sin el ánimo de entrar en las profundidades de un tema que puede resultar muy espinoso en el ámbito del derecho penal, al respecto puede indicarse lo siguiente:

“Clases de Error de Prohibición

El error de prohibición puede ser considerado básicamente desde dos puntos de vista:

a. Según exculpe o disminuya la culpabilidad, hablaremos de un error de prohibición invencible y vencible.

a1. Invencible y vencible. El texto del código da un tratamiento distinto a los errores invencible y vencible pues mientras éste únicamente disminuye la responsabilidad y la pena, aquél las excluye. Lo arduo en la doctrina y la práctica es establecer cuándo el error

⁷ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8945. Consultado el 05 de julio de 2016.

es de una u otra clase, pero como no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto; como invencible, por el contrario, el que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho o las personales condiciones del agente. A un hombre de cultura media, física y psíquicamente sano, por ejemplo, le es exigible motivarse en la norma (por haberla comprendido) que prohíbe tomar las cosas ajenas sin el consentimiento del titular y, a pesar de ello, ese mismo comportamiento, difícilmente le puede ser reprochado al poblador de ciertas zonas de nuestra región donde desde siempre, ellos y sus antepasados, tuvieron un concepto bastante restringido de la propiedad privada. Si el habitante de alguna de esas zonas, en la ciudad, coge inconsultamente una gallina (45) del corral ajeno para prepararse sus alimentos en el convencimiento de que está disponiendo de un bien comunal que le es necesario para subsistir, habrá obrado en error de prohibición.

b. Según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violentada, estaremos frente a un supuesto de error de prohibición directo o indirecto.

b.1. Directo. Será directo el error sobre la ilicitud si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma pero que, por razones ulteriores, no la crea vigente. En este último caso, como en el anterior, procederá la aplicación de las reglas del error de prohibición.

b.2. Indirecto. Si recae el error en la autorización del comportamiento ya porque se crea que lo beneficia una norma permisiva que realmente no esté reconocida en la ley, o ya porque se tenga la convicción de que se actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a un tercero de un peligro inexistente, el error será indirecto.

Ejemplos del primer y segundo casos son los siguientes:

a) Alguien mata el ganado enfermo de su colindante en la creencia de que de esa forma evita el contagio en la comarca y, así mismo,

convencido de que el ordenamiento legal permite esos comportamientos.

b) Repeler una supuesta agresión ilegítima en la convicción de que se actuaba en legítima defensa cuando en realidad el “adversario” fingió agredimos.”⁸

De acuerdo con lo anterior se tiene que el error de prohibición vencible puede ser superado por quien incurre en él, teniendo entonces la posibilidad de salir de ese error. Por el contrario, en el error de prohibición invencible, quien incurre en él no tiene posibilidad de advertir el injusto del hecho y de este modo no le puede ser reprochado, de modo que en este tipo de error, se debe disculpar el proceder del sujeto.⁹

Sobre el error de prohibición el Dr. NODIER AGUDELO BETANCUR ha señalado: *“El error de prohibición puede presentarse en los siguientes casos: 1) El sujeto desconoce la ley. 2) El sujeto interpreta mal la ley; o la conoce defectuosamente. 3) El sujeto supone como eximente una causal de justificación”¹⁰.*

En esta medida, se analizará a continuación si un médico puede revelar el secreto profesional cuando su paciente le ha confesado que cometió un delito, afirmando haber estado incurrido en un error de prohibición, que le hacía pensar que tal actitud de denunciarlo era la correcta y amparada por la ley.

• ERROR DE PROHIBICIÓN, COMO ARGUMENTO PARA JUSTIFICAR LA REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

En una reciente providencia proferida por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia, se realizó un análisis sobre el alcance del error de prohibición, como argumento invocado por la defensa del médico investigado, para excusar la revelación del secreto profesional frente a su paciente, quien había cometido un delito, según las leyes colombianas.

⁷ ALMANZA GALDOS, Julio. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Año 1993, Lima - Perú.

⁸ Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Providencia del 14 de septiembre de 2016. Proceso con radicado 2333.

⁹ CURSO DE DERECHO PENAL ESQUEMA DEL DELITO. Santa fe de Bogotá, D.C. Colombia 1992, pag. 109.

En un principio, sería comprensible que ante la presencia de un delito consumado, el médico considere que pueden convertirse en cómplice de dicho acto, sin comprender que con la revelación de lo sucedido, se viola la confianza que él per se representa, que es indispensable para el éxito de la relación médico-paciente y sin la cual se afecta de manera negativa la posibilidad de buscar tratamiento oportuno, para la atención de un aborto incompleto.

Sin embargo, también es cierto que las exigencias para la preservación del secreto profesional no son de imposible cumplimiento, entre otros aspectos porque la Ley 23 de 1981, en su artículo 2, consagra el juramento aprobado por la Convención de Ginebra, de la Asociación Médica Mundial, en el que se preceptuó que el médico deberá conocer, jurar cumplir con lealtad y honor el Juramento médico que dispone: “...*Guardar y respetar los secretos a mi confiados...*”.

Además es absolutamente claro y lógico que el citado juramento se realiza única y exclusivamente por los profesionales de la medicina, por el hecho de ser médicos, lo que implica que a ninguno le sea válido manifestar su desconocimiento y mucho menos excusarse en ello para su incumplimiento, por el contrario, es un mandato obligatorio.

De dicho juramento se desprende entonces que al momento de ejercer la profesión, es decir, de materializar la relación con el paciente, el médico es pleno conocedor de su obligación de guardar el secreto profesional porque realizó el Juramento Médico, al recibir su título profesional.

Por otra parte, según las hipótesis indicadas el artículo 38 de la Ley 23 de 1981, en lo que a autoridades se refiere, sólo está permitido que un médico revele el secreto profesional a las judiciales o de higiene, categoría que evidentemente no tiene la Policía por más autoridad que ostente dentro de sus competencias.

De otro lado, aunque no es posible que un médico ejerza su profesión sin haber realizado tal juramento, si se pensara por un momento en la remota posibilidad de que no lo hubiera efectuado y no tuviera conocimiento de su contenido, tampoco puede olvidarse que el artículo 15 de la Carta Magna consagra aspectos de la intimidad que se relacionan directamente con la obligación de guardar el secreto profesional, a cargo de los médicos,

cuando indica: “*Todas las persona tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...* ”.

Si lo anterior tampoco resulta suficiente, la Constitución Política en el artículo 74, es contundente al señalar que “... *El secreto profesional es inviolable*”.

De lo dicho puede concluirse que no existe ninguna excusa para que un profesional de la medicina se atreva siquiera a proponer que desconoce su obligación de guardar el secreto profesional, de ahí que no sea predicable la configuración del error invencible pues al ser ciudadano colombiano y médico de profesión, su deber, además de respetar y acatar la legislación vigente, es mantenerse actualizado sobre la misma.

En otras palabras, no es aceptable que entre el deber de guardar el secreto profesional y el deber de denunciar, el médico opte por el segundo, arguyendo que su actuar estuvo enmarcado en un error de prohibición (sea vencible o invencible) por cuanto no conocía el primero, pues como se ha evidenciado, la obligación de guardar el secreto profesional, la conoce el galeno desde el mismo momento en que se obtiene el título como médico, por ello frente a la presencia de un delito consumado, informar a las autoridades, se traduce en una clara violación del secreto profesional.

Téngase en cuenta además, que la Ley 23 de 1981 en su artículo 47 indica: “Es obligatoria la enseñanza de la *Ética Médica en las facultades de medicina*”, lo que hace presumir que todo estudiante de medicina fue debidamente instruido respecto al tema relacionado con el secreto profesional. Así entonces, tampoco se puede admitir desconocimiento en ese sentido.

De otro lado, es cierto que un médico puede desconocer cuál es el procedimiento a seguir en el caso en que durante la atención médica, conozca de un delito ya consumado, pero eso no implica por sí mismo que la solución sea revelar el secreto a las autoridades, informándoles detalles exclusivos e íntimos confiados por el paciente acerca de sus padecimientos, con el fin de obtener alivio para su mal, máxime cuando no existe bien jurídico para proteger o delito en el deber de evitar o prevenir y por ende, no se trata de uno de los casos en los cuales el médico esté exento de guardar ese secreto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 38 de la Ley 23 de 1981, antes citado.

En otras palabras, no hay error de prohibición que pueda aplicarse en la actuación de un profesional de la medicina cuando decide denunciar a su paciente, pues el error si se catalogara como invencible necesariamente eximiría de responsabilidad a su autor y para el caso concreto, como ha venido de estudiarse, no aplica y si fuese vencible, admitiría cierto grado de culpabilidad y como tal la posibilidad de atenuantes en la sanción, sin que se constituya en un eximente de responsabilidad.

Por lo tanto, habrá que decir que si un médico denuncia bajo estas condiciones, se constituye en un acto consciente objeto de reproche pues una vez conoce la información confidencial, sin el más mínimo reparo de humanidad por quien le confía su situación y padecimiento, sin dimensionar las consecuencias que ello provocaría, decide libre de coacción y apremio, dar parte a las autoridades.

En suma, un médico graduado que haya hecho el juramento hipocrático, es pleno conocedor de las consecuencias negativas que puede tener para el paciente el hecho de informar a las autoridades sobre un delito cometido y que previamente le ha confesado.

Cualquier otro análisis, no resiste el decoro en que se desenvuelve la profesión de la medicina y por ello debe sancionarse el acto reprochable realizado por un médico que con su conducta, no solo denuncia a su paciente, sino que lo deja sin la más mínima posibilidad de establecer una defensa ante la justicia.

CONCLUSIONES

Todo lo expuesto en esa ocasión, nos conduce a concluir que el secreto profesional es un imperativo para el médico, y sólo bajo los casos estrictamente regulados en la ley puede revelarlo.

No hay por tanto opción para que el médico, según sus creencias religiosas, su escala de valores o sus criterios morales, efectúe juicios y decida que en uno u otro caso debe revelar el secreto profesional, según la ponderación personal que haga de la gravedad del delito cometido por quien está atendiendo como paciente. Ello porque según se vio, la denuncia del delito consumado no es una excepción a la revelación del secreto, ni siquiera tratando de adaptar figuras con la del error de prohibición. Por lo tanto, no existe obligación de hacerlo público, persistiendo siempre el deber de preservarlo.

¿ES OBLIGATORIA LA VERSIÓN LIBRE DEL MÉDICO EN EL PROCESO ÉTICO-PROFESIONAL?

Jacob Aarón Cuellar Bermúdez¹

Abogado Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Resolver este interrogante, no obliga a ubicarnos en principios rectores que rigen la actividad procesal, en el campo judicial o administrativo, que se constituyen en una herramienta de control de la actividad del funcionario. Para nuestro interrogante son: la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Este principio orientador de la actividad procesal, es fundamental porque hace parte de los derechos humanos de la persona, y es aplicable al proceso ético disciplinario médico, porque el artículo 75 de la Ley 23 de 1.981 y los artículos 38, 42 y 57 del decreto reglamentario 3380 de 1.981, nos indica que “son aplicables al proceso ético-profesional las normas del código de procedimiento penal...”. En la actualidad, todos sabemos que el sistema procesal penal en Colombia es de tendencia acusatoria y parecería que en eso hay una incompatibilidad dado que el proceso disciplinario ético profesional es escritural, para resolver este inconveniente, debemos acudir al artículo 25 de la Ely 906 de 2.004, que nos indica el proceso de integración normativa, en lo que no afecte la naturaleza del procedimiento. Esto es un principio de doble vía, porque se aplica al proceso disciplinario médico y al proceso penal, con lo cual la misma norma no es contradictoria para un sistema escritural. Con lo cual solo debemos aplicar al proceso Ético médico las normas del procedimiento penal que no afecten su sistema escritural.

Si partimos de esta afirmación, debemos volver al principio de presunción de inocencia. Este principio no está en la Ley 23 de 1.981, pero si esta en

¹ Docente Universidad del Cauca, Departamento Derecho Penal. Secretario Abogado del Tribunal de Ética Médica del Cauca.

el código de procedimiento penal, en el artículo 7². Principio que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, tanto en sede penal cómo en sede disciplinaria, en esta materia están las Sentencia C-721/15, C-747/09, en donde se resalta que la presunción de inocencia no es un mero enunciado sino un acto real para “tratar a la persona como tal”.

En relación con este principio, la persona tiene libertad de actuar al interior del proceso, con total libertad dentro del marco de las reglas procesales que se han diseñado para tal fin, una de ellas y las más importante es la de guardar silencio. En este sentido, por ejemplo, En desarrollo de dicha garantía, en las disposiciones penales, se impone que la carga de la prueba es del Estado, en nuestro caso por intermedio de los Magistrados Investigadores, ya que su inocencia se presume ante la ley. Por lo tanto, tiene plena validez jurídica que el sujeto pasivo de la acción penal guarde silencio³. En conclusión, *“las garantías constitucionales que integran el derecho de defensa material, entre ellas la de ser oído o guardar silencio, así como la no autoincriminación, son garantías históricamente obtenidas, reconocidas por el constitucionalismo moderno y por los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 del Estatuto Fundamental, garantías que no pueden ser soslayadas so pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tomen”*⁴.

Por otra parte el artículo 8 de la Ley 906 de 2.004, literal d, establece: “En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a que: (...) c) No se utilice el silencio en su contra”.

El derecho a guardar silencio, puede ejercerse de manera LIBRE, ya sea que desee involucrarse en el proceso o mantenerse ajeno al mismo, sin que ello implique un resultado adverso o contrario o diferente al de INOCENTE, por

² ARTÍCULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

³ Sentencia C-621 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Sentencia C-782 de 2005.

cuanto su protección debe ser adecuada a dicha garantía, por ello, el guardar silencio, tiene en la ley 906 de 2.004, tres momentos importantes.

- La primera oportunidad está en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004 según el cual, en medio del proceso de indagación e investigación el funcionario PODRÁ, sin hacer imputación alguna, desarrollar un interrogatorio respecto de dicha persona. En dicha diligencia el funcionario tiene la obligación de informar al posible autor de la conducta su *“derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”*⁵.
- La segunda oportunidad es en el artículo 303 que dispone que uno de los derechos del capturado, de manera legítima, es el derecho a guardar silencio, e igualmente deberá ser informado de que *“las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”*⁶.
- La tercera oportunidad del derecho a guardar silencio está en el artículo 367 de la Ley 906 de 2004 según el cual, una vez instalado el juicio oral, el juez deberá advertir al acusado de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. A continuación, el artículo establece que si el acusado no hace ninguna manifestación, ésta se entenderá que es de inocencia⁷.

Es importante establecer que a pesar de la protección absolutista de este derecho en la legislación penal colombiana, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 permite la renuncia al derecho a guardar silencio²⁵. Sin embargo, en la misma norma se prevé una protección a dicha renuncia ya que se establece que en caso de producirse la renuncia a dicho derecho el juez de control de garantías o el juez de conocimiento deberá *“verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio*

Personal del imputado o procesado”

⁵ Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 282.

⁶ Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 303.

⁷ Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 367.

Otra forma de este derecho es la forma activa, decidida a participar en el proceso y se encuentra en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 establece que si el acusado quisiera ofrecer unas declaraciones dentro de su propio juicio, éste deberá comparecer como testigo y será interrogado bajo la gravedad del juramento. En este sentido la Corte Constitucional, en su sentencia C-782 de 2005, declaró la constitucionalidad condicionada de la norma bajo el entendido de que el juramento al que hace referencia, que deberá ser prestado por el acusado declarante, no tiene efectos penales adversos, es decir, en nada afectará las declaraciones hechas en el juicio respecto de su propia conducta. De esta manera lo ha establecido:

“Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídicopenales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación. No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta (...) Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido

mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio”⁸.

Si procedemos a aplicar la regla de ponderación de derechos, entre la Ley 906 de 2.004 y la Ley 734 de 2.002, en relación con la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio, nos encontramos con que hay más garantías en favor del procesado en la primera norma citada que en la segunda, con lo cual nos obliga a acudir a la premisa de otorgar las mayores garantías al procesado.

EL DERECHO DE DEFENSA.

Vincular a una persona a un proceso, implica la afectación de sus derechos en especial el derecho de defensa, estar sometido a un proceso, implica un costo personal y social, una marca que no se borra, no importa el resultado del proceso. En sede médica, es mucho más fuerte dicho estigma, por ello es muy importante que sepamos como ente de control de la profesión médica, cuando debemos vincular a un médico al proceso disciplinario dadas las implicaciones de dicho acto.

En este punto quiero plantearles una serie de interrogantes: ¿Qué pasa si se cita al médico a diligencia de versión libre y no se presenta? ¿Se le puede imponer una sanción o un efecto adverso por tal conducta? La respuesta es NINGUNA.

Si bien en el proceso Ético-profesional médico, se conservan todos los aspectos de un sistema inquisitivo, también es cierto que la remisión que de las normas procesales se hace, en este procedimiento es a un sistema oral, debemos propugnar por generar las mayores garantías al médico disciplinado, sin que ello nos obligue a modificar la naturaleza inquisitiva a la que estamos adscritos, y esto lo logramos si aplicamos la regla de ponderación de derechos, en el marco de las garantías procesales y de derechos humanos para el disciplinado.

Para ello nuevamente los invito a que realicemos otro interrogante, pero esta vez en relación con el alcance de las normas que se les proponen en relación con el ejercicio de defensa.

⁸ Corte Constitucional, en su sentencia C-782 de 2005-

El artículo 282 de la ley 906 de 2004 se refiere en forma general al interrogatorio a indiciados, es una diligencia que se realiza en la primera etapa, en la indagación, la efectúa el funcionario investigador, en virtud de un programa metodológico, que busca aclarar aspectos relevantes y determinantes para definir si se prosigue o archiva una investigación disciplinaria.

Recordemos que al procesado le asiste el derecho a guardar silencio, y a no declarar contra sí mismo, por ello lo primero que debe hacer el investigador es informar de su derecho a guardar silencio, y que si desea declarar dicha manifestación debe ser LIBRE DE TODO APREMIO Y VOLUNTARIO.-

Por ello si se decide citar al disciplinado a interrogatorio, o versión libre, lo primero que se debe hacer para preservar la garantía a su derecho a la defensa, es indicarle en la citación que la diligencia es de carácter VOLUNTARIA, LIBRE, no amenazar con que **“SI NO COMPARECE SE SANCIONARÁ CONFORME A LA LEY”**, porque hacer lo contrario, es decir enviara una citación sin estas advertencias, estaremos incurriendo, en los campos de la arbitrariedad y el abuso de poder.-

Y debe ser así porque un médico no está acostumbrado a los estrados judiciales, al igual que cualquier ciudadano de a pie, que lo citen y le digan de entrada que si no acude se le sanciona, entra en pánico, y se le coarta su LIBERTAD y a si sus DERECHOS.

Preguntémosnos, ¿Qué sucede si en un médico en la diligencia de versión o interrogatorio de investigado, este acepta su falta y luego en los descargos se retracta? Podrá el Tribunal, usar el contenido de dicha acta de diligencia de versión libre, en el juico disciplinario para probar la responsabilidad y la autoría en cabeza de aquél que se retractó?-

Más aún, pensemos que pasaría si en la diligencia de versión libre se aplica el artículo 92 numeral 3 de la Ley 734 de 2.002, toda vez que es un derecho del investigado.- *“Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia”*. Pero es una diligencia a la cual se le ha citado sin las advertencias antes indicadas y luego se retracta en los descargos?

Consideramos que no se puede emplear como prueba en contra del disciplinado. Proponemos una solución atendiendo a la calidad de la diligencia, y a la forma en que dicha declaración llega al proceso. Por eso es que

propugnamos porque la afirmación según la cual, dado el estado de cosas constitucional, en relación con los derechos del disciplinado, en materia de proceso ético-profesional, la declaración o diligencia de versión del médico no es obligatoria, y vamos más allá, incluso tan no es obligatoria que incluso si el médico la solicita, tampoco es obligatorio por parte del funcionario investigador recibirla, porque puede apelar a otros medios de prueba para demostrar la responsabilidad disciplinaria del médico, así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. SP931-2016 Radicación No. 43356. (Aprobado acta No. 025). Bogotá, D. C., tres (03) de febrero de dos mil dieciséis (2016). en Sentencia de Casación, cuando presenta el siguiente interrogante. ¿Constituye violación al derecho de defensa la negativa de la Fiscalía a escuchar en interrogatorio al indiciado, solicitado por este con el propósito de brindar explicaciones y aportar elementos de conocimiento para impedir la formulación de imputación?

La respuesta a este interrogante es: *En este sentido, el no atender en interrogatorio al indiciado, no constituye vulneración de derechos o irregularidad alguna; sin que se desconozca, que de acuerdo con los postulados del enfrentamiento, sea aconsejable que la Fiscalía escuche sus descargos, pero en ningún caso, tal diligencia adquiere el carácter de obligatoria para ninguno de ellos⁹. (Subrayado nuestro)*

Por lo anterior no debemos ser ajenos a aceptar que el proceso disciplinario ético profesional es de carácter inquisitivo, pero los interrogantes aquí planteados tienen su validez, en el entendido que los investigados o procesados, tiene sus derechos, y en ocasiones son dados a asumir conductas como la retractación, no acudir a las diligencias, y luego alegar nulidades por violación al derecho de defensa o al debido proceso, ya sea porque se les cito sin las garantías, o no se los citó a la diligencia de versión libre, por ello, debemos estar preparados ante tales eventualidades, porque le corresponde al Estado la Carga de la prueba de la responsabilidad del médico disciplinado, y eso le compete a los Tribunales, como entes de control.

Asumir una postura que implique el deber de otorgar el mayor número de garantías la disciplinado, en cualquiera de sus etapas, pero ante todo respetar el derecho a la presunción de inocencia, dejando en libertad al médico

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. SP931-2016 Radicación No. 43356. (Aprobado acta No. 025). Bogotá, D. C., tres (03) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

para que actúe como lo considere necesario y pertinente, como parte de su estrategia de defensa, permitirá procesos más rápidos, y no supeditados a que si el médico disciplinado no acude a las diligencias cuando se le ha comunicado de la existencia de un proceso en su contra, este se detenga, porque existen herramientas procesales, como la designación de un abogado de oficio para garantizarle el derecho a una defensa técnica y preservarle su derecho a la presunción de inocencia.

EL INFORME PERICIAL

Juan Carlos Torres Díaz
Abogado Universidad Cooperativa de Colombia
Especialista en Derecho Procesal Penal
Universidad Externado de Colombia.

Es la “opinión y juicio que se forma o emite sobre algo”, es el documento que se entrega a la parte que lo haya solicitado. A la luz del nuevo procedimiento penal, el perito ya no emite dictámenes, sino que elabora informes periciales.

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.

OBJETIVOS ESPECIFICOS DEL INFORME PERICIAL.

- 1. Describir la evidencia estudiada.
- 2. Informar acerca de las bases científicas, técnicas o artísticas del concepto pericial.
- 3. Anunciar los métodos y las técnicas empleadas en el estudio realizado.
- 4. resumir las conclusiones obtenidas.
- 5. Absolver los cuestionarios planteados por el solicitante.
- 6. Servir de base para el interrogatorio y el contrainterrogatorio de las partes durante la audiencia.

MODELO DE PROTOCOLO DEL INFORME PERICIAL

- 1. PREAMBULO.
- 2. REFERENCIAS.

- 3. HALLAZGOS.
- 4. METODOS EMPLEADOS.
- 5. DISCUSIÓN.
- 6. OPINION PERICIAL.
- 7. AUTORIA.

CARACTERISTICAS GENERALES DEL INFORME PERICIAL.

- CLARO.
- PRECISO.
- FUNDAMENTADO.
- OBJETIVO.
- INFORMATIVO.
- REPRESENTATIVO DEL TRABAJO DEL PERITO.
- BIEN ESCRITO.
- BIEN PRESENTADO.

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 informe bajo la gravedad del juramento.

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.

QUIÉNES PUEDEN SER PERITOS

- 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.

QUIÉNES NO PUEDEN SER NOMBRADOS.

- 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.

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.

COMPARECENCIA DE LOS PERITOS A LA AUDIENCIA

- Las partes solicitarán al juez (**Magistrado Instructor**) que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia.

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.

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 declaran 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, El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta

INSTRUCCIONES PARA CONTRAINTERROGAR AL PERITO

- La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.
- En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

- Para apreciar la prueba pericial, 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.

OBJETIVOS DEL INTERROGATORIO DE PERITOS (TRANSMITIR CONOCIMIENTO AL MAGISTRADO) INSTRUCTOR.

- Acreditar al perito. **Quién es?**
- Lograr que el perito presente todos los hechos que ha investigado. **Que ha hecho?**
- Mostrar las técnicas. **Como lo hizo?**
- Resaltar las conclusiones. **Que encontró?**
- Destacar la utilidad. **Para qué sirve?**
- Su relación con la teoría del caso. (Hechos materias de investigación en el proceso ético disciplinario) **Que demuestra?**

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA UNA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO.

La objeción de conciencia: Objeción de conciencia significa, por su propia naturaleza, oponer la propia conciencia al cumplimiento de una ley, según la cual, al objetor, por profesar determinadas ideas, no le corresponden las prestaciones que son impuestas por el orden jurídico a la sociedad.

Moral es una palabra de origen latino, que proviene del término *moris* (“**costumbre**”). Se trata de un conjunto de creencias, costumbres, **valores y normas** de una persona o de un grupo social, que funciona como una guía **para obrar**. Es decir, la moral orienta acerca de qué acciones son correctas (**buenas**) y cuales son incorrectas (**malas**).

La moral: Es un conjunto de normas, valores y creencias existentes y aceptadas en una sociedad que sirven de modelo de conducta y valoración para establecer lo que está bien o está mal.

El Tribunal Nacional De Ética Médica ha señalado que la objeción de conciencia es la ausencia del fin político, el móvil de la objeción ha de ser el imperativo de la conciencia, no un modo de influir en la opinión pública, obstaculizar la decisión de la mayoría, o suscitar adeptos a la postura del objetor.

La objeción de conciencia que hoy conocemos tiene su génesis luego de la introducción de un sistema militar basado en el reclutamiento obligatorio universal en un ejército nacional permanente, que se extendió por toda Eu-

ropa tras la Revolución Francesa. Lo que dio lugar a importantes debates y a los acontecimientos que constituyen la base del actual reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como derecho individual.

El Primer objetor de conciencia del que se tiene constancia fue un muchacho de 21 años llamado Maximiliano, quien en su calidad de hijo de un veterano del ejército romano, fue llamado a las legiones. Sin embargo, al parecer este muchacho le dijo al Procónsul de la época que sus convicciones religiosas le impedían servir como soldado. Insistió en su negativa y fue ejecutado. Posteriormente fue canonizado como San Maximiliano.

Haciendo un breve recuento histórico, con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año 1948, y posteriormente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la objeción de conciencia se convirtió en una importante cuestión de derechos humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos - Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de **conciencia** y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de **conciencia** y de religión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos - San José de Costa Rica de 1969. Artículo 12 (Libertad de conciencia y de religión): 1. Toda persona tiene derecho a la **libertad de conciencia** y de religión.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10 (Libertad de pensamiento, de **conciencia y de religión):** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

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

ARTÍCULO 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud es un servicio públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ley 23 de 1981.

Artículo 2. Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia.

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

Artículo 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas: (Procesamiento de sangre, Aborto, Inseminación artificial.

SENTENCIA C 355 DEL 2006. IVE.

El aborto es procedente Cuando:

1. El embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de **acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulos fecundados no consentidos, así como de incesto**, para lo cual es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.
2. Cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre. (Exige una certificación médica).
3. Cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida. (Exige una certificación médica).

La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, es una obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que pueda practicar dicho procedimiento y que no presente ninguna objeción. La objeción se debe presentar de manera individual, libre y voluntaria, que la hagan solo las personas que van a prestar el servicio, quienes participan directamente en el procedimiento.

Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.

Conflicto trascendente de objeción de conciencia en el ámbito médico - sanitario (la hemotransfusión). Se trata de los testigos de Jehová que, se oponen a las **hemotransfusiones** como consecuencia de una peculiar exégesis del texto del Levítico que prohibía la ingestión de la sangre (Lev. XVII, 10).

Un gobernador republicano de Tennessee en ESTADOS UNIDOS firmo una ley que permite a consultorios médicos y terapeutas negarse a atender pacientes sobre la base de las convicciones religiosas y personales del profesional. De esa manera, en la práctica, la ley les permitirá negar sus servicios a homosexuales, lesbianas, bisexuales y transgénero. La premisa de este gobernador es que considero razonable permitirles a estos profesionales decidir cuándo es mejor que una persona sea atendida por otra, más adaptada a sus exigencias”.

En tal sentido, a la luz de la justicia y el derecho, se daría aplicación al principio **IURA NOVIT CURIA**, reconocido por la jurisprudencia, como

aquel por el cual, corresponde al juez (Magistrados Tribunal) la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.

Cuando se presenta una pugna en la que se ven conculcados dos derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho que tienen los médicos de hacer uso de la **objeción de conciencia**, y por otro lado **el derecho a la salud** que tiene toda persona, cuando acude a un centro hospitalario para que le presten este servicio. Es ahí, cuando se debe acudir al denominado **TEST DE PROPORCIONALIDAD O PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**: No hay derechos fundamentales absolutos, entonces se acude a la ponderación de los mismos y se colocan en una balanza simbólica. Una de las personas que más ha contribuido a este tema de la ponderación de derechos es el jurista **Alemán Robert Alexy**, quien afirma que se debe tener en cuenta el agrado de afectación de los derechos involucrados, atendiendo a principios de necesidad, de idoneidad, y de proporcionalidad.

EUTANASIA, DECISIÓN MÉDICA.

Ramiro Calderón Tarazona M.D.

Presidente TEM N de S

Mario Mejía Díaz M.D (QEPD)

Catedrático Medicina Legal Unilibre, Cúcuta

“La vida está regida por dos principios: la contractilidad, que es muscular; y la sensibilidad que es cerebral. Lesionado el cerebro ya no podrá haber sensibilidad ni secreción de inteligencia y eso es la muerte total del individuo” SJDSTBP. Bucaramanga 1828.

Dedico esta conferencia a dos personas que influyeron en mi pensamiento ético, el Dr. Mario Mejía Díaz (QEPD), profesor de Medicina Legal en Cúcuta, y el Dr. Albert Sachs abogado Surafricano, presidente de la Corte Constitucional durante el régimen de Nelson Mandela.

La primera publicación sobre muerte cerebral fue escrita y publicada por Mollaret y Gulon en 1960, en París, y la denominaron “Le coma dépassé”. Estudiaron 30 casos de la UCI de su hospital, de pacientes manejados con ventilador de presión, tratando de preservar todos los sistemas limbo-hipotalámicos de control vegetativo, pero a pesar de sus esfuerzos todos los pacientes murieron. Los llamaron “el coma sobrepasado” es decir, era un tipo extraño de coma irreversible. Posteriormente lo llamaron “muerte cerebral” y nació el concepto para la literatura médica mundial, a pesar de que Simón Bolívar había expresado ese concepto filosófico en Bucaramanga en 1826.

La primera reanimación cardiopulmonar (resucitación) publicada en la literatura Médica mundial, relata el caso de Anne Green, quien fue ejecutada por infanticidio el 14 de Diciembre de 1650 en Oxford. El prosector y preparador de cadáveres a la sazón era un joven médico egresado de Oxford, llamado Thomas Willis, quien recibió la paciente 12 horas después del ahorcamiento y cuando iba a preparar el cadáver, percibió quejidos. La reanimó con whisky, masajes con cepillo y calor, obteniendo una recuperación total, sin secuelas neurológicas.

Le fue conmutada la pena, se casó, tuvo 3 retoños sanos y murió 15 años después. Su amante y padre de la criatura Geoffrey Read, hijo del Marqués donde Anne trabajaba, nunca fue enjuiciado.

Los primeros ventiladores de presión se usaron en los EE.UU. durante la Epidemia de Poliomiélitis de la década de 1940, donde el caso más conocido de la enfermedad fue el de Franklin Delano Roosevelt, quien posteriormente fue presidente de la Nación más poderosa del mundo y dirimió la II Guerra Mundial con el ingreso de los EE.UU. a la conflagración luego del bombardeo nipón a Pearl Harbor en Diciembre de 1941.

Descolló en esta epidemia el Dr. Paul Harrington, cirujano ortopedista de la ciudad de Kansas, quien desarrolló el primer instrumental quirúrgico para detener las curvas escolióticas de los pacientes con secuelas de Polio, evitando el "*Cor Pulmonale*" secundario a la Insuficiencia Respiratoria por restricción muscular de la caja torácica. Fundó en Minneapolis la primera Sociedad de Escoliosis del planeta en 1965.

Todos recordamos a Mary Ann Quinlan, la primera paciente conectada a un respirador durante 8 años, a quien la familia solicitó ante la Ley, la desconexión del soporte ventilatorio (1976). Una vez superadas las trabas legales, la paciente fue desconectada del ventilador y respiró espontáneamente, porque su condición no era de Muerte Cerebral.

El caso español, del Sr Cabrera, paciente cuadripléjico quien solicitó a la Corte Suprema el cese de las medidas de supervivencia, llevado al cine y estelarizado por Javier Bardem, colocó la Eutanasia en el ojo del huracán y nos obligó a los médicos a replantear nuestros conceptos éticos alrededor de la muerte dulce y del suicidio asistido.

Hoy por hoy no podemos eludir estos temas escabrosos, pues la sociedad liberal, que es la mayoría en el planeta Tierra, solicita respuestas inmediatas y racionales sobre temas como la muerte cerebral, eutanasia, homosexualidad, clonación y trasplantes de órganos.

¿Están nuestros médicos verdaderamente preparados para dar estas respuestas? ¿Entenderán nuestros pacientes que la muerte es la finalización de la vida? ¿O que es la detención del proceso que preserva la integridad física del cuerpo? ; ¿Y que consta de una serie de hechos que culmina en

la cesación de las funciones biológicas? Para colmo de peras en el olmo, la Religión la define como la separación del cuerpo y alma.

El concepto de alma nos acompaña desde los albores de la civilización egipcia (hace 5.000 años), cultores de la muerte, cuyos sepulcros nos permitieron conocer su Historia a través de Champolion. Creían fervientemente en la transmigración de las almas (metempsicosis), concepto transmitido por la escuela Pitagórica en el siglo V A.C., movimiento esotérico y religioso que degeneró en Crotona, con una caterva de Iluminados con sotana que prohibían el sexo y ocultaron que la raíz cuadrada de 2, era un número irracional.

El mito de un cuerpo corruptible y un alma espiritual e inmortal, fue retomado por Sócrates y plasmado en símbolos gráficos por Platón en sus "Diálogos Socráticos". Sócrates haciendo gala de su ironía, recrea su método filosófico dialogando en el "más allá" con sus amigos y todos los filósofos que le precedieron, sin las afugias de su cuerpo corruptible y mortal. San Agustín de Hipona en el siglo IV y Santo Tomás de Aquino en el siglo XII, cristianizaron a Platón y pervirtieron a Aristóteles, sentando las bases del Dualismo Católico que nos llega con los conquistadores españoles y Gaspar Astete con su Catecismo de la Doctrina Católica que cinceló nuestro pensamiento sectario hasta bien entrado el siglo XX.

Steven Pinker, neuropsicólogo del MIT, basado en teorías de Neurocientíficos como Otto Loewi, quien descifró el SNA., el Dr. Carlson con sus N.T., Earl Sutherland quien descubrió el segundo mensajero y Rita Levi con los factores de crecimiento nervioso, lidera la teoría monista, en la cual los Homo Sapiens de Carolus Linneo, estamos dotados de cerebro y mente, teoría racional que aceptan los Neurofisiólogos modernos como Rodolfo Llinás Riascos y David Eagleman.

Nuestra sociedad creyente, que es igual a "no pensante" permanece inmersa en el mito de la salvación eterna. Somos de los pocos países occidentales educados para ejercer después de la muerte, en paraísos artificiales donde "no existe el dolor" como en el bolero Latinoamericano.

Giordano Bruno, Galileo Galilei, Miguel Servet, William Harvey, René Descartes y Charles Darwin fueron despreciados por predicadores obtusos que nunca tuvieron la capacidad para entender sus propuestas. Trascendieron en nuestra cultura, no por su fe de carbonero, sino por la racio-

nalidad de sus propuestas científicas. Los padres de la Iglesia de Oriente decidieron el 1525 tratar un tema de fe importantísimo: la virginidad de las 11.00 vírgenes y la estratificación social de los Ángeles. Decidieron en su infinita sabiduría que Potestades, Tronos y Dominaciones eran superiores a Serafines y Querubines y estos a su vez estaban por encima de los arcángeles y Ángeles. Mientras discutían acaloradamente fueron asaltados por Solimán el Magnífico, Emir del Imperio Otomano quien conquistó y gobernó Bizancio hasta 1918. Por eso las discusiones que no llevan a ninguna conclusión hoy se llaman Bizantinas.

A la luz de la Teoría Electromagnética que domina la Física desde Einstein, la vida no es otra cosa que el “desequilibrio de potenciales entre la célula y su medio externo”. Tal desequilibrio obedece a cargas iónicas a través de la membrana que se intercambian por procesos físicos osmóticos, o procesos electroquímicos con gasto de energía (transporte activo) como lo realiza el cerebro.

El potencial eléctrico de membrana debe ser positivo o negativo para lograr la vida. El equilibrio eléctrico en los ejes Cartesianos es igual a la muerte. Por esta razón, cuando un paciente tiene un trazado EEG gráfico plano, con un EKG plano, un EMG plano y un ENGramma plano es igual a la muerte. Como existen sustancias químicas que pueden bloquear la respuesta química celular, como los Barbitúricos, sedantes, A. Generales y locales, el curare, debemos realizar la detección (screening) de dichas sustancias (pesquizaje en sangre) para estar seguros de que la alteración electrofisiológica es irreversible.

Hace 20 años, la prensa Colombiana lanzó al irreflexivo conocimiento popular un fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la eutanasia. Esa decisión nos convierte a los Médicos en dueños y señores de la vida humana. Si la enfermedad es tratable, le devolverá la salud al paciente para procurar la vida; si la enfermedad no es regresiva, le condenará y ordenará su muerte.

A los médicos no nos han enseñado a matar, nos han instruido para aliviar, y a veces, hasta prolongar la vida, si ello no representa dolor o perjuicio evidente para el ser humano. La función médica es noble y humana, científica y ética; nadie puede ordenar al médico que se deshumanice, o lo que es lo mismo nadie puede prohibirle que sea tan humano como los demás. El dolor que aniquila al paciente y angustia a sus parientes, es el mismo que el médico siente porque igualmente lo vive y lo comprende.

El problema radica, no en facilitar o comprometerse en acabar con la vida del paciente, lo cual lo asimilaría al papel de un verdugo pagado, sino en comprender, sopesar y tener conciencia absoluta de que es un acto inhumano prolongar el sufrimiento de la existencia en una patología irreversible. Es su conciencia, la que le puede hacer tomar esa decisión (que tampoco lo obliga a su ejecución), ya que debe respetar sus principios más íntimos. La dignidad de la muerte es decisión privativa de la única persona que puede y debe intervenir en ayuda del enfermo incurable, sumido en el dolor y desesperación de la enfermedad terminal e irreversible.

Además, es función médica en los finales de una vida, ayudar al “suave morir”, como lo define etimológicamente el término “eutanasia”, porque la ayuda a bien morir representa una calidad de consideración humana que dignifique la muerte.

Y es un derecho morir dignamente. La vida es para disfrutarla a plenitud; la enfermedad que aparece en su transcurrir, a veces es evitable y a veces inevitable; pero cuando la calidad de vida es afectada por la enfermedad y la regresión a la salud plena o por lo menos al mínimo nivel disfrutable es absolutamente imposible, cuando vivir se convierte en un sufrimiento intenso y permanente, el médico, firmemente cimentado en sus bases científicas y sus principios morales, creo yo, debe saber más que nunca, cómo es el “deber ser”, el “deber estar” y el deber hacer” Kantiano.

Es esta interpretación de conducta la que debe conllevar su decisión de conciencia para el más sano, humano, ético y científico criterio. Por eso no se pueden solicitar ni aceptar conceptos sentimentales, económicos, políticos o de otro orden. La muerte digna no puede ser solicitada, ni ordenada o insinuada, sino científica y humanamente considerada.

Los problemas legales que pueden surgir por fuera de las anteriores consideraciones, pueden ocasionar severas complicaciones punibles ante la Ley.

“Es pues, la *Eutanasia occisiva*, la que estamos comentando, la que ocasiona al mismo tiempo las más difícil y humana posición del médico. Nos queda por considerar la *Eutanasia por omisión*, que vecina a la anterior, pisa terrenos sutiles en su interpretación, pues es aquella en que el médico después de las consultas exigidas a/o con los demás colegas, considera inútil continuar prestando sus servicios profesionales y se abstiene de procurar más balances alimentarios o fármacos de acción inútil.”

“Jamás intentaría oponerme a que el acto más sensato y noble, que no de verdugo pagado, practicado por el médico ante una vida irremediablemente condenada a acabarse y que por el soporte artificial no ha terminado el proceso natural que ha mucho tiempo debió presentarse, se concluya. Sólo me opongo a que comentarios difundidos sin la suficiente ilustración y conocimiento se divulguen a los cuatro vientos, porque una inmensa mayoría de lectores creerá que el médico debe, y está en capacidad, de ejercer un poder arbitrario sobre la existencia humana. Permitamos que el médico, con sentimientos humanos por excelencia, cumpla su misión a conciencia, pero no tratemos de vulgarizar sobre algo que la gente común no tiene capacidad de entender porque no tiene las bases académicas, pues no son médicos. La Eutanasia es un tema para los médicos.”

“Que no se prolongue la vida cuyo sufrimiento desesperante y digno de lástima no tiene recursos científicos o alivio ni regresión, es algo en lo cual, seguramente, todos estamos de acuerdo y el primero en reconocerlo y aceptarlo es el médico; pero de ahí, a que su conducta o decisión sea solicitada o compartida, o autorizada por una Ley hay mucha distancia. Será él y solo él, en plenitud de sus facultades, en libertad de conciencia y respetando los principios que practique, quien actuará sin insinuaciones, consejos, solicitudes, conclusión de Academias o Leyes, sin retribución económica, quien ejecute ese acto de amor, que pone fin al sufrimiento.”

“La Eutanasia, en el más prístino concepto de nobleza y piedad humanas, es a su vez, clásico caso de conciencia del ser que la ejecute, en nuestro caso, el médico. Y la conciencia es una función mental superior ajena a sugerencias, órdenes y leyes que la contraríen en su sabio, justo y racional entender, dentro del respeto de las normas de convivencia de la sociedad en la cual ejerce.”

“Como médico debo encontrar lo que cualquiera otra persona buscaría: Hacer lo correcto desde el punto de vista humano y científico, según el dictado de mi propia conciencia. Soy médico y por tanto, debo actuar como tal, cada vez que sea necesario, así esté o no esté autorizado (autonomía Médica).”

La ayuda a bien morir, a un indoloro y suave morir, representa una calidad de consideración humana que dignifica la existencia y la misma muerte. A los médicos no nos han enseñado a matar. La muerte en las condiciones descritas es decisión privativa de la única persona que puede intervenir en ayuda del enfermo: el médico.

Y si no, ¿Por qué no lo hace alguien más?

¿Cuándo un fármaco es solamente analgésico, y cuándo además de esta propiedad es lesivo para la pésima salud del paciente? Este dilema es de interpretación privativa del Médico, quien debe tomar la decisión más sana, ética, humana y científica, que solo él, amparado en sus cimientos éticos y académicos, e inspirado en el más profundo sentimiento de humanidad, debe resolver en la intimidad de su conciencia, cuando se ha llegado al angustioso túnel de lo irreversible, bajo un inenarrable dolor y una degradación física que inspira lástima.

Debe decidir entonces, sin pedir consejo ni autorización a nadie. Debe atravesar el Rubicón de la existencia, dar el paso hacia lo desconocido y tomar la ruta inextricable y sin reversa y así convertirnos en seres mitológicos que aliviemos la angustia, el dolor y el sufrimiento, para que otro día se haga lo mismo con nosotros, con dignidad y humana piedad, sin necesidad de que nos lo exijan o autoricen las Leyes.

O... nos lo pueda censurar nuestra propia conciencia.

Alrededor de la muerte, todo lo que lleve paz y tranquilidad al paciente debe brindársele sin medida. La ternura de la familia, la música, el tacto de las manos amadas, la presencia de los seres queridos, el olor del hogar y cualquier sensación familiar, son requisitos esenciales para calmar la angustia y colmar de amor en la clausura de nuestro periplo vital.

Si renunciamos a nuestro conocimiento científico y abrazamos sólo los textos oscurantistas, estaremos retrocediendo en el desarrollo científico de nuestra especie. Habremos proclamado “el retorno de los brujos” como lo pronosticaron Powell y Charrière en 1960, y caeremos nuevamente en la Teomancia, horoscopia y quiromancia. Convirtámonos de una vez por todas en los augures, ostenta y portenta del siglo XXI y seamos los arúspices de la nueva era, como lo proponen Michael Onfray y Michael Huellebecq de la Francia de hoy.

El Dr. Mario Mejía Díaz, escogió este verso de Gutiérrez Nájera, que seguramente llenó todas sus expectativas:

Quiero morir cuando decline el día,
en alta mar y con la cara al cielo;

donde parezca sueño la agonía,
y el alma un ave que remonta el vuelo.

DR. RAMIRO CALDERON TARAZONA.

Presidente Tribunal de Ética Médica.

Norte de Santander.

Cúcuta, Colombia.

Nov 10 de 2016.

Los fines de la Medicina y el Ethos Médico

Gabriel Lago Barney

*Ex – Magistrado, Tribunal Nacional de Ética Médica y
Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá.*

El presente escrito se fundamenta en el documento “*Los fines de la Medicina*. El establecimiento de unas prioridades nuevas”, publicado en una serie de Cuadernos de la “*Fundació Víctor Grífols i Lucas*” de Barcelona, España, en que recopila el trabajo realizado por varios expertos de diferentes países como respuesta a la convocatoria que realizó el Hastings Center de Nueva York en 1994 alrededor del tema, que tiene plena vigencia en las circunstancias actuales del ejercicio profesional de la Medicina en Colombia.

En las sociedades actuales el ejercicio profesional se enfrenta a nuevas situaciones que llevan a reflexionar sobre cuáles son los fines de la Medicina en el mundo actual.

Dentro de los factores que más han incidido en la forma de ejercer la medicina hoy día están el progreso de la ciencia médica y la biotecnología, el aumento de las necesidades humanas y la escasez de recursos para satisfacerlas, lo que ha generado un cambio radical en el ejercicio profesional que obliga a pensar de nuevo si entendemos la medicina en sus justos términos. Hoy nos debemos preguntar si la medicina debe hacer todo lo que técnicamente puede hacer.

De igual manera se han presentado grandes variaciones en la salud de los seres humanos con los cambios en la alimentación, tanto en el acceso, la calidad, variedad y cantidad de la misma, que plantea nuevos retos al médico como la obesidad y el síndrome metabólico, así como la reaparición de la desnutrición y malnutrición; el acceso al agua potable y el costo creciente de la misma plantean nuevos problemas de salud; la vivienda, el proceso de urbanización y abandono del área rural que transformó la forma de relacionarse, dando paso a nuevas patologías de salud mental que se

relacionan con el incremento de la violencia, que se acompaña de aumento en las lesiones personales y se refleja en el aumento de la violencia social y al interior de la familia, la cual presenta, a su vez, grandes transformaciones en su estructura caracterizadas por la reducción en su tamaño y atomización de la misma, generando condiciones de aislamiento en medio de la conectividad. Y el sedentarismo como resultado de las adicciones a los medios de comunicación e información acompañados de la reducción en el espacio público para actividades al aire libre, aspectos estos, que plantean retos a la salud pública y la seguridad. Tenemos como resultado de ello una transformación en los estilos de vida de los seres humanos.

Las profundas transformaciones que están viviendo las sociedades actuales se ven reflejadas y ejercen presión para que se den cambios en la prestación de la asistencia sanitaria con la aparición de las enfermedades crónicas y degenerativas, propias del envejecimiento y de sobrevivientes, gracias a los avances tecnológicos, los cuales muchas veces logran la supervivencia en condiciones de salud precarias. Estas transformaciones vienen ocurriendo paralelamente a los cambios demográficos con la disminución de las tasas de natalidad y mortalidad, el envejecimiento de la población y los fenómenos originados en los flujos migratorios de la población por causas diversas. El cambio originado por este nuevo escenario, ejerce una gran presión sobre los sistemas de salud al tener menos población aportante con una mayor población de adultos mayores que han venido incrementando su sobrevida acompañada de múltiples enfermedades crónicas y degenerativas sin que ello implique una mejor calidad de vida. De allí que las reformas en salud se centren en la necesidad de controlar el gasto y de alcanzar una mayor eficiencia. (Medios de la Medicina)

A lo anterior se suma la aparición de un poderoso movimiento hacia la autodeterminación de los pacientes y en favor de una medicina más equitativa que constituye el trasfondo moral de estas transformaciones.

Los fines tradicionales de la medicina

La medicina se puede definir como: *“El arte y la ciencia del diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad y la conservación de la salud.”* (Medical Dictionary, Dorland) Sin embargo, el concepto de salud derivado de la reunión de Alma Ata de 1978 fijó unas metas de salud muy difíciles de alcanzar al pretender lograr un **“completo”** bienestar físico, mental y social en un mundo lleno de vicisitudes, lo cual llevó a *“medicalizar la sociedad”*

y medir la vida y la salud en función de la estadística y la tecnología, llevando a identificar características humanas como riesgos para enfermar. Esta medicalización, según Jadad: *“Minimiza la capacidad del ser humano para sobrellevar de manera autónoma los retos físicos, emocionales y sociales siempre cambiantes de manera satisfactoria y con la sensación de bienestar a pesar de tener una enfermedad crónica o limitante.”* Propone, por el contrario, entender la salud como: ***“La capacidad para adaptarse y administrar su vida de cara a los retos físicos, emocionales y sociales que se le presenten”***; y no el completo bienestar físico, mental y social promulgado en 1978 (BMJ; 2011;343:d 4817)

Un fin tradicional ha sido salvar y prolongar la vida (Tecnología y vida), sin embargo, hoy se presentan dilemas en si la inversión en salud se debe orientar a prolongar la sobrevida de las personas o a mejorar la calidad de vida a costa de aquella; hoy nuestras poblaciones se envejecen en condiciones caracterizadas por una profunda soledad en una sociedad poco solidaria y con múltiples morbilidades, muchas veces acompañadas de medios invasivos y limitantes, que generan dolor y sufrimiento cuyo manejo dependiente de tecnologías complejas y costosas, plantea interrogantes desde la persona humana y la justicia social.

Otro fin tradicional de la medicina ha sido la promoción y conservación de la salud, que hoy día riñe con el negocio de la salud, y a pesar de saber de sus bondades y relación costo beneficio, no se ha desarrollado en la medida que las ciencias duras basadas en tecnologías sofisticadas sigan siendo el destino de los recursos en salud. Sin embargo, se observan avances en la mejoría de los estilos de vida y desarrollo de entornos saludables.

Otro fin tradicional de la Medicina ha consistido en el alivio del dolor y el sufrimiento, pero de manera paradójica, menos del 5% de la población tiene acceso al manejo del dolor con opioides. Los estilos de vida actuales, los cambios radicales en la estructura familiar y social, los conflictos armados, el aumento de la violencia, entre otros, ha deteriorado la salud mental de las comunidades que es menester intervenir por el grado de sufrimiento que genera en la población general. De igual manera, el alivio del dolor ha traído a la escena temas como la eugenesia, la eutanasia y la muerte digna. El temor al dolor y a la muerte nos lleva a preguntarnos: ¿Es que no se debe aceptar jamás la enfermedad?

En cuanto la generación de conocimiento: *“En el campo de la investigación, consagrada al progreso sin límites, la medicina ha sido enormemente*

ambiciosa y expansiva, como si estuviera convencida de que con suficiente dinero, energía y rigor científico no habría enfermedades que se resistieran a su remedio.” Hoy, en el campo de la salud se han realizado gran cantidad de investigaciones cuyo resultado sólo ha servido para alimentar el ego de los investigadores sin que se les encuentre una utilidad práctica, lo cual dio origen a la medicina traslacional que convierte prometedores descubrimientos de laboratorio en aplicaciones clínicas. La medicina basada en la evidencia, por su parte, nos ayuda a tomar las decisiones clínicas basados en la mejor evidencia disponible, pero muchas veces, en la toma de decisiones, se desconoce la indigencia de la población para acceder a la tecnología que los estudios demuestran tener la mejor evidencia para tratar una noxa, lo que nos plantea serios dilemas éticos acerca del acceso oportuno a dichas tecnologías y al goce pleno del derecho a la salud consagrado en los derechos humanos, la Constitución y las leyes.

Hoy la medicina es una fuente de dinero, beneficios y puestos de trabajo. En casi todos los países la medicina es ahora una fuerza económica por derecho propio, lo cual ha llevado a convertir la salud en un bien con la incursión de inversionistas ajenos al campo de la salud con fines mercantiles, que plantea grandes retos al fin de la salud.

La necesidad de mantener sana a una población como capital humano hace que la medicina y la asistencia sanitaria constituyan fuerzas significativas en la política nacional e incluso internacional en un mundo globalizado.

El médico es la persona a la que se dirigen los individuos cuando enferman, sea cual sea el origen de la dolencia, por lo cual juega un papel central en el sistema de salud de las comunidades, pero las condiciones en que se forma y posteriormente, las laborales, han afectado enormemente la vocación inherente del médico clásico.

La salud de los pacientes individuales es fundamental para la ética y la práctica de la medicina, con lo cual se reconoce la dignidad del individuo. Es en la relación médico paciente, que se dignifica a la persona al dar respuesta a sus preocupaciones y padecimientos en salud dentro de un ambiente de confianza, reserva de la intimidad y consideración como ser humano que es.

La Medicina origina la mayoría de los costes más elevados de la asistencia sanitaria, de allí que la contención de los mismos, aunado a la salud como

mercancía hayan ocasionado el desplazamiento del núcleo central de la salud como fin, a la rentabilidad como nuevo fin de muchos de los sistemas sanitarios, y del ejercicio profesional de muchos médicos y personal de salud.

Focos de tensión

Gracias a los éxitos de la Medicina, más que a sus fracasos, la profesión está bajo grandes presiones científicas, sociales, políticas y económicas. La capacidad de la medicina científica para mantener con vida cuerpos gravemente enfermos, genera transformaciones sociales, discusiones políticas y económicas afectando la cultura de las comunidades al generar nuevos dilemas morales a los que la sociedad debe dar respuesta, asumiendo los costos de todo tipo sobre la decisión que tome acerca de un tema y la forma como éste sea concebido, asumido y legislado por la población para lograr su bienestar.

Estos cambios han generado **formas nuevas de medicina y asistencia sanitaria** (Integralidad, complementarias, tradicionales y estilos de vida), que en nuestro caso han derivado en una desarticulación entre los avances de la ciencia, la formación en ciencias de la salud, el derrotero de los sistemas sanitarios y la realidad de los pacientes. Los modelos sanitarios han trasladado la responsabilidad del cuidado en salud a los pacientes enfatizando en los estilos de vida, no así los aseguradores y prestadores para quienes el beneficio se da cuando el paciente enferma gravemente, ocasionando que la medicina sea el componente más costoso de los sistemas sanitarios.

Los desarrollos científicos y tecnológicos dan preponderancia a la alta tecnología, tanto diagnóstica como terapéutica, cuyo afán es buscar la precisión en las mediciones científicas, que no necesariamente lo son en los diagnósticos. Hoy día, la formación de los médicos está orientada al uso de la tecnología con el poder e implicaciones económicas que el uso de la misma representa, haciendo de los desarrolladores de tecnologías actores centrales en el proceso salud enfermedad, afectando la relación médico paciente, en que el afán de la precisión del diagnóstico a nivel molecular desdibuja al paciente que sufre. Aquí se plantean un dilema entre la exploración clínica como herramienta subjetiva de aproximación al paciente y su validez, contra la precisión, acceso, pertinencia y alto costo de la tecnología.

La fragmentación de la persona a la que las posibilidades tecnológicas lleva, brinda una oportunidad única a la industria farmacéutica y de equipamiento médico para desarrollar tratamientos orientados a partes del organismo, hasta llegar a la personalización del tratamiento una vez se descifre el genoma humano, ya sea en los niveles de la proteómica, transcriptómica, metabolómica o el nivel que con el desarrollo tecnológico se determine; acercando el éxito médico de la tecnología a lo milagroso; constituyéndose, de paso, en una fuente de orgullo profesional y de admiración por parte del público, por lo que: *“los desarrollos tecnológicos se constituyen en un manantial de consuelo y esperanza que se valora en los países desarrollados y se anhela en aquellos en vías de desarrollo.”* El desarrollo tecnológico de punta y la complejidad de las tecnologías conlleva aumentó en los costos de la medicina y del sistema sanitario, que plantea retos en la valoración tecnológica, su utilidad y pertinencia clínica por encima de los intereses profesionales y o económicos.

Este intento por valorar, y en consecuencia, persistir en el desarrollo de tecnologías para pelear contra lo evidente, como lo es la muerte, conduce a desarrollos innecesarios y de alto costo que hace imposible el acceso a la salud a un grupo poblacional creciente, lo que se refleja en una gran inequidad en salud, sin que se desarrolle de manera concomitante el desarrollo tecnológico para cuidar y aliviar como en el caso de los cuidados paliativos o en al prevención de la enfermedad; es decir, se debe hacer más énfasis en cuidar que en curar, principalmente cuando nos vemos abocados al envejecimiento de la población, cuyos costos de atención son crecientes.

El mercado y las demandas de salud del público, al querer una atención personalizada con un tratamiento, igualmente especializado, genera tensiones entre la capacidad de los sistemas sanitarios y las demandas individuales, desdibujando el bien común que deben procurar los primeros en aras de satisfacer las exigencias del público originadas por las expectativas que generan los avances tecnológicos en medicina y que se orientan a entidades y servicios de salud que no comprometen necesariamente la vida.

La respuesta a estas demandas potencia la medicina de mercado y la privatización de la misma afectando la equidad del sistema. Así: *“Se intensifican las desigualdades y la medicina pierde integridad a merced de las fuerzas del mercado. En cualquier caso, en el sector médico y en los servicios de salud, la economía es un factor tan importante como inevitable. La interacción entre la teoría y la ideología del mercado por un lado y la*

medicina por otro es una cuestión fundamental aún no resuelta. Los valores y las tradiciones de la medicina, dejados a su suerte, podrían verse muy afectados: la relación de confianza entre médicos y pacientes, los fines altruistas de la medicina y la fe del público en las motivaciones de las instituciones médicas.”, Es así como la medicina, al apartarse del bien común, puede ser víctima de su propio prestigio.

De igual manera, la privatización o individualización de la atención médica, fundamentados en la creencia de la posibilidad infinita de mejorar la salud, se acompaña del deterioro de los programas de salud pública y en otros países, se ha acompañado de un aumento de las personas sin seguro médico, afectando el derecho a la salud. No se debe olvidar que la economía de mercado responde a las necesidades de los individuos y no del grupo.

Igualmente, la búsqueda de la vida eterna y la derrota de la muerte como enemigo, ha llevado a “*medicalizar*” la vida, como si de esta manera se pudiera, por medio de la medicina, erradicar problemas sociales más complejos, como cuando se ofrece un tratamiento para la felicidad por medio de intervenciones “*anti-edad*.” Sin embargo, al presentar dichas situaciones de salud como problemas médicos, encuentran un camino para acceder a los recursos de salud como lo vemos en el caso de la cirugía estética, en que la percepción de la autoimagen de un paciente se transforma en una enfermedad que debe ser atendida en procura de: “*La mejora del ser humano*.” ¿No llevará el pretendido anhelo de aumentar la capacidad del ser humano, para “*optimizarlo*”, a incluir los “*cyberman*” como una alternativa en la carrera transhumanista, y los desarrollos que ello implica, ser incorporados a la medicina y sistemas sanitarios actuales?

La gran confianza de la población en la medicina, acompañada de los impresionantes desarrollos tecnológicos ha generado expectativas en la población que se traducen en un incremento en los costos de la atención en salud, principalmente médica, que hace inviable económicamente a los sistemas sanitarios. La confianza en la tecnología genera confusión y hasta desconfianza en el campo de la clínica y tiene implicaciones en la relación médico paciente como la entendemos, afectando en gran medida el componente humano de dicha atención. No dar respuesta a las expectativas generadas ocasionará frustración en la sociedad afectando la confianza en la profesión.

Es por lo anterior, que se debe pensar una nueva relación entre medicina y sociedad, ya que la línea entre ambas se ha desdibujado al verse la primera afectada por la cultura, la política, los valores sociales y la economía de la cual recibe ingentes recursos económicos a la espera de dar respuesta a los sueños, deseos y preferencias de los pacientes, lo cual se aproxima más a una relación comercial que a una relación médico paciente; de allí la exigencia de resultados cada vez más evidente por parte de la sociedad a los médicos. Para replantearse los fines de la medicina es necesario, asimismo, replantearse los fines y los valores de la sociedad y de su cultura.

La medicina y la sociedad comparten valores, pero es necesario que la medicina replantee lo que entiende por salud, enfermedad, bienestar, dolencia y sufrimiento o malestar, que es a su vez el punto de encuentro con la sociedad y a lo cual debe dar respuesta la medicina, sin olvidar que ésta responde de suyo por la naturaleza humana de la cual no se puede escindir. Luego, la medicina en tanto profesión y disciplina universal, debe repensarse desde valores como la autodeterminación y la justicia, como valores que le ayuden a recuperar su autonomía y retomar el camino de servicio a la población con el componente humanístico que le es propio y le permite cuidar, curar y sanar sin hacer daño.

“Las ciencias clínicas y biológicas nos han proporcionado una serie de conceptos científicos universales; mientras que las ciencias sociales, la teoría política y las humanidades contribuyen cada vez más a la formación de un lenguaje propio para la definición de los valores, las políticas y los patrones morales de la medicina: para los derechos y las necesidades del ser humano, la ética médica, la relación entre médico y paciente y los preceptos de la medicina, entre otros.”

La estrecha línea que separa la medicina de la sociedad y la interacción existente entre éstas lleva a plantearse una primera postura que sostiene que: *“Los verdaderos fines de la medicina surgen como una respuesta a la experiencia humana universal de la enfermedad, que es intrínseca a la práctica de la medicina. Esta respuesta mueve a la necesidad de sanar, ayudar, cuidar y curar. La medicina comienza en la relación entre médico y paciente, que a su vez genera unos valores propios para mantenerse y reforzarse, a los cuales debería aferrarse para poder resistir los intentos de dominación o manipulación social y seguir un rumbo propio, además de sostener la integridad del médico, independientemente de los valores sociales. La medicina se verá inevitablemente influida por los valores y*

finés de las sociedades de las cuales forme parte, pero esto no implica que sus propios valores puedan o deban someterse a los mismos.” En esta postura es menester que los médicos reafirmen sus valores y sedimenten los principios fundantes de la Medicina para lograr una integridad ética que les impida ceder a los cantos de sirena de la fama, el poder, el lucro y a los grupos de interés que puedan afectar la profesión invocando la ciencia y los derechos, no siempre fundamentales, de la población, la individualidad y las demandas del mercado.

En la segunda postura, la medicina se percibe como: *“Un conjunto de conocimientos en constante evolución y una diversidad de prácticas clínicas sin esencia definida. Los conocimientos y las prácticas de la medicina serán reflejo de la época y la sociedad de las cuales formen parte, al servicio de los fines que la sociedad considere oportunos y sujetos a las mismas restricciones que las demás instituciones sociales. Por tentadora que resulte la idea de plantear una naturaleza inherente a la medicina, no se puede distinguir ninguna. En cualquier caso, la medicina debe su riqueza y solidez a su maleabilidad social y científica.”* Esto se determina en las sociedades por medio de la percepción de enfermedad que los anglosajones califican como “illness”, que lleva al paciente a percibir la enfermedad como individuo; se complementa con las observaciones objetivas que hace el médico, “disease”, como noxa a ser atendida y cubierta en el sistema sanitario, y que repercute en el desempeño social del paciente, que los anglosajones identifican como “sickness”, por sus implicaciones en la cotidianidad de la persona. Dentro de este contexto, es que se puede dar la manipulación de la profesión por parte de la sociedad, por lo que la medicina debe contar con un rumbo propio y unos valores perdurables, que gozarán de una mayor solidez si se basan en sus fines tradicionales, en su mayoría universales, sin olvidar que los grupos humanos y la percepción de salud y enfermedad en las sociedades modernas es cambiante, y que últimamente se ve influida por la aparición de nuevas condiciones sociales y de salud, que en el afán de “medicalizar” la vida se han incorporado como enfermedades por grupos de interés, sin que lo sean.

En la primera postura, la profesión se autoregula y debe dar respuesta a su crisis desde dentro, mientras en la otra, espera ser moldeada por la sociedad, como es el caso colombiano, en que se espera que la crisis de la salud se resuelva desde afuera. Una postura intermedia y que parece ser más sana, es lograr una interacción entre la medicina y la sociedad mediante un diálogo de deberes y derechos de las partes.

El ingreso del sistema sanitario a la economía del mercado transformó la salud en una mercancía que no ha sido lo suficientemente regulada por el estado, por lo que la sociedad debe pronunciarse para determinar el nivel de recursos y libertad del mercado en asuntos de salud y el nivel de privatización, como consecuencia de las leyes del mercado y origen de las inequidades en salud. Los médicos debemos comprender que el concepto clave en medicina es la salud y no la enfermedad, pues es en función de la salud y no de la enfermedad que se entienden los fines de la medicina.

Desde esta perspectiva, según el grupo de expertos convocados por el Hastings Center, serían cuatro los fines de la medicina en el contexto actual.

La prevención de enfermedades y lesiones y la promoción y la conservación de la salud. Su importancia radica en que evita la enfermedad, reduce los costos en salud y extiende la medicina al campo de la salud. Un ejemplo claro es lo que Alejandro Jadad ha denominado la epidemia de la salud; las estadísticas indican que después de las caries, el diagnóstico más prevalente en medicina es paciente sano, por lo que es lógico pensar, que la meta es preservar la salud y prevenir la enfermedad, más que dedicarnos a atender ésta, que cobija a la minoría. Desde esta perspectiva debe considerarse el cambio de definición de salud como perfecto estado físico, mental y social, que es imposible lograrlo para la población mundial, y trabajar sobre el concepto de enfermedad como la incapacidad para hacer frente a los retos físicos, mentales y sociales que nos impone la sociedad actual, y que nos impide mantener una vida autónoma y plena. Desde este punto de vista, los principales determinantes del estado de salud son los ingresos, la clase social, el nivel de educación y las oportunidades sociales, en general, sobre los cuales la medicina no puede hacer mucho a no ser que recupere el campo de la salud pública como un quehacer del médico y desarrolle capacidades de trabajo interdisciplinario.

El comportamiento individual, a través de los estilos de vida saludable, es la variable a través de la cual se filtra gran parte de la influencia social, como en el caso de las personas obesas víctimas de las bebidas azucaradas y el sedentarismo gracias a las ofertas sociales.

El alivio del dolor y el sufrimiento causados por males. Se encuentra entre los deberes más antiguos del médico y entre los fines más tradicionales de la medicina, sin embargo, en las facultades de salud no se hace el énfasis necesario en el manejo del dolor y el sufrimiento inherente a las alteracio-

nes del estado de salud; el primero en cuanto activación de los mecanismos neuroendocrinos y el segundo, en cuanto “*padecimiento sin enfermedad*”

La atención y la curación de los enfermos y los cuidados a los incurables. Como consecuencia de lo anterior, el médico debe comprender que el paciente busca más que la simple cura, la comprensión y conmiseración, sentimientos y derechos humanos de las cuales la medicina se ha desentendido, desconociendo así la función humanitaria y sanadora de la medicina que abarca tanto la curación como los cuidados y rehabilitación del enfermo, que como en el caso de los pacientes crónicos y quienes han sufrido mutilaciones deben forjarse una nueva identidad.

La evitación de la muerte prematura y la busca de una muerte tranquila. La lucha contra la muerte, en muchas de sus manifestaciones, constituye un fin esencial de la medicina. Es igualmente deficitaria la formación en aspectos humanitarios de la atención y en la comprensión de los límites de la medicina. La tozudez por negar la muerte como parte del ciclo vital, y carecer de formación suficiente para enfrentar este momento en la vida como destino de todo ser humano, impide al médico evitar una muerte prematura en medio del dolor y sufrimiento.

Los médicos y estudiantes de medicina deben comprender que la muerte no constituye en modo alguno un fracaso de la medicina, al aceptar dicha condición como posibilidad, les permitirá gestionar la muerte en forma humanitaria como una responsabilidad final del médico con su paciente, familia y sociedad, lo cual puede ser más exigente que la atención misma, desde el punto de vista humanitario. “*Es la muerte en el momento equivocado (demasiado pronto en la vida), por las razones equivocadas (cuando se puede evitar o tratar médicamente a un coste razonable) y la que llega al paciente de una forma equivocada (cuando se prolonga demasiado o se sufre pudiéndose aliviar) la que constituye propiamente un enemigo.*”

Los fines de la medicina tienen implicaciones en campos como la investigación y la generación de conocimiento, el cual se debe dar dentro de un marco de integridad científica y ética de la investigación, que abarque desde las moléculas a la sociedad, los desarrollos tecnológicos, la innovación y la incorporación de dicho conocimiento a la sociedad.

Con relación a la asistencia sanitaria, la medicina debe participar de ésta en la búsqueda de consenso, integrando planes y formulando políticas cla-

ras y articuladas con la atención donde el punto de encuentro se da en los estilos de vida donde convergen la genética y el ambiente.

Para evitar que la medicina siga siendo considerada una mercancía y la salud un bien transable se hace necesario concientizar a los médicos sobre la responsabilidad que les asiste con los pacientes, las condiciones y los determinantes de su estado de salud, evitando el ingreso de valores ajenos a la medicina. Es por ello, que los objetivos de la medicina en la sociedad actual se deben definir claramente superando el modelo centrado en el diagnóstico y tratamiento, en la especialización que fragmenta al ser humano, en aras de rescatar la relación médico-paciente como una interacción humana fecunda y sólida, que históricamente se ha encontrado en el núcleo de la medicina y que continúa siendo una necesidad fundamental y constante.

Para fortalecer esta relación se debe fomentar la formación en humanidades (Historia, antropología, sociología). Mención especial merece la Historia de la Medicina, que se ha visto amenazada por los cambios en los planes de estudios de algunos países, para adaptarlos a las necesidades del mercado, afectando la comprensión, indispensable para que los estudiantes entiendan el nacimiento y desarrollo de su campo profesional.

Ante la incapacidad de los mercados para determinar las prioridades sociales de una manera prudente, y el conflicto que los valores inherentes a la medicina les genera, el estado debe recuperar el papel determinante en la orientación del sistema sanitario para procurar el bien común, y no el enriquecimiento de unos pocos a costa de la salud y vida de los habitantes. La orientación a la salud que deben guiar a los sistemas sanitarios, requiere de la formación del médico en la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, y asumir una actitud como consejero y educador del paciente. Ante los cambios en la demografía, la morbilidad y mortalidad de la población y la complejidad propia de la postmodernidad, es menester que los médicos reciban formación en lo sistémico, en el manejo de la complejidad y en el abordaje de los pacientes crónicos y sus problemas sociales.

De predominar el mercantilismo en el ejercicio de la medicina, se advierten peligros sobre el uso incorrecto de la medicina, que puede conducir a unos fines erróneos de ésta. Aquí los expertos convocados por la Fundación Hastings distinguen cuatro categorías: los malos usos y usos inaceptables del conocimiento médico, como el uso de la tecnología médica en

casos de pena de muerte. Igualmente, hay usos no médicos aceptables del conocimiento médico como en el caso de la medicina estética. Una tercera categoría la constituyen los usos inaceptables de la medicina, excepto en circunstancias muy concretas y excepcionales como es el caso del genoma humano, con el cual, de ser mal usado terminará en la estigmatización de las personas. Finalmente, se dan usos de la medicina aceptables bajo ciertas circunstancias como es el caso del uso de la hormona del crecimiento y el deporte.

Otro aspecto importante en el “*Ethos*” médico y que se constituye en un fin supremo de la medicina hace referencia a la autonomía y el bienestar social como fines médicos.

El ámbito propio de la medicina es el bien del cuerpo y de la mente, y no el bien completo de la persona, al que sólo puede contribuir como un factor más, e incluso en ese caso, únicamente en determinados aspectos de la vida. De allí, que la propuesta del grupo de Jadad de considerar la salud como una capacidad de adaptarse a los retos físicos, mentales y sociales que nos depara la vida en sociedad, sea más coherente con el concepto de salud que el propuesto en Alma Ata.

La medicina se pone a sí misma en peligro si se considera un mero instrumento para ampliar las opciones y satisfacer los deseos individuales, e incita a que la sociedad la emplee con motivos que no guardan relación con la salud. Sin embargo, no se debe perder de vista, que la medicina no tiene la capacidad de determinar en qué consiste el bien general de la sociedad. Una sociedad que emplee la medicina para eliminar sistemáticamente a los débiles o enfermos, para servir a fines políticos partidistas, para convertirse en sierva de la autoridad política, o incluso de la voluntad del pueblo, perdería igualmente su integridad e identidad propias.

En el nuevo contexto social y cultural los fines de la medicina serían los siguientes:

- *La prevención de enfermedades y lesiones, la promoción y la conservación de la salud.*
- *El alivio del dolor y el sufrimiento causados por males.*
- *La atención y curación de los enfermos y los cuidados a los incurables.*
- *La evitación de la muerte prematura y la búsqueda de una muerte tranquila.*

Como consecuencia y corolario de lo expuesto previamente, los autores plantean como “*Aspiraciones de la Medicina*”, y por ende de los médicos:

1. *Ser honorable y dirigir su propia vida profesional.*
2. *Ser moderada y prudente.*
3. *Ser asequible y económicamente sostenible.*
4. *Socialmente sensible y pluralista.*
5. *Ser justa y equitativa.*
6. *Respetar las opciones y la dignidad de las personas.*

Bibliografía

1. Los fines de la Medicina. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas; N° 11 (2004) Editorial: Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona.
2. Jadad, A.R. Health, Time for a New Definition. BMJ 2011; 343: d 4817

BIOÉTICA Y POST CONFLICTO

Edgar Montoya Ángel¹

Magistrado Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca

“La dignidad pasa a constituirse así en el estatuto ético relacional del reconocimiento en la igualdad, que unos agentes éticos asignan a otros o el mismo agente se asigna a sí mismo como a otro. Si el carácter de libre lo hace ser humano, su carácter de igualdad en dignidad lo hace merecedor y deudor de respeto...el termino dignidad es relacional y supone la libertad y la igualdad.” María Luisa Pfeiffer.

Colombia fue sumido en la violencia por más de 50 años como causa de la presencia del conflicto armado, liderado por grupos insurgentes quienes proponían desde su inicio un cambio político y social. Estos grupos dominaron extensos territorios durante este largo tiempo sin llegar a cumplir su objetivo inicial y después de diálogos y negociaciones de paz entre el gobierno de Juan Manuel Santos y la guerrilla de las FARC., se firma el acuerdo para la terminación definitiva del conflicto el 24 de noviembre de 2016.

Se hace necesario reflexionar cómo será el comportamiento de las diferentes personas de estos grupos sociales, en el pos acuerdo, quienes fueron obligadas para convivir a obedecer exigencias de conducta que muchas veces pugnan contra la moralidad de una sociedad que se considera debidamente ordenada.

Pienso que existe una transmisión generacional y mejor trans generacional de valores y principios algunos tergiversados que definen un comportamiento atípico de estas personas en sus relaciones más íntimas de su

¹ Médico Pontificia Universidad Javeriana, Pediatra Universidad del Rosario, Magister en Bioética Universidad El Bosque, Docente del Departamento de Bioética de la Universidad El Bosque, Magistrado del Tribunal Seccional de Etica Médica de Cundinamarca desde el año 2008, cargo actual: Presidente del Tribunal Seccional de Etica de Cundinamarca.

entorno familiar y con la mayoría de los diferentes miembros de su grupo social. Se crea así una subcultura fundamentada en el terror, muchas veces rechazada por la sociedad civil. Es nuestro deber como ciudadanos tratar de entenderlos para generar políticas de reinserción a nuestra sociedad.

Se ha disertado suficiente en los últimos 5 años, durante los diálogos de paz, acerca del costo económico, político y de las condiciones jurídicas que deben tutelar esta nueva situación. Desde mi percepción queda un vacío, como entender a estos seres humanos, las víctimas, quienes son agentes morales es decir individuos biopsicosociales. Es entonces desde una bioética laica en donde se pueden encontrar herramientas para conformar el reintegro de estas personas en un estado social de derecho como el nuestro, en el cual se acepte, el pluralismo, la diferencia, la diversidad y el libre desarrollo de la personalidad para deducir que muchos de estos comportamientos no necesariamente serán condenados sino que requieren un enfoque diferente hallando ese entorno social en donde les correspondió vivir. Es desde la re-educación el único camino para estructurar una ética civil, que favorezca una convivencia en paz, garantizando el respeto mutuo, en donde la discusión de las diferencias sea abordada por consenso de acuerdo al concepto ya establecido de una sociedad democrática. Hottois (2007, p. 41)

Aquí hago referencia de la reflexión realizada por la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, 13 años antes de firmar la paz, acerca de los trastornos conductuales de estas poblaciones en el posconflicto:

“...por otra parte, este lugar de lo psiquiátrico y lo psicológico dentro de un proceso de paz hace pensar en nuestra labor con las múltiples vivencias, duelos, pérdidas, odios, deseos de venganza, trastornos psiquiátricos, etc. que se han construido los individuos y sus grupos a lo largo de años de enfrentamiento armado, y que de no ser desmontados evitarían que se dé el establecimiento de una paz duradera y real”. Restrepo (2003)

La anotación anterior me sirve para entender como los trastornos del comportamiento, deben ser tratados por psiquiatras en grupos interdisciplinarios con participación activa de médicos generales, médicos familiares, pediatras, internistas, y otros profesionales de la salud, para deducir que no todos estos comportamientos son psicopatológicos.

Por la misma época en el año 2002, existe una publicación de la Organización Panamericana de la Salud, quienes visitan a Guatemala después de padecer el conflicto armado, por más de tres décadas, y encuentran como

los trastornos de salud mental, es la situación más y más relevante que *“dejan huellas en la vida de las personas, las familias y la sociedad”*

Voy a resaltar algunos puntos, encontrados en dicho estudio que pueden estar acordes con nuestra situación. Hallaron en muchas de ellas, “sensación de frustración y desesperanza,” situación ésta que lleva en algunos casos al consumo de sustancias psicoactivas. Respecto a las comunidades indígenas, fue notorio algunas tendencias suicidas de sus habitantes, debido a la pérdida de su identidad cultural, como resultado del desarraigo, producto del desplazamiento forzado. “Fueron obligados a vivir en zonas urbanas, donde prima el individualismo” como eje principal del comportamiento ciudadano, llevándolos a coexistir en condiciones en donde el choque cultural no se pudo superar. Es evidente en estas “situaciones de posconflicto se han perdido muchas tradiciones y valores culturales y los ancianos no pudieron transmitir su cultura”

Los representantes de la OPS, recomiendan entender los comportamientos psicosociales, de acuerdo a las circunstancias vividas, favoreciendo manejos médicos ambulatorios evitando al máximo hospitalizaciones para evitar ofender el honor o la dignidad de una persona.

Los cuadros clínicos más frecuentes hallados en este estudio fueron: “reacciones al estrés agudo, trastornos depresivos ansiosos, trastornos de estrés postraumático y consumo de sustancias psicoactivas”. OPS (2002, p.334-346)

Es bien sabido el conflicto armado genera violencia. Comparto las siguientes apreciaciones cuando se anota que en dichas situaciones aparecen familias disfuncionales y emergen núcleos sociales “con creencias, valores y comportamientos diferentes.” Es llamativo el incremento de embarazos de adolescentes y madres solteras. Escobar (2002, p.23)

Ante las ya mencionadas situaciones conflictivas es necesario entender como estas personas viven su relación salud enfermedad, más aún cuando en condiciones de desplazamiento, prevalecen muchas veces necesidades básicas no satisfechas, colocándolas en condiciones de extrema vulnerabilidad en la cual su vida no es digna.

Es necesario resaltar, como el concepto de dignidad es el principio que rige los derechos humanos. El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así lo consagra:

“El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en igualdad y derechos.”

De acuerdo a lo anterior la dignidad humana se basa en el respeto y la aceptación de otro, como otro, “a través de un acuerdo cultural por el solo hecho a pertenecer a la especie humana” Escobar (2009, p.36-37)

Aquí me surge la pregunta: las instituciones de salud están preparadas para el manejo que les corresponde en el posconflicto?

Las IPS, tienen el compromiso, de conformar comités de ética hospitalaria, de acuerdo a la “resolución 13437 de 1991 y se adopta el decálogo de los Derechos de los Pacientes”. Estas comisiones de carácter interdisciplinario podrán afrontar los dilemas éticos y los conflictos morales que se presenten en la atención médica de dichas comunidades con la obligación de reestructurar modelos de atención para llegar a un cuidado integral. Tengo la percepción que esta reflexión bioética es de difícil aplicación. Las EPS, están fundamentadas en un modelo biologista, donde prima el rendimiento económico, fundamentado, en un plan de beneficios favoreciendo enfermedades de bajo costo. Esta situación genera una barrera para manejar las incertidumbres en la atención médica en el pos conflicto.

A modo de conclusión comparto la siguiente reflexión: “desde la Bioética con base a sus cuatro principios de no-maleficencia, beneficencia, justicia y respeto a la autonomía se propone una solución viable. Estos principios llevados a la niñez construirán un orden social más justo y equitativo, con el fin de reconocernos a nosotros mismos y así diseñar proyectos vitales a partir de nuestra conciencia y limitaciones”. Escobar (2002. p, 28)

Al deliberar acerca de la anotación anterior considero importante resaltar lo siguiente respecto al reconocimiento. De acuerdo a Honneth inspirado en Hegel, propone una afirmación para reconocer a los seres humanos enfrentados al menosprecio. Para lograrlo expresa tres modalidades. *“Que me reconozcan como individuo necesitado de amor y amistad, lo que genera autoconfianza; además como individuo con derechos en el marco de la igualdad jurídica, del que emana el autorrespeto y por ultimo como socio en la cooperación social especialmente a través del trabajo, que merece aprecio de sus logros del que emerge la autoestima.”* Etxeberria (2015.p 134)

Como se puede ver el camino es largo para lograr la realización de los objetivos propuestos. Cuando cumplamos con el deber recíproco del reconocimiento alcanzaremos esa paz tan convocada por todos nosotros.

REFERENCIAS

1. ESCOBAR, J. (2009). La medicina entre la necesidad y el deseo. Dignidad humana, cuerpo y tecnología. *Revista Colombiana de Bioética*, 4 (2), 15-51
2. ESCOBAR, J. (2002). *Bioética y Conflicto Armado*. Bogotá: Universidad El Bosque.
3. HOTTOIS, G. (2007). ¿Qué es la Bioética? R. Pouivet (ed.), Ch. Aristizábal Tobler (trad.). Primera Edición parcial en español. Bogotá: Convenio Librairie Philosophique y Universidad El Bosque, 2007.
4. RESTREPO, C. (2003) El post conflicto en Colombia, Desafío para la psiquiatría, *Revista Colombiana de Psiquiatría* 2003; XXXII (2).
5. Organización Panamericana de la Salud, Guatemala. (2002). La salud mental en situaciones de conflicto armado. *Biomédica* 2002; 22: 337-346.
6. ETXBERRIA, X. (2015). El reconocimiento como referente transversal de la bioética. La identidad reconocida. *Revista colombiana de Bioética*, 10 (2), 127-141.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA UNA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO.

Juan Carlos Torres Díaz
Abogado Universidad Cooperativa de Colombia
Especialista en Derecho Procesal Penal
Universidad Externado de Colombia

La objeción de conciencia: Objeción de conciencia significa, por su propia naturaleza, oponer la propia conciencia al cumplimiento de una ley, según la cual, al objetor, por profesar determinadas ideas, no le corresponden las prestaciones que son impuestas por el orden jurídico a la sociedad.

Moral es una palabra de origen latino, que proviene del término *moris* (“costumbre”). Se trata de un **conjunto de creencias, costumbres, valores y normas** de una persona o de un grupo social, que funciona como una **guía para obrar**. Es decir, la moral orienta acerca de qué acciones son **correctas** (buenas) y cuales son **incorrectas** (malas).

La moral: Es un conjunto de **normas, valores y creencias existentes** y aceptadas en una sociedad que sirven de modelo de conducta y valoración para establecer lo que está **bien** o está **mal**.

El Tribunal Nacional De Ética Médica ha señalado que la objeción de conciencia es la ausencia del fin político, el móvil de la objeción ha de ser el imperativo de la conciencia, no un modo de influir en la opinión pública, obstaculizar la decisión de la mayoría, o suscitar adeptos a la postura del objetor.

La objeción de conciencia que hoy conocemos tiene su génesis luego de la introducción de un sistema militar basado en el reclutamiento obligatorio universal en un ejército nacional permanente, que se extendió por toda Europa tras la Revolución Francesa. Lo que dio lugar a importantes debates y a los acontecimientos que constituyen la base del actual reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como derecho individual.

El Primer objetor de conciencia del que se tiene constancia fue un muchacho de 21 años llamado Maximiliano, quien en su calidad de hijo de un veterano del ejército romano, fue llamado a las legiones. Sin embargo, al parecer este muchacho le dijo al Procónsul de la época que sus convicciones religiosas le impedían servir como soldado. Insistió en su negativa y fue ejecutado. Posteriormente fue canonizado como San Maximiliano.

Haciendo un breve recuento histórico, con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año 1948, y posteriormente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la objeción de conciencia se convirtió en una importante cuestión de derechos humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos - Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de **conciencia** y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de **conciencia** y de religión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos - San José de Costa Rica de 1969. Artículo 12 (Libertad de conciencia y de religión): 1. Toda persona tiene derecho a la **libertad de conciencia** y de religión.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión): 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de **conciencia** y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

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

ARTÍCULO 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud es un servicio públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ley 23 de 1981.

Artículo 2. Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia.

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

Artículo 54. El médico se atendrá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas: (Procesamiento de sangre, Aborto, Inseminación artificial).

SENTENCIA C 355 DEL 2006. IVE.

El aborto es procedente Cuando:

1. El embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de **acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulos fecundados no consentidos, así como de incesto**, para lo cual es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.
2. Cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre. (Exige una certificación médica).
3. Cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida. (Exige una certificación médica).

La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas

naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, es una obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que pueda practicar dicho procedimiento y que no presente ninguna objeción. La objeción se debe presentar de manera individual, libre y voluntaria, que la hagan solo las personas que van a prestar el servicio, quienes participan directamente en el procedimiento.

Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.

Conflicto trascendente de objeción de conciencia en el ámbito médico-sanitario (la hemotransfusión). Se trata de los testigos de Jehová que, se oponen a las **hemotransfusiones** como consecuencia de una peculiar exégesis del texto del Levítico que prohibía la ingestión de la sangre (Lev. XVII, 10).

Un gobernador republicano de Tennessee en ESTADOS UNIDOS firmo una ley que permite a consultorios médicos y terapeutas negarse a atender pacientes sobre la base de las convicciones religiosas y personales del profesional. De esa manera, en la práctica, la ley les permitirá negar sus servicios a homosexuales, lesbianas, bisexuales y transgénero. La premisa de este gobernador es que considero razonable permitirles a estos profesionales decidir cuándo es mejor que una persona sea atendida por otra, más adaptada a sus exigencias”.

En tal sentido, a la luz de la justicia y el derecho, se daría aplicación al principio **IURA NOVI CURIA**, reconocido por la jurisprudencia, como aquel por el cual, corresponde al juez (Magistrados Tribunal) la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.

Cuando se presenta una pugna en la que se ven conculcados dos derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho que tienen los médicos de hacer uso de la **objeción de conciencia**, y por otro lado el **derecho a la salud** que tiene toda persona, cuando acude a un centro hospitalario para que le presten este servicio.

Es ahí, cuando se debe acudir al denominado **TEST DE PROPORCIONALIDAD O PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**: No hay derechos fundamentales absolutos, entonces se acude a la ponderación de los mismos y se colocan en una balanza simbólica.

Una de las personas que más ha contribuido a este tema de la ponderación de derechos es el jurista Alemán **Robert Alexy**, quien afirma que se debe tener en cuenta el agrado de afectación de los derechos involucrados, atendiendo a principios de necesidad, de idoneidad, y de proporcionalidad.

El principio de legalidad en la responsabilidad ética: fundamentos y consecuencias.

Juan Felipe Álvarez Arboleda¹

Abogado. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

“Cuando se produzca un hecho nuevo que sea sustancialmente, pero no formalmente delito, en tanto en cuanto no esté incriminado por ninguna disposición legal, ¿Qué hará el estado? El estado liberal, frente a una eventualidad semejante, permanecerá inerte, paralizado por el ordenamiento jurídico que le ordena nec plus ultra, y, aun deplorando la fechoría, tolerará que tenga lugar con completa impunidad para los culpables; el estado totalitario, por el contrario, ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta.”²

La anterior cita corresponde a la pregunta que en 1939 se planteaba Giuseppe Maggiore, clásico penalista italiano quien pretendía indagar por qué hacer en aquellos casos en los cuales la ley no había prohibido alguna conducta lesiva.

Conforme con la anterior cuestión, he pretendido abordar el principio de legalidad en la responsabilidad ético médica porque es posible que en nuestro ejercicio cotidiano nos hallemos en una encrucijada como la citada, en la que a pesar de no existir norma directamente aplicable al caso, la más lata noción de justicia impulsa a sancionar.

De hecho, no es ajena a la discusión nacional la argumentación de algunos abogados que, amparados en el principio de que para el particular, aquello que no está prohibido se entiende permitido, abogan por la libertad de ejercicio de ciertas especialidades médicas, me refiero en concreto al ejer-

¹ Abogado sustanciador del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Profesor del área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

² Giuseppe. Maggiore, Diritto penale totalitario nello Stato totalitario, en Rivista italiana di diritto penale., 1939, pp. 159-160.

cicio de la cirugía plástica por médicos generales, quienes se excusan en la ausencia de reglamentación legal de dicha especialidad para ejercerla.

De lo anterior surge entonces el tema que se pretende abordar en las siguientes páginas, y es la relación que existe entre el principio de legalidad y el principio de responsabilidad ética.

En concreto, se procura reflexionar acerca de si los Tribunales de Ética Médica pueden realizar reproches más allá de lo dispuesto en la Ley, o incluso aún, sobre tópicos que ni siquiera han sido desarrollados por ésta, sin que ello infrinja las garantías propias del Estado de Derecho.

Para ello es conveniente primero, realizar algunas consideraciones en torno al principio de legalidad como paradigma del derecho, las cuales pueden resultar baladías. Sin embargo, se justifican en aras de contextualizar la discusión propuesta.

En Derecho Penal siempre se ha enseñado que el principio de legalidad es una garantía para el ciudadano, porque le permite a éste conocer de antemano la norma que no debe infringir y la sanción a la que se encuentra expuesto de hacerlo, supuesto que da lugar al aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Se ha dicho igualmente que el principio de legalidad implica que la norma prohibitiva sea previa al comportamiento recriminado, que conste por escrito, que sea estricta y cierta, es decir que sea clara para su destinatario a fin de que éste pueda ajustar su comportamiento conforme a la misma.

Ahora bien, ante la ausencia del principio de legalidad no será posible preguntarse siquiera, al menos no desde una perspectiva que respete el Estado de Derecho, por la culpabilidad del investigado. Sobre este punto en concreto y, sin pretensiones de exhaustividad, es necesario mencionar como lo hace Ferrajoli que:

*“... Ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender”*³

³ Luigi, Ferrajoli, Derecho y Razón, Editorial Trotta. 1995., p487

Ahora bien, ¿Qué es, entonces, lo que debe comprenderse y quererse? Desde luego, aquello que está contenido en la norma prohibitiva. Por lo tanto, si ésta tiene errores o vacíos, o peor aún ni siquiera existe, no podría afirmarse el respeto por el principio de culpabilidad, y se estaría infringiendo una de las más importantes garantías en el Estado de Derecho, de ahí entonces la trascendencia que tiene observar el principio de legalidad.

Hay que reconocer desde luego, que la exigencia o la rigurosidad de éste principio no es la misma para el derecho disciplinario que para el derecho penal. A pesar de ser ambos instrumentos de carácter sancionatorio, que por lo mismo conllevan una afectación de derechos, la sanción a la que cada uno de estos da origen difiere sustancialmente.

Así mientras el derecho penal tiene por consecuencia más gravosa la privación de libertad en una cárcel, con todos los efectos inhumanos que ello conlleva. El derecho disciplinario, en nuestro caso, suspende en el ejercicio de la profesión como respuesta a las faltas más graves. De ahí entonces que esté en principio justificada cierta flexibilidad en la tipificación de la sanción disciplinaria.

A esta discusión no ha sido ajena la Corte Constitucional, la cual se ha pronunciado en relación con ésta en diferentes providencias, en síntesis respecto del principio de legalidad la Corte entiende que:

“... éste se aplica con una mayor flexibilidad y menor rigurosidad en este ámbito. Lo anterior, por cuanto “la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad.” (C-030/2012)

Acogiendo la tesis de que es tolerable cierta elasticidad en la interpretación de las normas prohibitivas disciplinarias, es necesario considerar ahora la posibilidad de que los reproches de carácter ético puedan fundamentar por sí mismos una sanción disciplinaria.

En este punto es necesario hacer un paréntesis, que pareciera que alejarse un poco del tema propuesto, pero en realidad está estrictamente ligado a al mismo, y es el problema del fundamento ético de las consideraciones bioéticas realizadas en las diferentes providencias de los Tribunales de Ética Médica.

Sería lo primero resaltar que no todos los casos que son objeto de consideración entrañan un verdadero problema ético, o por lo menos no de una forma evidente. La mayoría de las providencias que he tenido ocasión de revisar versan en términos generales sobre el apego o no del actuar médico a la Lex Artis.

A pesar de ello y, desde luego, en menor medida, se han encontrado algunas providencias que se ocupan de verdaderos dilemas éticos, como lo serían el respeto por la autonomía del paciente, el secreto profesional, la objeción de conciencia, entre otros.

Sin embargo en las providencias que discuten estos temas no es usual mencionar el fundamento ético del cual se parte al momento de enjuiciar la actuación del profesional de la medicina, no obstante, en las ocasiones en que esto tiene lugar, es la ética kantiana el paradigma dominante. De igual forma, existen algunas providencias que si bien no hacen alusión directa a este filósofo, si realizan afirmaciones claramente kantianas.

De ahí entonces que se haya podido concluir que el concepto ético desarrollado por Kant es el que impera en aquellos dilemas morales que se discuten en nuestros Tribunales; circunstancia a todas luces normal teniendo en cuenta la primacía de la ética kantiana durante años en el panorama filosófico. No obstante, a mí parecer, insostenible en la actualidad.

Es innegable que, en general y a primera vista se puede estar de acuerdo con algunas de las máximas Kantianas, verbi gratia:

“Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio.”⁴

“Obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal.”⁵

“Ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad”⁶.

⁴ Kant, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, Madrid, 1921.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

Es en mayor o menor medida conocido que la ética de Kant pretende ser establecida a *priori*, sin referencia a las costumbres o creencias de ninguna sociedad en particular, por lo que tiene que ser racional, puesto que no puede tener otro fundamento distinto que la razón misma, y será desde luego universal, toda vez que debe regir en todo tiempo y lugar.⁷

Lo bueno, y por consiguiente, lo ético en Kant nunca radicará en el resultado de nuestras acciones, sino en la intención, en la voluntad. La ética no es en ningún momento cuestión de fines o de consecuencias. Es deber moral y nada más, es por lo tanto, un imperativo categórico.

Ahora bien, respecto de aquello que es de interés para la discusión acometida, las conclusiones a las cuales se llega de la aplicación lógica y coherente de las tesis kantianas difícilmente permitirían discutir problemas como: la eutanasia, el suicidio asistido, el aborto, o la ingeniería genética, que si bien no son los casos más comunes, sí son algunos de los que de verdad entrañan un dilema ético.

No es necesario adentrarse en las críticas formuladas a la doctrina ética de Kant, ya sea por Hegel o Marx; por Schopenhauer o Nietzsche; Stuart Mill o Bentham. Es suficiente mencionar aquí que al ser la ética kantiana inevitablemente abstracta y formal es correcta cuando se trata de valores o principios generales, como la justicia, la verdad o la libertad, sin embargo, fracasa cuando se aplica a casos particulares⁸.

Asimismo, Kant parte del error de que el hombre puede ser enteramente racional, lo cual pone de presente que su idea ética no considera en ningún momento la naturaleza humana.

A la vista de las pruebas aportadas por la Antropología debe admitirse que el código moral que establecen las teorías morales kantianas únicamente es uno, entre otros varios:

“Por muy profundamente que haya sido configurada nuestra conciencia y condición moral, hemos de reconocer que en la historia del mundo otras sociedades han podido funcionar sobre la base de otros códigos...”

⁷ Camps, Victoria. Breve Historia de la Ética. Editorial RBA, Barcelona, 2013.

⁸ Basta mencionar que desde la doctrina de Kant está prohibido mentir, así se logre un beneficio como evitar el castigo de un inocente; recuérdese que se trata de un imperativo categórico, no hipotético.

Sostener que una persona que sea miembro de esas sociedades y conozca su código moral, y a pesar de todo, carezca de auténticas convicciones morales, es fundamentalmente correcto en mi opinión. Pero esta aseveración no puede justificarse sobre la base de nuestro concepto del punto de vista moral porque esto supone que el código moral de la sociedad liberal occidental es la única moral verdadera.”⁹

En conclusión, creo que existen suficientes razones para apartarse del postulado Kantiano.

Con todo, no considero que el anterior rechazo conlleve a la adopción de tesis como las del relativismo o emotivismo ético, las cuales entienden que no es posible establecer parámetros morales objetivos a través de los cuales valorar un comportamiento. A pesar de la importancia de esta afirmación, por razones de espacio, no es posible desarrollar la misma.

Por otro lado, existen opciones éticas que no pretenden fundar leyes morales producto de la consciencia, y que tienen como finalidad guiar el actuar humano. Y, en este punto, quiero aludir en particular a la ética elaborada por Jürgen Habermas, conocida como ética comunicativa o discursiva, la cual se explica a través de una cita de la profesora Victoria Camps, en concreto ésta menciona que:

“Lo que la ética comunicativa o discursiva propone no son contenidos morales, sino un procedimiento para determinar la validez de los acuerdos normativos. Se parte del supuesto de que toda discusión sobre asuntos prácticos que ha de dar lugar a normas busca un acuerdo. Éste para ser válido y racional, debe cumplir los requisitos de la comunicación entre iguales, que incluyen la idea de imparcialidad y el reconocimiento recíproco de los participantes o afectados por la discusión.”¹⁰

A partir de esta concepción, afirmaciones del tipo, “El médico debe siempre respetar la autonomía del paciente”, o “El médico debe siempre velar por la dignidad del paciente” solo adquieren sentido en una comunidad específica de hablantes, una comunidad que dialoga e intercambia opiniones, y que llega a consensos en materia ética, los cuáles son logrados en razón de un procedimiento moral, como es la ética comunicativa.

⁹ P. Taylor, “The Ethnocentric Fallacy,” *Monist* 47 (1963): 570.

¹⁰ Camps, Victoria. *Óp. Cit.*, p.366.

De acuerdo con esto, las afirmaciones éticas no pueden interpretarse aisladamente de la sociedad en la cual son formuladas. Es necesario partir de una concepción pragmática del lenguaje, en la cual éste al ser la forma de interacción entre los hablantes, pone de presente un espacio común de entendimiento, del cual se deriva la validez de las normas que rigen el actuar correcto, nuestro actuar ético.

Postula Habermas que:

“Solo pueden pretender validez las normas que encuentran (o podrían encontrar) aceptación por parte de todos los afectados como participantes en un discurso práctico.”¹¹

A diferencia de la ética Kantiana, aquí el fin de la acción es el que otorga el fundamento ético a la misma, de igual forma, al suponer la ética comunicativa una pluralidad de puntos de vista que evolucionan histórica y socialmente en busca del acuerdo, se compadece con el pluralismo propio de sociedades como la nuestra.

No es posible entrar aquí en los pormenores de la tesis propuesta por Habermas, no obstante quiero mencionar que los consensos alcanzados a través del método enunciado no serán morales intrínsecamente hablando, sino que serán morales en razón del procedimiento moralmente correcto a través del cual fueron obtenidos.

Retomando el tema que se venía discutiendo, existen razones tanto de índole legal como ética para respaldar una tesis que conciba la posibilidad de fundar un reproche disciplinario especialmente en consideraciones de carácter ético, flexibilizando en cierta medida el principio de legalidad.

Con todo, la aceptación anterior no puede quedar al libre arbitrio. Es obligación establecer unos criterios necesarios aunque, tal vez no sean aún suficientes, para dotar de legitimidad esta alternativa.

Como corolario del presente ensayo se ofrecen los siguientes:

Previsibilidad: El reproche realizado al médico debe ser producto del consenso ético-médico en el país, de tal suerte que cualquier médico entienda

¹¹ Habermas, Jurgen. Conciencia Moral y Acción comunicativa. Ediciones Península, 1985.

que existen razones fundadas para prever que de un comportamiento en contravía de estos consensos se derivará muy probablemente una sanción. Esto permitirá salvaguardar en cierta medida el principio de culpabilidad mencionado, y siempre necesario ante cualquier castigo.

Conexidad: La recriminación realizada debe poder vincularse siquiera remotamente a alguno de los principios o normas presentes en la Ley de Ética Médica.

Contradicción: Debe garantizarse el derecho de defensa del médico investigado, por lo que, si bien es lícito hacer alusión a principios generales y abstractos, deben expresarse los fundamentos fácticos y éticos que para el caso concreto dan lugar a la sanción, para que el médico investigado pueda ejercer plenamente sus derechos.

Como se mencionaba, estos principios son necesarios aunque no suficientes para dotar de legitimidad esta posibilidad, por lo que es un compromiso necesario discutir y desarrollar los mismos.

OBRAS CITADAS

Camps, Victoria. Breve Historia de la Ética. Editorial RBA, Barcelona, 2013.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón, Editorial Trotta. 1995.

Maggiore, Giuseppe. Diritto penale totalitario nello Stato totalitario, en Rivista italiana di diritto penale., 1939.

Kant, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, Madrid, 1921.

Habermas, Jurgen. Conciencia Moral y Acción comunicativa. Ediciones Península, 1985.

RETOS DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA FRENTE AL MODELO ACTUAL EN SALUD.

José Vicente Maestre Peralta
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Magdalena
y Distrito Santa Marta

INTRODUCCION

El constante cambio y evolución que se generara en el mundo, nos lleva a vivir constantemente actualizados, desde los más simple hasta lo más complejo, con el fin de evitar no ser relegado por aquellos que se encuentran en sintonía con dichos avances, pues este cambio trae como principios el perfeccionamiento de sistemas; de igual forma sucede en el campo de la salud, donde tecnologías innovadoras llevan al personal de la salud a ajustarse a la utilización de equipos, métodos y modelos de atención eficientes, con el fin de lograr un mejor aprovechamiento del tiempo, los recursos y la elaboración de un diagnóstico más eficiente y eficaz, que repercuta en el beneficio tanto para el sistema de salud como para los actores que participan en el régimen.

Colombia no es ajena a los adelantos que se registran a nivel mundial, como prueba de ello de registra en cambio de modelo de Sistema de Seguridad Social Integral entre ellos el de Salud, creado con la Ley 10 de 1990 y posteriormente la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, donde se busca lograr la cobertura de toda la población, de la mano de primicias en tecnología, los modelos de atención más eficientes, la maximización de la seguridad en la atención de los pacientes, donde participan el Estado a través de entidades del orden nacional y territorial, donde se generan políticas públicas, la supervisión y control del sistema, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), como ente asegurador, las Instituciones Prestadores de Servicios de Salud (IPS) tanto públicas como privadas, los profesionales de la salud y pacientes, estos últimos conocidos en la actualidad como usuarios.

El modelo actual de salud trae un mayor control del gasto, con optimización de recursos, manejo integral de los pacientes, con el objeto de que en la medida se llegue a la cobertura total, existan los recursos necesarios para garantizar la prestación de los servicios de forma permanentes, sumado a la participación activa del profesional de la salud, en este caso en especial el médico, pues dentro de su “autonomía” pueda generar un mejor enfoque de atención en beneficio de los pacientes.

I. ANTECEDENTES DE LA COBERTURA EN SALUD FRENTE A LA ATENCIÓN OPORTUNA Y CALIDAD DE ATENCIÓN

En el informe Nacional de calidad de atención en salud 2015¹, realizado por el Ministerio de Salud, trae el desarrollo significativo que se ha generado en el sistema de salud Colombiano, sin embargo, nuestra también las dificultades que aún se generan en la prestación oportuna y calidad de los servicios de salud.

1. ATENCIÓN OPORTUNA

Uno de los estándares de atención primaria en salud más importante se encuentra la atención oportuna, debido a que esta genera condiciones especiales a tener en cuenta, tales como, la prevención y detección oportuna de enfermedades, el manejo médico oportuno de inicio de enfermedades, los controles posteriores a situaciones hospitalarias.

Ahora bien, en cuanto al tiempo transcurrido de espera de atención el ministerio de salud en los diferentes estudios realizado, tal como se evidencia a continuación:

DIAS DE ESPERA EN LA ATENCIÓN MÉDICA U ODONTOLÓGICA GENERAL	
AÑO	PROMEDIO DE DIAS DE ESPERA
2003	1,94
2008	2,45
2010	3,54
2013	4,33

Fuente:

Es de apreciarse, el incremento significativo en tiempo de espera de la atención médica como odontológica de carácter general, esto podría estar

¹<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/informe-nal-calidad-atencion-salud-2015.pdf>

siendo generado al incremento de la cobertura en salud frente al número de instituciones prestadores de servicio de salud, a la carencia de ampliación de prestadores por parte de las EPS, el modelo de contratación suscrito entre la EPS y las IPS, entre otras situaciones.

Sin embargo, estas situaciones traen como consecuencia la toma de medidas correctivas dentro de los estándares normativos de calidad exigidos por en el Ministerio de Salud, las Secretarías de Salud Departamental, Distrital y Municipal sobre las Entidades Promotoras de Salud, y estos a su vez sobre los prestadores de servicio de salud propios o contratados ya sean públicos o privados, donde en últimas generan en algunos casos medidas de solución no adecuadas, tales como, el acortamiento del tiempo para la atención de los paciente por parte del profesional de salud, la sobrecarga de pacientes sobre un número de horas destinadas a cancelarle, la carencia de capacidad resolutive por parte de médicos y odontólogos general, o en algunos casos la coartación por parte del empleador para que este profesional de salud ejerza una atención autónoma frente a la necesidad de solucionar la situación de salud que afecta al paciente.

Otro efecto que trae el incremento del tiempo de espera en la atención, está representado en la congestión de los servicios de urgencia, debido a que el paciente en la medida de requerir el servicio asistencial por consulta externa y no obtener a su criterio una respuesta oportuna acude como último recurso de solución a las urgencias, situación que se refleja en un promedio de atención en el Triage de 4.3 sobre los criterios establecidos por la Resolución 5596 del 24 de diciembre de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social².

2. CALIDAD EN LA ATENCIÓN

Las variadas situaciones que se generan durante la atención de los pacientes en del sistema de salud colombiano, han generado una apreciación negativa, en primera medida los servicios de salud que se prestan en Colombia son de mala calidad, generado por la demora en la generación de ordenes médicas, una atención oportuna, lo cual es considerado por el usuario del sistema como una traba al acceso de los servicios asistenciales.

La segunda apreciación esta mediada por la sobre carga laboral a la que se

²<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5596-de-2015.pdf>

ve sometido el profesional de la salud, algunas veces por voluntad propia al tratar de buscar la forma de mejorar sus ingresos, se ve en la penosa necesidad de asumir jornadas laborales extenuantes con el fin de compensar el decrecimiento de sus ingresos generados por el sistema mercantilista en el que se encuentra la salud.

Otro punto a tener en cuenta es la calidad de atención, está generada por la visión que se tiene de la salud, pues muchos propietarios o administradores de la entidades que intervienen en el sistema, solo lo ven como un negocio lucrativo, lo cual trae como consecuencia la creación de estrategias que le permitan generar grandes utilidades con poca inversión, una de estas estrategias es la imposición por parte del empleador, al tratar de solucionar las demandas del servicio sin generar gastos que afecten su rentabilidad, lo que conlleva a el profesional de la salud, que tome como medida reprochable, el hecho de ejercer como mecanismo defensa a la sobrecarga laboral que es sometido, la negativa en la prestación de servicios profesionales a las personas que no encuentra programadas para la atención, y en el caso del servicio de urgencia, la observancia por parte del usuario que al acudir en busca de una solución expedida a sus quebrantos sin obtener una solución pronta, pues, tal como se expresó anteriormente el promedio de solicitud de servicio en urgencia no ameritan una atención inmediata, trayendo como consecuencia en algunas ocasiones el deterioro de la salud de los usufructuarios o uno más grave la perdida de la vida de personas inocentes.

II. LEY 1751 DE 2015³, PARÁMETRO DE UTILIDAD EN EL MECANISMO ENCAMINADO AL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE ATENCIÓN EN SALUD

El modelo de atención Integral de Salud consagrado en la Ley 100 de 1993, se vio abocado a sufrir un reforzamiento a través de la Ley estatutaria en salud, toda vez que obliga a la realización de un modelo de atención Integral en salud conocido como MIAS, lo cual lleva a que no solo el estado, las instituciones de salud y los profesionales de la salud, son los responsables en la conservación de la salud del usuario, pues con el modelo de “autocuidado”, parte de esta responsabilidad se traslada al paciente, quien debe propender por mantener en medio de sus posibilidades un estado de salud estable, acogerse a los modelos de salud preventiva, y en la medida que se presente o aprecie alguna alteración en su salud deberá acudir de forma oportuna en busca de atención capacitada.

³ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>

Ahora bien, de nada sirve que se cumpla el deber de autocuidado del paciente, si al acudir en busca del servicio existen inconvenientes en la utilización del mismo, sin embargo, la misma ley estatutaria prevé la necesidad de fomentar la medicina familiar, a través de médicos especializados en esta rama, con el fin de que asuman un rol global del paciente y su familia, sumado a la necesidad de recuperarle el papel de médicos resolutivos, en cuanto a la prevención, diagnóstico y manejo de ciertas enfermedades que no ameritan ser tratadas por los especialistas.

De igual forma, el modelo lleva a una obligación directa a la Empresa Promotora de Salud, quien debe entregar, avalar o autorizar el manejo integral de se le debe realizar al paciente, es decir, en la medida que se realiza la atención por determinado tema, se debe detectar o prevenir otras posibles enfermedades, todo esto se suma a la necesidad que la prestación de servicio por parte de las IPS se realice de manera integral en el llegado caso de no poder, deberán existir alianzas y mecanismos alternativos, con el fin de que esta labor se cumpla.

III. OBSERVANCIA POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

La retoma del modelo integral de salud, lleva a las a que todos los actores del sistema estén atentos, de esto no escapan a los Tribunales Seccionales de Ética Médica al igual que Tribunal Nacional de Ética Médica, pues la misma Ley estatutaria de salud retoma parámetros de gran relevancia entre estos se encuentra.

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Se señala la importancia a tener en cuenta en lo relacionado al consentimiento informado, el médico debe entregar una información adecuada, veraz, oportuna y completa, del procedimiento, tratamiento y método diagnóstico que pueda emplear, con el fin de que el paciente pueda expresar libremente su voluntad; el profesional de la salud debe dejar constancia en la historia clínica de su realización, como es sabido se excluye de realizar el consentimiento los casos de urgencia que pongan en peligro la vida del paciente, sin embargo deberá existir un registro en la historia clínica del porque no se efectuó.

2. HISTORIA CLÍNICA.

La historia clínica toma más relevancia dentro de este modelo, pues tal

como lo establece la ley 23 de 1981, el Decreto 3380 de 1981 y la Resolución 1999 de 1995, en cuanto a la obligación de existir un registro de la atención del paciente, esta debe ser completa, el profesional de la salud deberá indagar e identificar los factores de riesgo, realizar la prevención de enfermedades, e identificar las enfermedades que guarden o no relación con el motivo de consulta del paciente, con el fin de actuar sobre todos y cada uno de ellos de forma inmediata, el medico deberá dejar de ser un parcelador de enfermedades, de utilizar la frase “yo solo puedo atender una cosa, aparte nueva cita”.

Una historia clínica completa permite establecer las necesidades que registra un paciente, respalda al médico en su actuación y facilita al paciente a reclamar por su derecho fundamental como es la salud.

3. SECRETO PROFESIONAL

Se velará porque exista un mayor respeto del paciente durante la realización de enseñanza médica, es decir, debemos respetar la voluntad del paciente de permitir o no ser empleado en las actividades académicas, al igual que velar por su intimidad, papel que deberá cumplir y hacer cumplir el medico que realiza la labor de enseñanza.

4. PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTO Y PROCEDIMIENTOS

En la medida que se realiza la relación medico paciente, se deberá establecer cuáles son las necesidades de resolución que posee el paciente con el fin de ordenar de forma pertinente las ayudas diagnósticas, tratamientos y las valoraciones que amerite el paciente, no deberá existir excusa alguna por parte del profesional, pues este o no incluido en el plan de beneficio del sistema es deber ordenar, justificar, autorregulación el servicio dentro del principio de autonomía.

Es deber de los Tribunales de Ética Médica, acoger las quejas enviadas, su labor se centrarán si la actuación del médico que realiza sobre los principios éticos y los modelos de atención actuales, de igual forma las secretarías de Salud municipal, Distrital y Departamental deberán velar porque las entidades participes dentro de modelo de atención en salud cumplan su deber legal, so pena de incurrir en saltas que le generen responsabilidades.

LA MEDICINA DEFENSIVA

César Bruno y Caro

Magistrado. Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta

1. INTRODUCCIÓN.
2. CAUSAS.
3. DEFINICIÓN.
4. CLASIFICACIÓN.
5. LA MEDICINA DEFENSIVA ACTIVA.
6. LA MEDICINA DEFENSIVA PASIVA.
7. LA MEDICINA DE OBEDIENCIA JURISPRUDENCIAL.
8. LA INVESTIGACIÓN DEL ORDINE PROVINCIALE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DE ROMA.
9. LOS PROTOCOLOS Y LAS GUÍAS DE MANEJO.
10. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio médico ha sufrido en los últimos decenios cambios muy significativos, no siempre positivos, en los países del mundo occidental. Ellos han generado nuevas formas de ejercicio profesional que, a menudo, no son en beneficio de los pacientes. La medicina defensiva es una de ellas.

2. CAUSAS

- a) El temor a las denuncias y quejas.
- b) El temor al amarillismo de los medios de comunicación de masas.
- c) La deficiente preparación académica que lleva a una inseguridad en el juicio clínico.
- d) La necesidad burocrática de documentar los medios diagnósticos.
- e) Las exigencias de pacientes y/o sus familiares por la abundancia de información médica en los medios de comunicación de masas y en Internet.

3. DEFINICIÓN

“La medicina defensiva consiste en la actitud de los médicos caracterizada por la prescripción de exámenes paraclínicos, tratamientos o consultas, o en evitar pacientes o tratamientos de alto riesgo, con el fin primordial (aunque no necesariamente exclusivo) de reducir su propia exposición al riesgo de demandas por mala práctica”. (Umberto Genovese, coordinador del Laboratorio di Responsabilità Sanitaria de la Sección Departamental di Medicina Legal de la Universidad degli Studi de Milán, Italia)

4. CLASIFICACIÓN

La medicina defensiva se puede clasificar en:

- a) La medicina defensiva activa.
- b) La medicina defensiva pasiva.
- c) La medicina de obediencia jurisprudencial.

5. LA MEDICINA DEFENSIVA ACTIVA

Cuando los médicos prescriben exámenes paraclínicos, tratamientos o interconsultas innecesarios, primordialmente para evitar demandas de mala práctica, se habla de medicina defensiva positiva (activa).

Por ejemplo,

- a) TAC para corroborar un diagnóstico clínico de apendicitis.
- b) Prescripción de antibióticos para tratar una infección viral.

Acciones de medicina defensiva activa pueden configurar violación del artículo 15 (“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”) de la Ley 23 de 1981, en los siguientes casos:

- a) Cuando demoran el tratamiento.
Ejemplo: una apendicitis que se puede convertir en peritonitis por la demora en la realización de una TAC innecesaria.
- b) Cuando se prescriben exámenes paraclínicos innecesarios cuya realización conlleva riesgos inherentes a los mismos.
Ejemplos:
 - a) Exámenes invasores.

b) Estudios radiológicos con medio de contraste intravenoso.

La medicina defensiva puede ser:

a) Individual, cuando es practicada por un individuo que ejerce la profesión médica, por iniciativa propia.

b) Grupal o institucional, cuando es practicada por acuerdo grupal o por directrices institucionales.

La prescripción de exámenes paraclínicos, tratamientos e interconsultas excesivos e innecesarios no siempre obedece a la práctica de la medicina defensiva activa. Puede obedecer, también, a afán de lucro y a conflicto de intereses. Su análisis se escapa a los objetivos de esta ponencia.

La práctica de la medicina defensiva activa afecta gravemente a los sistemas nacionales de salud inflando en grave medida los costos de la atención médica.

6. LA MEDICINA DEFENSIVA PASIVA

Cuando los médicos evitan atender a determinados pacientes o realizar determinados actos médicos de alto riesgo de morbilidad o mortalidad, primordialmente para evitar demandas de mala práctica, se habla de medicina defensiva negativa (pasiva).

Por ejemplo,

a) Durante un turno, aplazar una decisión terapéutica de modo que la responsabilidad del caso recaiga en el colega que reciba el turno.

b) Remitir innecesariamente el paciente a un nivel superior de complejidad.

Acciones de medicina defensiva pasiva pueden configurar violación al artículo 3 (“El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley”) de la Ley 23 de 1981. También al artículo 15 de la misma ley (“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”), cuando la omisión de la atención médica exponga al paciente a riesgos injustificados.

También la medicina defensiva pasiva puede ser, como la activa, individual, grupal o institucional.

Hay que diferenciar actos de medicina defensiva pasiva de actos que buscan solo el bienestar del paciente.

Ejemplo: Ante la indicación de pancreatoduodenectomía, cirugía de muy alta complejidad, un cirujano con poca experiencia en esa intervención busca que el paciente sea intervenido por otro cirujano de mayor experiencia.

7. LA MEDICINA DE OBEDIENCIA JURISPRUDENCIAL

Consiste en la aceptación en la práctica médica de preceptos de conducta médica de origen jurisprudencial que, con frecuencia, no tienen real fundamento en la ciencia o en la *lex artis* médicas, sobre todo cuando se trate de jurisprudencias ajenas al derecho disciplinario médico, como pueden ser jurisprudencias constitucionales, administrativas, penales o civiles.

8. LA INVESTIGACIÓN DEL ORDINE PROVINCIALE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI ROMA

Durante los años 2009 y 2010, el Ordine Provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della Provincia di Roma – el Colegio Médico y Odontológico de la Provincia de Roma – realizó una encuesta nacional en todo el territorio italiano con el título de “¿Quién se defiende de quién? ¿Y por qué?” sobre la medicina defensiva, coordinada por el Profesor Aldo Piperino, Profesor de Sociología de los Fenómenos Económicos y del Trabajo de la Universidad Federico II de Nápoles.

La muestra fue de 2.783 encuestados, representativa de todos los médicos italianos hasta los 70 años de edad, estratificados por edad y área geográfica, activos en todos los sectores (hospitales clínicas, medicina de base), en el sector público y en el privado. Se calculó el volumen total de medicina defensiva, su impacto económico general y específico y las eventuales diferencias por sector y tipo de prescripción.

Los resultados son significativos:

- El 78,2% consideró que tenía un riesgo aumentado de denuncia con respecto al pasado.
- El 68,9% pensaba que tenía un 30% de probabilidades de ser denunciado.
- Para el 25%, estas probabilidades eran mayores.
- Solo el 6,7% de los médicos no creía en la probabilidad de una denuncia.
- Globalmente, el 65,4% se consideraba bajo presión en la práctica

médica cotidiana.

Otros factores que llevaban a la práctica de la medicina defensiva, fueron:

- La percepción de la figura del médico por parte de la opinión pública (65,8%).
- Eventuales iniciativas por parte de la justicia ordinaria (57,9%).
- Las experiencias judiciales de otros colegas (48,4%).
- La necesidad de prevenir y defenderse de sanciones por parte de entidades a las que se pertenece (43,11%).
- El temor de comprometer la carrera (27,8%).
- El miedo de menciones negativas por la prensa y la TV (17,8%).
- El miedo de perder pacientes (10,6%).
- Las eventuales críticas de los colegas (9,6%).

En cuanto a las prescripciones y órdenes médicas de medicina defensiva que contribuyen a inflar los gastos de salud y a alargar las listas de espera:

- El 53% declaró que prescribía fármacos con criterio defensivo y que eran el 13% de los fármacos prescritos.
- El 73%, interconsultas a especialistas que representaban el 21% de total de solicitud de interconsultas.
- El 71%, exámenes de laboratorio que representaban el 21% del total.
- El 75,6%, exámenes instrumentales que representaban el 22,6% del total.
- El 49%, hospitalizaciones de las cuales el 11% de total se habrían podido evitar.

9. LOS PROTOCOLOS Y LAS GUÍAS DE MANEJO

Los protocolos, las guías de manejo y directrices escritas o verbales emanadas de directivas institucionales con frecuencia forman parte del acervo probatorio de los procesos ético disciplinarios. Por lo general, es la defensa del médico investigado, quien solicita que se decreten como medio de prueba. Se supone que si un acto médico sigue las directrices de un protocolo, de una guía médica o de directrices escritas o verbales emanadas de directivas institucionales, no pueda ser reprochable.

A este respecto, y como motivo de reflexión, vale la pena citar apartes significativos de una sentencia de casación de la Corte di Cassazione (Corte Suprema de Justicia) de Italia, incluida en la investigación antes citada, en

un caso de fallecimiento de un paciente el mismo día en que se le ordenó la salida:

“Si las guías de manejo alegadas por el imputado (*“el médico”*) como justificación de la decisión de ordenar la salida del paciente obedecieran solo a lógicas mercantiles, el respeto de ellas en desmedro del paciente no podría constituir para el médico una especie de salvoconducto, capaz de protegerlo de responsabilidades, penales civiles, o también solo éticas, porque por encima del respeto a las lógicas de las guías no puede dejar de sobreponerse un comportamiento virtuoso del médico que, según ciencia y conciencia, tome las decisiones más oportunas para proteger la salud del paciente”.

“El médico responde a un preciso código ético y no está obligado a respetar esas directrices (*“protocolos, guías de manejo y directrices escritas o verbales emanadas de directivas institucionales”*), cuando ellas estén en contraste con las exigencias del tratamiento del paciente, y no puede ser eximido de culpa si se deja condicionar por ellas, renunciando a su deber y rebajando su profesión y su misión al nivel de un contador público”.

10. CONCLUSIONES

La medicina defensiva es síntoma indiscutible del deterioro del ejercicio profesional médico en el mundo occidental. Lejos quedan las épocas en que la relación médico paciente se basaba en el recíproco respeto y en la recíproca confianza.

El médico, acorralado, puede terminar por recurrir a conductas que pueden ser reprochables. Difícil tarea la de los Tribunales de Ética Médica si llegaren a ser llamados a investigar conductas de medicina defensiva que de una u otra manera pudieran constituir infracciones a la Ley 23 de 1981. Un duro futuro les espera a las jóvenes promociones médicas. Dios las proteja.

CÉSAR BRUNO Y CARO

BIBLIOGRAFÍA

Maria Cristina Parravicini, Medicina defensiva, Bollettino dell'Ordine Provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Milano (<http://www.assimedici.it/dicono-di-noi/medicina-difensiva.pdf>).

LA DEFENSA DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Alejandra María Zapata Hoyos

Abogada Secretaria

Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Es preciso iniciar este escrito indicando que, como bien es conocido, las decisiones proferidas por los Tribunales de Ética Médica son verdaderos ACTOS ADMINISTRATIVOS, y como tales, son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, generalmente, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, siendo entonces ese el escenario judicial idóneo para debatir aquellos aspectos que los demandantes consideran permeados por la ilegalidad en las decisiones adoptadas.

Será entonces el juez de lo contencioso administrativo quien determine si es procedente o no decretar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios y restablecer el derecho del demandante si a ello hay lugar y si esta fue una de sus pretensiones.

Lo anterior implica que los Tribunales de Ética Médica como demandados, deban ejercer una sólida defensa de sus decisiones. Sin embargo, la situación no es tan sencilla como pudiera pensarse, debido a la naturaleza jurídica especial de los citados Tribunales.

- Naturaleza Jurídica de los Tribunales de Ética Médica

En virtud de lo dispuesto en los artículos 63 y 67 de la Ley 23 de 1981, se crearon los Tribunales de Ética Médica Nacional y Seccionales “*con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético – profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia*”.

Se trata entonces de entidades privadas que, por disposición de la Ley 23 de 1981, cumplen una función pública, consistente en el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de los profesionales de la medicina, en lo que tiene que ver con el aspecto ético de su actuar:

“Artículo 73. Los Tribunales Etico-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.”

Esta asignación de una función pública a una persona natural o jurídica de naturaleza privada, encuentra fundamento en la Constitución Política:

“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

A este respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-151 de abril 17 de 1996 señaló:

“Es indudable el carácter público de la función, la cual se confía a particulares que se presume conocen a cabalidad las características de las múltiples relaciones que surgen con motivo del ejercicio profesional y saben evaluar su mayor o menor adecuación a los cometidos éticos que se propone alcanzar el sistema normativo.”

Y a su turno el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, refiriéndose a la función de los Tribunales de Ética Médica, en concepto de junio 22 de 1990, N° 224 CE-SC- Exp. 1990 – N 362, Consejero Ponente, Jaime Betancur Cuartas, indicó:

“Los Tribunales de Ética Médica son organismos creados por la ley 23 de 1981, que tienen una naturaleza especial por cuanto cumplen una función pública, sin formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, sin embargo, cuentan con la participación del Estado, a través del Ministerio de Salud, respecto de su presupuesto, de la designación de sus miembros y de la revisión de algunas de sus decisiones disciplinarias.”

Ahora bien, dentro de esa naturaleza especial se encuentra otra de las características principales de los Tribunales de Ética Médica, consistente en que no cuentan con patrimonio propio y por lo tanto, para su funciona-

miento, dependen de los recursos asignados anualmente por las Secretarías Seccionales de Salud de los diferentes departamentos.

- Representación legal y judicial de los Tribunales de Ética Médica

Un tema de trascendental importancia consiste en establecer claramente quién debe ejercer la representación legal y judicial de los Tribunales de Ética Médica.

En primera instancia podría pensarse que ello le corresponde directamente a cada Tribunal, específicamente a su Magistrado Presidente, como representante legal del mismo y a quienes éste otorgue poder cuando se trata de asuntos judiciales.

Sin embargo, la situación parece no ser tan sencilla pues no hay un criterio definido al respecto, sin que existan mayores referencias normativas, doctrinarias o jurisprudenciales en cuanto a este tópico.

El referente más reciente con que se cuenta, está en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual justamente, esta Corporación responde a una consulta efectuada por el Ministerio de la Protección Social, en aquel entonces, en la que se preguntó específicamente sobre quién debe ejercer tal representación legal y judicial, con el correspondiente pago de las condenas impuestas.

En dicho concepto, luego de realizar diversas consideraciones, el Consejo de Estado manifestó¹:

“En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra entonces que si bien el legislador no definió de forma expresa su naturaleza, los Tribunales de Ética Médica y Odontológica forman parte de ese grupo de organismos públicos atípicos o sui generis de origen legal, creados para el cumplimiento de funciones públicas relacionadas con la inspección y vigilancia de las profesiones y cuyo costos se sufragan con recursos públicos; por lo mismo, su integración al sector central de la Administración es igualmente atípica (no asimilable a la de las entidades descentralizadas), pues pese a su autonomía en el ejercicio de la función

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de octubre de 2010 con radicado N° 2016. Expediente: 11001-03-06-000-2010-00077-00. M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA

encomendada, carecen en todo caso de personería jurídica para adquirir derechos y obligaciones por cuenta propia, lo que hace finalmente que el Estado deba soportar ciertas consecuencias de ese sistema legal de organización.

(...)

Como se dijo anteriormente, los Tribunales de Ética Médica y Odontológica no son personas jurídicas, son órganos sui generis o atípicos con competencias asignadas por ley, que se integran, también de una manera sui generis o atípica al sector central. En este orden de ideas, los Tribunales de Ética al ser parte integrante de la Nación, para todos los efectos: legales, contractuales, de representación judicial, etc., quien representa a la Nación es quien debe representarlos.

(...)

Como se ha señalado, los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, -Nacionales y Seccionales-, hacen parte del sector central de la administración y cumplen una función pública disciplinaria otorgada por la ley, haciendo parte del Ministerio de la Protección Social en virtud de la especial relación interadministrativa que los une. Como también se indicó, la ley no les dio personería jurídica ni representación legal propia y tampoco la posibilidad de ser centros de imputación jurídica independientes de la Nación, aunado al hecho de que carecen de patrimonio propio y autónomo para responder en caso de condenas en su contra.

Siendo es así (sic), forzosamente debe concluirse que la representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica corresponde a quien representa a la Nación dado que ellos se integran de una manera sui generis o atípica a esta persona jurídica. En el caso concreto le corresponde asumirla al Ministerio de la Protección Social, conforme al artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.

(...)

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, el Ministerio de la Protección Social a través de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo, deberá concurrir en los casos en que se discuta la actividad de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

(...)

Ahora bien, respecto de la hipótesis planteada por el Ministerio consultante sobre quién debe asumir el pago de las condenas proferidas por la Jurisdicción Contenciosa por las decisiones dictadas por los Tribunales de Ética Médica y Odontológica Nacionales y Seccionales, “cuando el Ministerio de la Protección Social no se ha pronunciado por no ser competente o por no haberse hecho uso del recurso de apelación”; estima la Sala que, en consideración al hecho de que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública cuya financiación le corresponde a la Nación a través del Ministerio de la Protección Social, es a éste a quien le corresponde, además de representarlo judicialmente, asumir el pago de las condenas impuestas por la actividad de los Tribunales de Ética. Lo anterior se da al margen del grado de participación que haya tenido el Ministerio dentro del trámite administrativo disciplinario.

En síntesis, el referido Ministerio, además de tener a su cargo la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, debe disponer de una partida presupuestal para asumir el pago de las condenas que a éstos se les imponga, en razón de que es a través de estos Tribunales como el Estado y en particular el Ministerio de la Protección Social ejercen la función disciplinaria sobre los profesionales que ejercen la medicina y la odontología.”

Lo anterior quiere decir que en caso de una demanda contra un Tribunal de Ética Médica, la defensa de sus intereses deber ser ejercida por el Ministerio de Salud, asumiendo también el pago de las eventuales condenas impuestas. Sin embargo, en la práctica, no existe claridad suficiente en cuanto a la manera como se debe proceder cuando se recibe la solicitud de conciliación prejudicial o en su defecto la demanda.

- HIPÓTESIS QUE SE PUEDEN PRESENTAR CUANDO UN TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA ES DEMANDADO ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Cuando un profesional de la medicina queda inconforme con la decisión de un Tribunal de Ética Médica y decide interponer una demanda en su contra, puede llevar a cabo lo siguiente:

- Citación a conciliación prejudicial al Tribunal Seccional como primera instancia:

Cuando habiendo decisión de segunda instancia el demandante únicamente instaura la acción contra el Tribunal Seccional, dejando por fuera al Tribunal Nacional.

- Citación a conciliación prejudicial al Tribunal Seccional como primera instancia y al Tribunal Nacional como segunda instancia:

Por obvias razones se presentará cuando la decisión del Tribunal Seccional haya sido recurrida y confirmada o modificada en segunda instancia por el Tribunal Nacional.

- Citación a conciliación prejudicial al Tribunal Nacional como segunda instancia:

En este evento se instaura la acción únicamente contra el Tribunal Nacional dejando de lado al Tribunal de primera instancia, así la decisión se haya originado en este último.

- Estas mismas situaciones se pueden presentar cuando se instaura directamente la demanda, sin citación a conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, en los casos en los cuales el demandante solicite una medida cautelar, que generalmente consistirá en la suspensión de la sanción.

En esta oportunidad, se han señalado los eventos más comunes pues en el escenario de las posibilidades cualquier situación es factible.

Ahora bien, la experiencia que ha tenido el Tribunal de Ética Médica de Antioquia, muestra que en ninguna de las demandas instauradas en nuestra contra, aparece como demandando el Ministerio de Salud, pues no existe claridad suficiente en el sentido de que sea dicha entidad la encargada de ejercer la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica, ni siquiera en el gremio de los abogados litigantes que actúan como apoderados de los demandantes.

Ahora bien, frente a las anteriores hipótesis el interrogante consiste en determinar ¿Qué hacer cuando se recibe una citación a conciliación prejudi-

cial?, cuestión que surge justamente porque no hay claridad suficiente al respecto y la discusión no se ha decantado judicialmente.

La respuesta a este interrogante puede ofrecer diversas alternativas:

- Si como demandado se incluye al Ministerio de Salud y en consecuencia es citado a conciliación, no habrá inconveniente alguno pues en la actualidad, con base en el concepto del Consejo de Estado, citado renglones atrás, será esta entidad la que deba concurrir a la conciliación prejudicial y ejercer la defensa de los Tribunales, obviamente con el apoyo de éstos.

- Si no se incluye como demandado al Ministerio de Salud y por lo tanto, no se le cita a conciliación prejudicial, igualmente se pueden presentar dos alternativas:

La primera consiste en correr traslado inmediato al citado Ministerio para que proceda a participar en la conciliación.

La segunda consiste en que el Tribunal atienda el llamado y manifieste que no tiene competencia para pronunciarse sobre una eventual conciliación porque carece de representación legal y judicial para ello, como quiera que tal representación se encuentra radicada en el Ministerio de Salud, según el mencionado concepto.

Esta opción se considera viable pues la claridad sobre quién es el demandado (A quién se debe demandar) en un determinado caso, es una carga que sólo puede recaer sobre el demandante.

Ahora bien, los tribunales también pueden verse enfrentados a otra situación ¿Qué hacer frente a una demanda en la cual no se citó a conciliación prejudicial por haberse solicitado una medida cautelar?

La respuesta a este interrogante igualmente ofrece dos posibles alternativas:

- Si como demandado se incluye al Ministerio de Salud no habrá inconveniente alguno pues como se dijo, será esta entidad la que deba vincularse como contraparte y ejercer la defensa de los Tribunales.

- Si no se incluye como demandado al Ministerio de Salud, también se pueden presentar dos alternativas:

La primera consiste en correr traslado inmediato al citado Ministerio para que proceda a contestar la demanda y como Tribunal informar al juez que no se tiene personería jurídica para concurrir al proceso.

La segunda consiste en que sea el Tribunal quien proceda a contestar la demanda proponiendo las excepciones del caso, señalando que carece de personería jurídica para ser parte en el proceso, como quiera que ella se encuentra radicada en el Ministerio de Salud y efectuar las demás consideraciones que se estimen pertinentes.

Esta opción se considera viable pues se reitera que la claridad sobre quién es el demandado (A quién se debe demandar) en un determinado caso, es una carga que sólo puede recaer sobre el demandante.

Sin embargo es conveniente profundizar en estas dos alternativas para analizar sus ventajas y desventajas.

En efecto, con la primera alternativa, es decir, informar al Juez sobre la falta de capacidad, se corre el riesgo de que el Despacho tenga por no contestada la demanda y en consecuencia continúe con el proceso tomando dicha actitud como un indicio grave contra el Tribunal, llegando incluso al escenario de una condena.

Téngase en cuenta que en la actualidad el único soporte existente para señalar que la representación judicial de los Tribunales recae sobre el Ministerio de Salud, es el concepto del Consejo de Estado antes mencionado, el cual como tal, no deja de ser un concepto que carece de fuerza vinculante y bien puede ser desconocido por un juez de la república que tenga una tesis diferente al respeto.

En otras palabras, es posible que pese a todas las consideraciones efectuadas por el Consejo de Estado, en cuanto a la especial naturaleza jurídica de los Tribunales y específicamente la ausencia de patrimonio propio y suficiente para responder por una eventual condena, un determinado juez llegue a considerar que los Tribunales de Ética Médica sí poseen personería jurídica para ser demandados, ejercer su defensa y en consecuencia, ser condenados y en ese caso, si no se ha contestado la demanda, ello implica que se perdió la única oportunidad prevista procesalmente por la ley, no

solo para proponer excepciones, sino para ejercer la defensa de fondo de la decisión tomada, incluyendo su legalidad.

Tampoco sería irracional pensar en que el juez considere que si bien los Tribunales no cuentan con la capacidad para ser parte en el proceso, decida vincularlos a través de otra de las figuras procesales existentes como por ejemplo el litisconsorcio necesario, facultativo o como terceros interesados, todo lo cual en este momento es desconocido.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla las herramientas que tiene al alcance una persona (natural o jurídica) para demostrar que habiendo sido demandada, no era contra quien debía dirigirse la demanda y ello se hace en primera instancia mediante la formulación de excepciones previas o de fondo, según las oportunidades procesales concedidas por la normativa que regula la materia.

De acuerdo con ello, si es el citado Código el que establece la forma de proceder ante una demanda, en primera instancia podría concluirse que lo correcto es actuar de dicha manera y ajustarse a tales parámetros, lo que implica contestar la demanda proponiendo como excepción previa, según el Código General del Proceso, “la incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado” pero de ningún modo abstenerse de hacerlo pues esa no fue una alternativa idónea contemplada por la ley.

Lo anterior teniendo en cuenta que comparecer al proceso en las instancias establecidas por la ley, no implica en ningún momento aceptar la legitimidad sustancial respecto de las pretensiones del demandante.

Además no puede dejarse de lado que los representantes legales de los Tribunales o sus apoderados tienen dentro de sus obligaciones el ejercicio de una defensa técnica adecuada de los intereses de la entidad y por ello, en el caso de una eventual condena, si se decidió acoger el camino de no comparecer al proceso, podrían verse involucrados en procesos de tipo disciplinario por falta de una defensa adecuada, sobre todo porque se reitera, el panorama en la actualidad no es para nada claro, no existe precedente al respecto y el juez, en esa medida puede sorprender con la postura que vaya a tomar.

En este escenario, no contestar la demanda podría configurar en una decisión desacertada y la última opción a la cual debería acudir.

sería la situación si el concepto del Consejo de Estado tuviera carácter vinculante.

En todo caso, frente a este tema aún no se ha dicho la última palabra y no existen las claridades suficientes para establecer el correcto proceder al respecto. Por ello, habrá que esperar el primer pronunciamiento judicial bajo la argumentación dada por el Consejo de Estado mediante el concepto con radicado N° 2016, del 21 de octubre de 2010.

EL ROSTRO DEL JUEZ

Manuel Cadena G.

Magistrado Tribunal ética Médica de Bogotá

La expresión del rostro de un individuo compromete alrededor de cien músculos, lo que le confiere una característica especial a cada emoción que acompaña el pensamiento, es por este motivo que cuando establecemos contacto con un individuo, nuestra mirada se centra en la interpretación de esos gestos que acompañan a la expresión de la idea. Es bien sabido que durante la comunicación personal, se centra la mirada en los ojos para tratar de dilucidar la emoción que media entre la idea expresada y su representación verbal,

El rostro de la especie ha venido evolucionando, al igual que ha venido cambiando la sociedad, así mismo la interpretación de este fenómeno y su complejidad ha crecido con el desarrollo de la humanidad de tal manera que hoy hay tratados que recopilan la infinita variedad de las expresiones del rostro. Esta presentación se ocupará de la expresión del rostro del Juez. El Juez (del latín Iudex) Es la persona que tiene la autoridad y potestad para juzgar el accionar de un individuo y, en consecuencia sentenciar o exonerar según su discernimiento de los hechos. También se puede entender como juez, al miembro de un jurado o de un tribunal, acepciones que en ambos casos nos competen.

Es bien sabido que entre los jugadores de póker se acostumbra ocultar el rostro para no permitir que sus expresiones delaten sus intenciones en el juego. El propósito de esta presentación es mostrar algunas de las características que entran en juego en la toma de la decisión del Juez, de cara a una sociedad que le ha confiado el papel de representarla en la vigilancia de su más sagrado bien que es el cuidado de la vida y la salud. Detrás de la toma de esta decisión siempre existirá el compromiso ante la sociedad que es quien nos ha nombrado en este cargo y nos exige para que en su nombre protejamos el ejercicio médico que ella merece.

Desde la antigüedad el mundo se dividía en tres grandes grupos: El macrocosmos, el microcosmos y el mesocosmos. El macrocosmos era manejado por los gobernantes del estado, el mesocosmos, los líderes religiosos y el tercer grupo era el microcosmos cuyo encargo fue dado a los médicos y así lo entendió la academia y por eso en su origen, una de las universidades más antiguas del mundo, la Universidad de Bolonia, en el siglo XI creó su Universidad con cuatro facultades una de estudios menores y comprendía la pintura, la escultura, y otras facultades mayores como eran la facultad de derecho, la facultad de teología y la facultad de medicina y vemos representados nuevamente entonces el macrocosmos, el mesocosmos y el microcosmos.

Este compromiso con la sociedad está cimentado en lo que hoy conocemos como el profesionalismo, que tiene unos valores, un comportamiento que nos exige la sociedad y unas relaciones que debemos guardar con ella. Anteponer el mejor interés del paciente en favor de su bienestar y de esta manera propender por la mejoría o curación de su enfermedad; observando los patrones morales y éticos propios del entorno social. En la antigüedad el médico estaba definido como *vir bonus merendi peritus*, cuya traducción sería hombre bueno experto en curar. Esta expresión encierra todo el sentido del profesionalismo, en primera instancia se requiere ser un "hombre bueno", así que el prerrequisito es ser un individuo cuyo comportamiento está ajustado a las normas de la sociedad y luego si, ser un experto en curar, vale decir que tenga un conocimiento que le permita el mejor desempeño en el arte de curar, siempre en busca de la excelencia en el ejercicio.

Por tratarse de un grupo de profesionales, con un fin social común y un conocimiento especializado, la sociedad le confirió la posibilidad de autorregularse en reconocimiento de que este grupo tiene una moralidad especial a diferencia del resto de oficios que tienen una moralidad común. Este grupo de profesionales, tiene bajo su cuidado el microcosmos, por esta razón la sociedad le exige condiciones diferentes a cambio de unos privilegios. Esta moralidad especial es la que hace que nuestro ejercicio sea de disponibilidad permanente, que su característica principal sea el altruismo, que nos obligue la confidencialidad en la información que los pacientes nos confían y que la disposición de los recursos en este ejercicio sea la consecuencia de un análisis juicioso de las necesidades de la sociedad. La relación del médico con su paciente debe estar fundamentada en sólidos principios éticos, válidos, vigentes y de aceptación general, que garanti-

cen a ambos protagonistas un correcto proceder y una armoniosa relación. Cuando se reúnen estas características la sociedad le confiere la condición de Dignitas, pero no en el concepto Kantiano de la condición propia de cada ser humano, sino que se refiere ésta a la posición sobresaliente que tiene el individuo en la pirámide social.

Para cumplir el mandato de la sociedad, el juez debe emitir un juicio, palabra de origen latino, *iudicium*, que se refiere a la facultad del alma que permite distinguir entre el bien y el mal o entre lo verdadero y lo falso, también puede entenderse como una opinión, un dictamen o un parecer. Resulta en esencia un trabajo intelectual de discernimiento acerca de la conducta de un médico en su relación con un enfermo.

Juzgar el acto médico implica tener un conocimiento médico sólido, maduro, conocer perfectamente lo que es la ciencia, el arte y la ejecución del proceso de curar, conocer las limitantes y la incertidumbre en lo que el conocimiento médico abarca. Juzgar un acto médico es un ejercicio eminentemente intelectual fundado en el análisis crítico de los hechos, con un razonamiento lógico, para que luego de un análisis juicioso de las pruebas que se nos ofrecen podamos tener una razón final acorde con las exigencias sociales que es finalmente nuestro compromiso con la sociedad. Es una actividad profundamente humana, un individuo juzgando a otro igual, en donde entran en juego tres factores, el conocimiento que debe tener el juez de la ciencia, del arte y la ejecución del proceso de curar, en segundo lugar el conocimiento de las limitantes e incertidumbre que rodean el saber médico y finalmente de los condicionantes circunstanciales de modo tiempo y lugar que determinaron el acto médico, para encontrar la verdad. Para alcanzar este objetivo es necesario evaluar el conflicto que se puede generar entre “el deber ser” y “el debería ser”, proceso conocido como deliberación en el cual juegan un papel preponderante las circunstancias limitantes del acto como se mencionó anteriormente.

La deliberación es el proceso intelectual que alinea la conducta del hombre en relación con el bien supremo y absoluto de la vida humana, este concepto nace en el siglo IV A.C en la obra de Aristóteles conocida como *Ética Nicomaquea*, por ser este el compilador de los escritos que la conforman, agrupados en 10 libros y que corresponden a los principios fundamentales constitutivos de la ética moderna. En el tratado correspondiente a la inteligencia y la felicidad plantea la discusión acerca de lo que es la verdad.

Los elementos esenciales en el juicio incluyen, en primera instancia que haya verdad, que esté ajustado en derecho, que los hechos motivo del análisis tengan relevancia suficiente para tomar una acción que proteja a la sociedad y eduque al médico, que la enunciación de los hechos esté de acuerdo con lo ocurrido, que sea imparcial. En palabras de Ignacio Sancho “Un “Buen Juez” es independiente e imparcial en el ejercicio de su función, juzga con prudencia (con conocimiento de causa y del Derecho), tiene conciencia social y un compromiso personal de formación continuada, es considerado con sus colaboradores y con quienes intervienen en la administración de justicia, y no pierde de vista que más que ostentar un cargo con honores, presta un servicio a la sociedad y a los ciudadanos”

**¿SE DEBE APLICAR EL PRINCIPIO DE “NON BIS IN IDEM”
EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS MÉDICOS,
PARA NO VIOLAR EL ART 29 CONSTITUCIONAL?**

Jesús Antonio Chaustre Buitrago
Magistrado Tribunal Ética Médica
Norte De Santander

Al tratar de buscar un acercamiento al conocimiento de la jurisprudencia colombiana relacionada con la aplicabilidad del principio, ante un proceso disciplinario médico, para no incurrir en la violación del debido proceso y el derecho de defensa del médico disciplinado, como objetivo se busca con la revisión de la jurisprudencia al respecto, señalar si al inaplicar este principio en los procesos disciplinarios médicos, se viola el principio de no dos veces lo mismo.

Se revisan varias jurisprudencias de la Sala Penal y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, sobre responsabilidad médica. En las decisiones de la Sala Penal no se encuentra ninguna con referencia explícita al non bis in ídem; sin embargo, en otras materias se ha pronunciado señalando que la naturaleza del proceso disciplinario en general no vulnera el “non bis in ídem” en relación con el trámite del proceso penal, por cuanto que se tratan de acciones distintas con fines y propósitos diversos con lo cual no se vulnera la garantía que prohíbe “dos veces lo mismo”.

En las decisiones de la Sala Civil, si explica con mayor detalle esa diversa naturaleza jurídica de las acciones y por tanto impiden predicar que se trata de lo mismo. Se estudiaron algunas providencias penales sobre él nos bis in ídem, aunque no referidas al tema de la responsabilidad médica, sino en general como derroteros para identificar y constatar la eventual ocurrencia de violación de esa garantía de no ser juzgados dos veces por lo mismo. En términos generales, el principio “non bis in ídem”, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir,

supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento, sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismo hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.¹

La ley 23 de 1981, en su artículo 73, consideró que los Tribunales de Ética Médica, “cumplen una función pública” y en desarrollo de éste ordenamiento realizan una función administrativa, que debe moverse dentro de la dinámica de los mecanismos que buscan hacer efectivo sus fines.

Los Tribunales de Ética Médica, son también autoridades de salud, porque al investigar y fallar las conductas que se puedan dar en relación médico-paciente, están cumpliendo una función sanitaria, en cuanto a la supervigilancia penal- administrativa de los profesionales de la medicina, y la salvaguarda de los pacientes.

¿En qué consiste el Principio de “Non bis in ídem”?

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia² Establece:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre-existentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen

¹ Martínez Rodríguez, José. El principio non bis in ídem y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-ídem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>. Consultado: 23/03/2017

² El derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pretende asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales. Sentencia C-521/09

en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (subrayado fuera de texto). Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Aspecto Legal³

En instrumentos internacionales vinculantes del ordenamiento jurídico colombiano, se consagra este principio. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, señala en sus principios procesales que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país -art. 14-7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” de 1969, dispone entre las garantías judiciales el derecho a que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos -art. 8º-4-. El constituyente de 1991 lo consagró en el artículo 29, inc. 3º in fine; sus desarrollos legales pueden ser vistos en el código de procedimiento penal

-CPP- (Decreto 2700 de 1991, arts. 1º y 15), y en el código disciplinario único -CDU- (Ley 200 de 1995, art. 11).

Legislativamente, está previsto que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, es decir la una y la otra se ejercen -investigación, sanción y ejecución- independientemente de los hechos que se traten, o dicho de otro modo, un hecho ilícito pueda dar origen a investigaciones y sanciones disciplinarias y penales, sin que se vulnere el principio del non bis in idem. Igual situación está prevista para los eventos de infracción a los códigos deontológicos, como ocurre con el Estatuto de la Abogacía (Decreto 196 de 1971, art. 71) y de la Ética Médica (Ley 23 de 1981, arts. 52 y 76), pues si los investigadores llegan a observar que el hecho puede ser constitutivo de delito, compulsarán las copias para que se adelante por la autoridad competente el correspondiente proceso.

Un funcionario público que comete un delito y es condenado en vía penal, puede ser sancionado en vía administrativa sin vulnerar el principio de “non bis in idem”; si bien existe identidad de sujeto y de hecho, la naturaleza de la sanción es distinta, pues penalmente se castiga la comisión del ilícito y, administrativamente, se impone una sanción disciplinaria. En este caso, existe una relación de sujeción especial entre el administrado y

³ Alberto Poveda Perdomo. Derecho Disciplinario-Dogmática-Procesal 2013

la administración, que permite dicha “duplicidad” de sanciones, pero con objetivos diferentes⁴.

Non bis in idem, (No dos veces por lo mismo), también conocido como autrefois acquité (“ya perdonado”) o double jeopardy (“doble riesgo”), es una defensa en procedimientos legales. En muchos países como los Estados Unidos, México, Argentina, Venezuela, Canadá, Perú, España, Ecuador, Colombia, Australia, República Dominicana e India es un Derecho Fundamental reconocido por la Constitución que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. Esto significa en otro sentido que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ante un tribunal un acusado además de declararse inocente o culpable puede manifestar que ya ha sido exculpado, si ya ha sido encontrado inocente en un juicio previo, así como si ya ha sido condenado, si el acusado ya fue enjuiciado y condenado.⁵

Así mismo, ha sostenido la Corte Constitucional, que la existencia de un proceso o sanción de naturaleza penal no implica el desconocimiento del principio non bis in idem cuando se persigue castigar la misma conducta, pero por violación de un régimen distinto, tal como sucede cuando un funcionario estatal roba dineros públicos y es responsable tanto penal como fiscal y disciplinariamente.

Puede existir situaciones que son constitutivas de delito y que a la misma vez pueden ser definidas como infracciones administrativas o disciplinarias, aún más, de un proceso disciplinario médico, en el que el Tribunal se ve abocado a inaplicar o no éste principio.

El principio “non bis in idem”: efectos.

Según Trayter Jiménez⁶, la expresión encierra un tradicional principio general del Derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación

⁴ IN IUS VOCATIO. Principio de “non bis in idem”. <https://iusinvocatio.wordpress.com/2011/02/16/principio-de-non-bis-in-idem/>. consultado 23/03/2017

⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem. Consultado 23/03/2017

⁶ Trayter Jiménez, Joan. Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la Jurisprudencia. Poder Judicial, núm. 22, 1991.

impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Por otra parte, es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal impide no sólo la dualidad de procedimientos administrativo y penal, sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

El “non bis in idem”, como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (nullum crimen nulla poena sine lege), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.

La vigencia del principio del “non bis in idem”, supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada⁷.

El “non bis in idem”, se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas).

Principio “non bis in idem”: Alcance

La prohibición del “non bis in ídem”, no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden; tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas. Pero sí conlleva que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta, como quiera se produciría una inadmisibles reiteración del ius puniendi del Estado, y de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia.

⁷ Sentencia C-554/01. MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

La vigencia del principio del “non bis in idem”, supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.

El principio constitucional del “non bis in idem”, no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad como son los relacionados con la soberanía nacional, la existencia y la seguridad del Estado, en cuya promoción está comprometido el mismo Estado.

La magistrada Clara Inés Vargas, en sentencia C-554 de 2001, al estudiar la demanda contra el artículo 8 de la ley 599 de 2000, por la cual se expide el código Penal, (que se transcribe):

“Artículo 8°. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”.

Éste fue declarado exequible, en ella manifestó:

“Así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del non bis in idem - la protección de la soberanía y la seguridad nacional -, es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten con medidas efectivas cuya aplicación demande la relativización de la mencionada garantía, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano”.(Subrayado fuera de texto).

El principio de la cosa juzgada no posee carácter absoluto, pues cede frente a las exigencias de la justicia. Así ocurre en los casos que se llevan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción el Estado colombiano ha reconocido para ocuparse de un asunto cuando se hayan

agotado los recursos internos. En esos casos la Corte puede ordenar que se revise el proceso, sin importar que ya haya hecho tránsito a cosa juzgada. (Jaime Córdoba Triviño, como Fiscal encargado, en la intervención de la Fiscalía General de la Nación- Sentencia C-554 de 2001, Corte Constitucional)

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es el mejor ejemplo de cómo la comunidad internacional puede ocuparse del juzgamiento de actos que han hecho tránsito a cosa juzgada en el orden interno. Dicho instrumento, suscrito por Colombia, establece el principio de complementariedad en virtud del cual dicho organismo interviene cuando el Estado no pueda o no quiera hacer justicia. Es decir, que si la decisión que hace tránsito a cosa juzgada es injusta ello no es obstáculo para que la CPI asuma el conocimiento del caso.

Con anterioridad a la expedición de la norma acusada en mención, la Corte Constitucional reconoció la posibilidad de consignar excepciones al principio de la cosa juzgada y al non bis in idem en el ámbito del derecho internacional, tal como está contemplado en la sentencia C-264 de 1995. En términos generales, el principio “non bis in idem” está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. En la tradición del derecho penal europeo-continental, el contenido específico del mismo se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal. En tanto estándar de adjudicación, el principio non bis in idem se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo “hecho” –o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)– en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona. En tanto estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho⁸.

Exequatur y principio de “non bis in idem”

El exequátur es la autorización que emite, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con miras a la aplicación o ejecución de una sentencia extranjera, todo dentro de la filosofía que impone la Coopera-

⁸ Juan Pablo Mañalich Raffo. El principio de non bis in ídem en el Derecho Penal Chileno Revista de Estudios de la Justicia – N° 15 – Año 2011

ción de los diversos países en la lucha contra el delito, y de la vigencia del derecho interno en favor de todas las personas, principalmente en lo que hace a la inderogabilidad de los Derechos Constitucionales Fundamentales; además, este instituto del Derecho Internacional que ha sido recogido de modo especial por el Derecho Penal en varias latitudes, en especial en el Código de Bustamante, forma parte de la tradición legal colombiana y ha servido de instrumento de garantía de la legalidad de las acciones punitivas del Estado, de tal modo que aparece también reiterado en las codificaciones del ordenamiento penal nacional.

En sentencia C-264/95, del Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, en demanda de inconstitucionalidad de los artículos 533, 534 y 537 del Decreto No. 2.700 de 1991; y de los artículos 14, 15 numeral 2o., y 16 inciso final, del Decreto No. 100 de 1980, dijo: “ el artículo 533 sobre ejecución de sentencias proferidas por autoridades extranjeras contiene un principio de extraterritorialidad que no resulta contrario a la Carta Política, sino que más bien consulta criterios de internacionalización en la persecución del delito perfectamente acordes con la misma.

Cabe observar que también existe conformidad entre la norma acusada con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Fundamental que establece como uno de los supuestos normativos inderogables del debido proceso penal el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, o lo que en otros términos se conoce como el non bis in idem, ya que lo que se pretende es apenas incorporar la sentencia como un medio de prueba a un proceso que se adelante o llegare a adelantar en Colombia; en este sentido es deber del juez darle plena aplicación a esta regla constitucional del debido proceso para no transformar la hipótesis de la incorporación de la sentencia en un fundamento específico del proceso en Colombia”⁹.

En la hipótesis de pluralidad de procesos no se afecta el principio constitucional, pues éste lo que prohíbe es la doble condena, resultando aconsejable y factible la pluralidad de la labor investigativa, bien porque no se ignore su coexistencia, y principalmente para evitar la impunidad y lograr la defensa social; resolviéndose finalmente la situación por la preferencia de lo resuelto por las autoridades nacionales, con exclusión de lo diligenciado por las autoridades extranjeras.

⁹ Sentencia No. C-264/95, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Acción penal y disciplinaria no viola el “non bis in idem”

Es claro que las investigaciones disciplinarias y penales son autónomas por lo cual no es posible hacer depender las conclusiones de una actuación judicial de las obtenidas en sede administrativa¹⁰.

Uno de los pilares fundamentales del proceso debido consagrado en el artículo 29 superior es el de la prohibición de doble incriminación, axioma fundamental que por correspondencia directa con el principio de legalidad protege al investigado de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y, en consecuencia, de no ser sujeto de dos sanciones penales por el mismo comportamiento delictivo.

Lo anterior, significa que de una sola conducta punible no es posible derivar dos o más infracciones penales como tampoco es viable imputar igual supuesto como elemento normativo o descriptivo del tipo y circunstancia de agravación punitiva o de mayor punibilidad.

En el proceso No 30.970, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal afirmó:

“... la Sala es del criterio que no se incurrió en violación del principio non bis in ídem en tanto el fundamento que sirvió para tasar la pena en los términos del inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, es distinto del regulado expresamente en el inciso 3° del artículo 397 íbidem. Por lo tanto, no hay lugar a casar el fallo por este aspecto”.

Diferencia acción penal con la disciplinaria¹¹

Frente al caso concreto, la Sala encuentra que si bien los juzgadores de instancia ningunas menciones hicieron en el fallo confutado a la decisión de la Procuraduría General de la Nación –Procuraduría Provincial de Honda (Tolima)– que dispuso el archivo de la indagación preliminar adelantada contra el procesado HUMBERTO AGAMEZ ORTIZ por la celebración de los contratos cuestionados, ello carece de trascendencia en punto de la condena proferida en contra del mencionado.

¹⁰ Proceso No 30.970 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

¹¹ AP4347-2015Radicación n° 45662. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

En efecto, al margen de los argumentos expuestos por el ente de control en orden a adoptar la decisión que encontró ajustada a las normas disciplinarias la actuación del alcalde inculcado, es lo cierto que dicha circunstancia en manera alguna tiene la capacidad de influir en la decisión que en el ámbito del proceso penal declaró responsable al mencionado servidor, **por cuanto ambas actuaciones, penal y disciplinaria, tienen objeto y naturaleza diferentes, tal como ha sostenido pacíficamente esta Corporación** (negrillas fuera de texto)

Así, la acción penal cuenta con particularidades que la distinguen de la disciplinaria, pues mientras que la primera tiene por objeto establecer si determinada conducta humana resulta reprochable y merecedora de pena como consecuencia de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, la segunda se orienta a salvaguardar la obediencia, disciplina y rectitud de los servidores públicos frente a sus deberes funcionales (véase también, CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099)

Principio “non bis in idem” en los procesos disciplinarios del Tribunal Ética Médica

No se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía.

Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello nada impide que de la falta disciplinaria en que eventualmente incurra un profesional de la medicina por sus actos u omisiones en ejercicio de su actividad profesional, que acarrea las sanciones correspondientes a la violación al régimen disciplinario ético médico, pueda así mismo, al quebrantar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia, ser responsable penal, civil o administrativamente, de hechos u omisiones que infrinjan¹² los respectivos estatutos, que lo hacen acreedor de las sanciones correspondientes, diferentes a la disciplinaria.

¹² Sentencia C- 259/95. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara .

El proceso ético-profesional de que trata la Ley 23 de 1981 tiene como finalidad el estudio de las conductas de los médicos que se someten a su examen, cuando a juicio de los miembros del Tribunal de Ética Médica, por solicitud de una entidad pública o privada, o de cualquier persona, se consideren violadas las normas consagradas en la citada Ley (artículo 74), con el fin de decidir si hay mérito para sancionar o no, desde el punto de vista ético-disciplinario, el comportamiento de algún profesional de la medicina.

Es pertinente preguntar ¿Si los magistrados de los Tribunales de Ética Médica, podrán ser sujetos de investigación en su actuar por omisión ante la aplicación principio de Non bis in ídem?, se hace necesario profundizar en éste tema.

CONCLUSIONES

En términos generales, el principio “non bis in ídem”, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismo hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.

Es claro que las investigaciones disciplinarias y penales son autónomas por lo cual no es posible hacer depender las conclusiones de una actuación judicial de las obtenidas en sede administrativa

Por lo tanto, se puede concluir que no se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alberto Poveda Perdomo. Derecho disciplinario un acercamiento al derecho disciplinario - dogmática – procesal-2013

IN IUS VOCATIO. Principio de “non bis in ídem”. <https://iusinvocatio.wordpress.com/2011/02/16/principio-de-non-bis-in-idem/>. consultado 23/03/2017

Juan Pablo Mañalich Raffo. EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN EL DERECHO PENAL CHILENO. Revista de Estudios de la Justicia – N° 15 – Año 2011

SENTENCIAS

1. 30-08-10- (1100131030221999-06826-01) (1) absolución penal y non bis in idem civil
2. C-264-95- non bis..Pluralidad de procesos
3. C-554-01-PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-
4. 30970(02-03-11) acción penal y disciplinaria no viola non bis in ídem
5. 32606(24-10-12) responsabilidad medica por preclampsia
6. 33920(11-04-12) responsabilidad medica e imputación objetiva
7. AP4347-2015(45662) diferencia de la acción penal con la disciplinaria
8. Sentencia C- 259/95. Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA

Obligaciones en Cirugía Plástica Estética

William Libardo Murillo Moreno

Magistrado, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca

La percepción sensorial que el ser humano tiene de sí mismo, ha sido un factor importante en la búsqueda de patrones o factores que realcen su estética y su belleza física. En tal sentido, el hombre siempre ha buscado en la ornamentación o en las modificaciones corporales ese ingrediente que le aproxime hacia aquello que considera bello dentro de la cultura donde se desarrolla.

Como ejemplo de ello tenemos las prácticas de los Mayas, quienes acostumbraban deformar el cráneo de sus bebés desde el nacimiento de los mismos, buscando así alcanzar su ideal de belleza al darles formas alargadas, achatadas, redondeadas o cuadradas. De otra parte, en la China a algunas mujeres se les deformaban los pies para que pudieran entrar en calzados pequeños, pretendiendo con ello un andar de pisar suave, lo que era considerado de buen estatus social y atractivo sexual. También las mujeres de la tribu Kayan en Birmania buscan un patrón de belleza alongando sus cuellos mediante el uso progresivo de anillos expansores. Finalmente están los ejemplos de tribus africanas que usan las escarificaciones corporales o las expansiones de tejidos blandos a fin de significar su valentía en la guerra, su estatus social o de transmitir una dignidad de carácter religioso.

En las sociedades mediáticas y de alta interacción entre los individuos, la inconformidad con el aspecto físico, puede ser fruto de esa necesidad de lucir socialmente bien y de tener una figura física agradable a ojos propios y ajenos, o puede ser la manifestación de un desequilibrio mental como el “Trastorno Dismórfico Corporal” (TDC), el cual puede reflejarse desde su expresión más leve manifiesta como simple insatisfacción con una parte de su cuerpo, hasta el completo auto-rechazo.

Surge entonces la búsqueda por la cirugía plástica con fines estéticos, como medio de llegar a esos atributos físicos con los que normalmente no

se cuenta (vale destacar que la cirugía plástica es una especialidad cuyo origen los reportes de interpretación jeroglífica lo ubican en la India entre los años 3000 y 500 A.C.).

Nace así una relación jurídica entre cirujano plástico y paciente, la cual desde la doctrina jurídica ha estado marcada por la controversia de si en ella hay una obligación de medios o una de resultado.

En la primera, el médico está obligado ante el paciente, solo a prestarle sus servicios profesionales de manera diligente y prudente conforme las reglas y naturaleza de su ciencia y arte. La segunda posición sostiene que la obligación del cirujano plástico en el campo de la estética es de resultado puesto que de no hacerse tangible lo esperado por el paciente, se consideraría la prestación como un incumplimiento defectuoso.

Lo cierto es que estamos ante la consagración de un contrato (sea este verbal o escrito), en el cual hablamos de responsabilidades y obligaciones sin embargo no podemos, dadas las particularidades de la relación médico-paciente, aplicar las mismas normas del derecho objetivo que se emplearían en un contrato de compra-venta, de realización de obra, o de otra naturaleza.

Aunque sabemos que el derecho de manera genérica, protege la expectativa que genera la realización de un contrato, en medicina y en este particular de la cirugía plástica estética, esa expectativa que sería la consecución de un resultado estéticamente favorable al paciente, no es coherente con la realidad prestacional llevada a cabo dentro de los estrictos cánones de la *lex artis*, pues el resultado final depende de variables biológicas inherentes al paciente y cuyo control no está en manos del médico.

En la jurisprudencia colombiana, la Corte Suprema de Justicia desde 1986 ha sostenido que la obligación del cirujano plástico es de medios a menos que el cirujano se haya comprometido con el paciente a obtener un resultado específico, caso en el cual se estaría delante de una obligación de resultado. Sin embargo en las sentencias de 5 de noviembre del 2013 y del 24 de mayo del 2017 esta postura no resulta clara pues en cada una de ellas, el enunciado hace presumir que por tratarse de cirugía plástica con fines estéticos, el cirujano plástico siempre se compromete a la obtención de un resultado.

Obviamente esta es una postura que no compartimos y reiteramos que los elementos de los cuales depende el resultado final no son controlables por el médico pues como expresado anteriormente, estos dependen de las variables biológicas propias de cada paciente.

Es una situación que debe quedar clara ante el paciente para que este en uso de su auto-determinación, pueda consentir de una manera libre y bien esclarecida. Con la información adecuada el paciente ve respetada su dignidad como ser humano, al tiempo que asume la transferencia del riesgo inherente al procedimiento al cual desea someterse. Obviamente la transferencia del riesgo no exime al médico de ser idóneo para llevar a cabo el tipo de cirugía pretendida, como tampoco lo exonera de actuar de manera prudente y diligente.

De otra parte, en el caso en que el cirujano plástico sobre-dimensionando su capacidad como ser humano prometa la consecución de un resultado específico, induciendo de esta manera a la toma de una decisión errónea por parte del paciente, consideramos que antes que el resultado no logrado, lo censurable debe ser la conducta del médico.

En conclusión, en cirugía plástica con fines estéticos al igual que en el resto de la medicina, es imposible garantizar un resultado específico, así este conste en un contrato, pues la promesa del cirujano no influye en la biología del paciente, por lo tanto no tiene la fuerza de cambiar la naturaleza de la prestación del servicio.

El médico que prometa aquello que de antemano sabe que no es posible cumplir con certeza, infringe una norma de conducta y es esta falta a la ética la que debe ser objeto de reproche debiendo por lo tanto ser juzgada, así el resultado final haya sido favorable al paciente.

TEORÍAS DE LA REMISIÓN E INTEGRACIÓN NORMATIVA

Jacob Aarón Cuéllar Bermúdez

Abogado, Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Concepto:

REMISIÓN NORMATIVA: El concepto de Remisión, desde el sentido etimológico proviene del latín, “remissio” que tiene tres componentes:

- El prefijo “re-“, que indica “hacia atrás”.
- El término “missus”, que puede traducirse como “enviado”.
- El sufijo “-sión”, que se usa para hacer referencia a “acción y efecto”.

Por otro lado, su sentido más general está relacionado con el verbo remitir, que es mandar una cosa a uno o a otra persona, pero en el campo del derecho, se conoce como la acción de enviar a otra norma, por medio de diversos métodos de interpretación.

INTEGRACIÓN NORMATIVA: la figura jurídica de integración normativa existe para complementar vacíos que contiene la norma disciplinaria, también lo es, que este escenario tiene límites. Por lo tanto, el objetivo principal es aclarar que la integración normativa debe emplearse para garantizar los derechos fundamentales.

En todo sistema jurídico, el ejercicio del derecho pasa por tres etapas básicas, la primera es la aplicación, la segunda la interpretación, la tercera la integración, todo ello para evitar las lagunas que trae todo sistema jurídico, aunque para algunos esto no debería pasar, por la actividad del operador jurídico.

La integración del derecho, es la más compleja y difícil, porque las dos primeras conducen a soluciones certeras y de mayor aceptación por su autoridad, dado que es el resultado lógico a partir del contenido del texto normativo, la integración está sujeta a errores, porque parte de la inexisten-

cia de una norma legal que permita solucionar el caso concreto o realizar el acto procesal adecuado para completar el vacío que deja la regulación de una materia o tema legal.

Respecto a las normas procesales, en el anterior Código de Procedimiento Civil, son los artículos 4° y 5° que dispone en forma clara cuales son las reglas de la remisión en la mayoría de los procedimientos vigentes en otras áreas del conocimiento jurídico, estos son: “Artículo 4. Interpretación de las normas procesales: Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales de derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”¹. Al igual que el “Artículo 5. Vacíos y deficiencias del Código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”.

- hoy día son los artículos 11 y 12 del código general del proceso, que le agrega, un criterio de funcionalidad del papel del juez, ARTÍCULO 11. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias. ARTÍCULO 12. VACÍOS Y DEFICIENCIAS DEL CÓDIGO. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

En donde le son aplicables las Sentencias citadas, pero en el tema jurídico

¹ Sobre el alcance de la citada norma se puede consultar la sentencia C-029 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

de las normas de sujeción propias del derecho disciplinario, en donde el acatamiento a los principios constitucionales, como fundamento de todas las instituciones jurídicas, se desarrolla en la Sentencia C-818/05 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL².

Igualmente y a partir del concepto antes indicado, en donde se ha resaltado la regla de remisión, ante un conflicto normativo como el que puede estar presente en el Código de Ética Médica, (la Ley especial se aplica de preferencia a la norma general), que viene a ser reforzado en el análisis de constitucionalidad de la Ley 23 de 1.981, en donde el cargo hecho al artículo 82, que contiene una norma de remisión, en el sentido de que en lo no contemplado en la Ley 23 de 1981, se aplique el Código de Procedimiento Penal, y cuyo resultado fue la declaratoria de Constitucionalidad. La Corte indico en dicha Sentencia: “El actor, en el último cargo presentado en su demanda, considera que la integración del proceso disciplinario con las normas del Código de Procedimiento Penal consagrada en los artículos demandados, y particularmente en el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, viola el artículo 29 de la Constitución Política en cuanto dichos procesos están conformados por principios jurídicos de diferente naturaleza”.

El análisis anteriormente efectuado, permite concluir que existen claras diferencias entre el derecho penal y el disciplinario, cuya naturaleza y competencia de carácter jurisdiccional es diferente, razón por la cual, como se ha expresado, ellos no son incompatibles, según lo señaló esta Corporación, ya que el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas, implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance diferentes, y en tal sentido el juez disciplinario debe examinar la conducta del inculpado con relación a las normas de carácter ético médico como las consagradas en la Ley 23 de 1981, que tienden a adoptar correctivos jurídicos para la mayor eficiencia de los servicios médicos y la protección de los intereses de los usuarios, y para la salvaguardia de la salubridad pública, mientras que el juez penal tutela el interés social, y el civil y el administrativo, los

² Se presentan sujeciones de validez entre las normas jurídicas, cuando su creación y vigencia se somete a una relación jerárquica de dependencia, de suerte que, entre las mismas, es exigible una subordinación al principio de legalidad. Por otra parte, tienen aplicación las cláusulas de excepción en aquellas hipótesis en las cuales una norma jurídica no puede ser invalidada, pero sus mandatos normativos no pueden coexistir con otra disposición vigente, pues resultan manifiestamente contradictorios. En estas circunstancias, el mismo ordenamiento jurídico consagra cláusulas generales, tales como, que “ley posterior deroga a la ley anterior” o “la ley especial deroga a la ley general” que permiten superar dicho conflicto normativo.

derechos fundamentales de las personas para el resarcimiento de los perjuicios que se puedan dar por la acción u omisión del profesional médico. Así mismo, y como ya se indicó, la Corte Constitucional estima que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política. Al contrario, este precepto, así como los demandados, tienen desarrollo en debida forma, ya que conducen a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario allí consagrado, con sujeción a las normas constitucionales. Por lo anterior, el tercer y último cargo tampoco prospera³.

Lo anterior nos indica que la remisión que ordena el artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, no genera mayor controversia, al igual que el desarrollo que hace el Consejo de Estado, en el concepto emitido respecto de la remisión, en donde ratifica que dicha remisión es expresa la cual establece que no se pueden aplicar normas diferentes a la allí citada, esto es que según el Consejo de Estado, no se pueden aplicar normas de otros estatutos en el trámite del procedimiento disciplinario⁴.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-259/1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Concepto 64 de 2006. 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)

DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

Germán Gamarra Hernández

Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología

Magíster en Epidemiología Clínica

Vice-presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia

Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica

El trasplante de órganos y tejidos humanos constituye uno de los avances terapéuticos más importantes cuyo desarrollo e implementación a nivel mundial se logró, fundamentalmente, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, gracias al mejor conocimiento de la respuesta inmune y al desarrollo de medicamentos inmunosupresores, técnicas de preservación de órganos y mejor control de infecciones.

En Colombia, aunque se habían realizado algunos trasplantes de componentes anatómicos como córnea y válvulas cardíacas, solo hasta el año de 1966 se realiza el primer trasplante de órgano sólido (riñón) en el Hospital San Juan de Dios de Bogotá; sin embargo, es en 1973 en el Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín en donde se inicia formalmente el programa de trasplante renal, que ha sido la base y el apoyo para el desarrollo de otros programas en el país, como el del Hospital Militar Central en Bogotá (1979) y el del Hospital Universitario “Ramón González Valencia” en Bucaramanga (1981).

De manera simultánea, con lo que acontecía en otros países del mundo se realizan posteriormente en Colombia, trasplantes de diferentes órganos y tejidos como hígado, corazón, médula ósea, hueso, páncreas, pulmón, intestino, entre otros.

La práctica de los trasplantes de órganos se extendió de manera progresiva en otras ciudades del país, lo que permitió establecer seis (6) regiones (Bogotá, Medellín, Bucaramanga, Cali, Barranquilla y Neiva), y para el 2016, según información del Instituto Nacional de Salud se realizaron en Colombia 1.059 trasplantes, 70 % de ellos de riñón, 21 % de hígado y 5,5

% de corazón; el porcentaje restante, 3,5 %, correspondió a trasplantes de pulmón, riñón e hígado, riñón y páncreas, intestino y corazón y riñón.

El trasplante renal es de lejos, el que se practica con mayor frecuencia no solo en Colombia sino en todos los países de mundo. La difusión e implementación de éste tipo de trasplantes, ha permitido el desarrollo de nuevos y potentes inmunosupresores que han mejorado la sobrevivencia de los pacientes y de los injertos renales. Entre las razones que explican la mayor frecuencia de éste tipo de trasplantes se encuentran, entre otras, el desarrollo de la terapia dialítica, que permite mantener con vida durante varios años a pacientes con insuficiencia renal crónica avanzada mediante diálisis periódica mientras espera el trasplante, el ser un órgano simétrico o par, que puede remplazarse de manera suficiente con un solo riñón y las posibilidades obtener donantes, no solo de cadáver sino de vivos relacionados (familiares) y no relacionados con relativa baja morbilidad y secuelas mínimas en los donantes.

El trasplante renal es considerado como el tratamiento de elección para pacientes con insuficiencia renal crónica en estado terminal, principalmente porque permite al receptor una mejor calidad de vida, la supervivencia que ofrece, que ha mejorado de manera ostensible, gracias a la inmunosupresión y al mejor conocimiento de la histocompatibilidad donante-receptor y al hecho de permitir a los pacientes, una rehabilitación e incorporación a la vida productiva y al desarrollo de sus actividades normales.

La normatividad colombiana relacionada con la donación y los trasplantes de órganos, como es de suponer, ha aparecido con posterioridad al desarrollo de los programas de trasplante y como respuesta a las dificultades y problemas encontrados, que ha llevado a la expedición de las diferentes normas legales.

La Ley 9 de 1979, es la primera norma expedida en el país orientada a regular lo relacionado con la donación, el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos. Esta ley, “por la cual se dictan medidas sanitarias” incluye 607 artículos; de ellos, solo siete (7), del 540 al 546, se relacionan con el trasplante de órganos y componentes anatómicos.

Ante las dificultades presentadas con la donación voluntaria y cuando los trasplantes de órganos adquirirían mayor importancia, difusión y se observa-

ban mejor sus beneficios, se expide la Ley 73 de 1988 que establece la presunción legal de donación, así como la prohibición del lucro en este campo. Esta nueva ley, modifica y adiciona algunas disposiciones no incluidas en la normatividad anterior. Los aspectos más relevantes contemplados en esta nueva norma se transcriben a continuación:

“Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 09 de 1979, quedará así:

ARTÍCULO 540 Parágrafo: Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación.

Artículo 2º Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

Artículo 3º La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos:

- a. Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implantación inmediata;*
- b. Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, con destino a su implantación inmediata o diferida;*
- c. Mediante presunción legal de donación, de conformidad con el artículo 29 de esta Ley.*

Parágrafo: En todo caso prevalecerá la voluntad del donante por sobre el parecer contrario de sus deudos o cualesquiera otras personas.

El mayor desarrollo y sus buenos resultados lleva a que a finales de la dé-

cada del 90 y en la primera década del siglo XXI se presente en Colombia un auge inusitado del llamado “turismo de trasplantes”; no era infrecuente observar la llegada de extranjeros, no solo provenientes de países vecinos sino desde el medio oriente, algunos acompañados de sus respectivos donantes, que acudían a los principales grupos que desarrollaban trasplantes en el país. Este fenómeno llevó a que en el año 2005, el 15% de los trasplantes de órganos realizados en Colombia se hicieron a extranjeros no residentes, lo que condujo a las autoridades sanitarias del país a tipificar el delito de tráfico de órganos y a expedir el decreto presidencial 2493 en agosto de 2004 “por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos”. Posteriormente, en diciembre de ese mismo año, el Congreso de la República de Colombia, expide la Ley 919 de 2004 “por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico”.

Con la expedición de las anteriores normas, se logró reducir a cero para el año 2015, el trasplante de órganos para extranjeros no residentes en Colombia y detener un problema que generó una alerta sobre la permisividad existente en el país con relación al poco control en los trasplantes de órganos.

Aun cuando se ha logrado un mayor desarrollo y mejores resultados con los trasplantes de órganos en el país, la donación voluntaria no ha aumentado y la tasa de donantes en Colombia, para el año 2015, se encontraba alrededor de 8 por millón de habitantes; es decir que en un país de 50 millones de habitantes podemos tener en el año aproximadamente 400 donantes. Este número de donantes permitiría trasplantar, en caso teórico de poder utilizarlos a todos, a 800 receptores de riñón, 400 de corazón, hígado, etc. Las listas de espera para trasplante de órganos han crecido de forma progresiva en el país. Para ejemplificar, en Colombia hay aproximadamente 25.000 pacientes con insuficiencia renal crónica en terapia de diálisis periódica; si de ellos, solo la mitad fueran candidatos a trasplante, tendríamos 12.500 pacientes en lista de espera y con la tasa de donación actual solo se podrían trasplantar máximo 800 pacientes, es decir, menos del 10 por ciento en un año, quedando la mayoría sin opción de trasplante, salvo que algunos tengan la posibilidad de obtener un órgano a partir de un donante vivo.

El análisis anterior y posiblemente otras consideraciones sobre la donación

voluntaria y las particularidades existentes en el país, llevaron a promover un cambio en la legislación sobre la donación de órganos y en particular, a ampliar la presunción de donación de componentes anatómicos para trasplantes u otros usos terapéuticos como quedó establecido en la Ley 1805 de 2016.

Esta ley, expedida el 4 de agosto de 2016 y en plena vigencia desde el 4 de febrero de 2017, “por medio de la cual se modifican la ley 73 de 1988 y la ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones” establece entre otros aspectos, los siguientes:

ARTÍCULO 3º. *Modifíquese el artículo 2º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así:*

Artículo 2º. *Se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento.*

Parágrafo 1º. *La voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares.*

Parágrafo 2º. *Las donaciones no generan ningún tipo de vínculo familiar, legal o económico.*

La ley también establece la forma en que se puede manifestar la oposición a la presunción legal de donación:

ARTÍCULO 4º. *Manifestación de oposición a la presunción legal de donación. Toda persona puede oponerse a la presunción legal de donación expresando su voluntad de no ser donante de órganos y tejidos, mediante un documento escrito que deberá autenticarse ante Notario Público y radicarse ante el Instituto Nacional de Salud (INS). También podrá oponerse al momento de la afiliación a la Empresa Promotora de Salud (EPS), la cual estará obligada a informar al Instituto Nacional de Salud (INS).*

Parágrafo. Prueba de la oposición a la donación de órganos y tejidos. En caso de duda o inconsistencia en la documentación, el médico

tratante tendrá la obligación de consultar el Registro Nacional de Donantes, en aras de verificar la condición de donante. Esta será la única prueba de obligatoria consulta.

Otras disposiciones establecidas en la citada ley, que buscan corregir irregularidades presentadas, organizar la lista de posibles receptores y consolidar las diferentes regionales conformadas, son las siguientes:

ARTÍCULO 7º. *Los rescates de órganos y tejidos obedecerán a las necesidades nacionales de donación y trasplantes. Los criterios únicos nacionales de distribución y asignación de órganos y tejidos deberán ser definidos por el Instituto Nacional de Salud (INS) atendiendo la escala de severidad de la enfermedad del paciente y la compatibilidad.*

El Instituto Nacional de Salud (INS) asume a partir de la presente ley funciones de máxima autoridad administrativa frente a la estructura y organización de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos.

Parágrafo 1º. *El Estado garantizará la cadena de custodia durante todo el proceso de la donación y uso de los órganos y tejidos.*

Parágrafo 2º. *Lista de Personas en Espera de Donación (LED). Para cada componente anatómico habrá una Lista de Personas en Espera de Donación (LED) que será administrada y vigilada por el Instituto Nacional de Salud (INS).*

Parágrafo 3º. *El Gobierno reglamentará lo dispuesto en el presente artículo garantizando la efectividad de los procedimientos establecidos.*

ARTÍCULO 8º. *Las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), deberán contar con recursos humanos y técnicos idóneos a fin de detectar en tiempo real a los potenciales donantes de acuerdo con los criterios y competencias que establezca el Instituto Nacional de Salud (INS).*

Las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) de Nivel II con Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) de Nivel III y IV, deberán contar con los recursos humanos y técnicos idóneos para el diagnóstico de la muerte encefálica, así como para el mantenimiento del donante hasta el momento del rescate. Estos

recursos serán un requisito de habilitación.

La auditoría de estos procedimientos estará a cargo del Instituto Nacional de Salud (INS), que podrá delegar dicha función en las coordinaciones regionales de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos.

Parágrafo. *El Gobierno reglamentará lo relativo a este artículo dentro de los seis (6) meses siguientes.*

ARTÍCULO 10. *Se prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante.*

El Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna. En todo caso los nacionales y los extranjeros residentes tendrán prelación.

Parágrafo. *Cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente, se deberá probar además una convivencia superior a dos (2) años después de celebrado el matrimonio o reconocida la sociedad de hecho.*

ARTÍCULO 17. *Modifíquese el artículo 2° de la Ley 919 de 2004 el cual quedará así:*

Artículo 2°. *Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.*

Parágrafo 1°. *En la misma pena incurrirá quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.*

Parágrafo 2°. *Cuando la conducta se realice con el fin de comercializar los componentes anatómicos humanos en el exterior, la pena se*

aumentará de la mitad al doble de la pena.

ARTÍCULO 20. Previamente a la utilización de órganos, componentes anatómicos o líquidos orgánicos, deberán practicarse las pruebas para enfermedades infecciosas determinadas por la reglamentación sobre la materia.

Con la implementación y puesta en marcha de la Ley 100 de 1993, se logró en el país la ampliación de la cobertura en el sistema de salud, y se incluyeron en el plan de beneficios los trasplantes de córnea, médula ósea, riñón y corazón; posteriormente, se agregó a éste plan el de hígado. Se encuentra operando desde hace varios años, la Red de Donación y Trasplantes a cargo del Instituto Nacional de Salud, responsable de la coordinación del sistema de información, la lista de espera, la asignación de componentes anatómicos de acuerdo con la priorización que se debe dar a los nacionales y extranjeros residentes en el país, y de los conceptos y certificados para el ingreso y salida de tejidos. A partir de la creación de dicha Red, se establecieron y consolidaron unidades regionales de coordinación para mejorar los procesos de donación y trasplante y se asignó al Instituto la coordinación y el control de los procesos.

La legislación existente en Colombia se ha desarrollado de manera paralela con los avances logrados en los trasplantes de órganos; no es posible aún, evaluar el impacto que han tenido sobre la donación, las últimas normas expedidas, que pretenden mejorar la disponibilidad de órganos y componentes anatómicos. Se ha logrado un mayor acceso a la población a diferentes tipos de trasplantes de órganos y tejidos y se ha fortalecido la capacidad técnica y científica de los grupos de trasplantes. Por otra parte, se ha buscado eliminar algunos fenómenos como el llamado “turismo de trasplantes”.

En el futuro próximo será necesario abordar nuevos retos tecnológicos, bioéticos, legales y económicos que se presentarán con el desarrollo de órganos y tejidos artificiales que permitan mantener un sistema de salud viable, evitando las posibles inequidades que se pudieran generar.

REFERENCIAS

López-Casas JG. La donación y el trasplante de componentes anatómicos en Colombia: siete décadas de logros (Editorial). *Biomédica* 2017; 37 (2): 145 – 6.

Osorio K, Beltrán M, Arias Y, Prieto F, Robayo A. Supervivencia de receptores de trasplante renal en Colombia. *Biomédica* 2017; 37 (2): 175 – 183.

Gamarra G, Gómez J. Rechazo en pacientes con trasplante renal. *Acta Médica Colombiana* 1991;16: 244-55.

Ley 9 del 24 de enero de 1979. Congreso de Colombia Por la cual se dictan medidas sanitarias.

Ley 73 del 20 de diciembre de 1988. Congreso de Colombia. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos.

Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004. Presidencia de la Republica de Colombia. Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

Ley 919 del 22 de diciembre de 2004. Congreso de Colombia. Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico.

Ley 1805 del 4 de agosto de 2016. Congreso de Colombia. Por medio de la cual se modifican la ley 73 de 1988 y la ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.

ARCHIVO, PRECLUSIÓN E INAPELABILIDAD EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO MÉDICO

Jacob Aarón Cuéllar Bermúdez

Abogado, Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Cuestiones previas:

En Colombia, en los diferentes códigos que contienen normas para realizar investigaciones, en materia disciplinaria o penal, se establecen unas etapas, que de acuerdo con la finalidad e importancia, se denominan etapas del proceso, ellas reciben diversos nombres, para una mejor comprensión del tema que desarrollaremos, tomaremos como fundamental tres normas que nos atañen en la forma que debemos realizar nuestro trabajo en sede de Ética Médica, ellas son: la principal y por ser la norma primaria es la Ley 23 de 1.981, código de Ética Médica; una segunda norma que analizaremos es la Ley 906 de 2.004, o código de procedimiento penal, y la última la Ley 734 de 2.000, o código único disciplinario.

En cada una de ellas se consagran etapas de la investigación y del juzgamiento; por ello adentrémonos en cada una de ellas, y procedamos luego a su desarrollo:

Ley 23 de 1.981, Código de Ética Médica. Consagra el proceso disciplinario Ético-Profesional, desde su artículo 74 a 94; que se inicia por solicitud de un ente público, privado o por una persona natural, o de manera oficiosa. Se reparte a un Magistrado, para que INSTRUYA el proceso y presente conclusiones. El término Instrucción, es un término que traía el código de procedimiento penal, de la época, y que hoy recibe variadas designaciones, pero lo importante o lo de fondo es que el Magistrado debe indagar y recolectar pruebas o elementos probatorios que le sirvan de sustento para sus conclusiones.

Ley 906 de 2.004, es el actual código de procedimiento penal, en el cual se

establecen tres etapas del proceso, etapa inicial, etapa intermedia y etapa final. En la etapa inicial esta la INDAGACION, y la INVESTIGACIÓN, en la etapa intermedia están las Audiencias de acusación, preparatoria y Juicio y la etapa final esta la Lectura del Fallo, y el incidente de reparación integral.

En la Ley 734 del 2002, que contiene la regulación del procedimiento disciplinario para el servidor público, existen etapa de indagación preliminar e investigación. La indagación preliminar que tiene un término de seis meses termina con el archivo definitivo o con auto de inicio de investigación. La figura del archivo definitivo, está en el artículo **73. Terminación del proceso disciplinario**. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias. Y en el Artículo 150. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar.

Con estos apuntes preliminares, iniciaremos nuestro transito por cada una de la figuras procesales que les hemos indicado.

EL ARCHIVO.

Concepto: Archivar es un acto procesal que indica poner fin a una actuación previo el cumplimiento de los requisitos que se exigen para ello; tambien se entiende como el acto procesal que da por terminado un asunto o proceso.

Desde la creación de normas que regulen la actuación procesal, se diseña unos pasos que se deben seguir, para cumplir con la ritualidad del proceso, es por eso que en el procedimiento Ético Disciplinario médico, encontramos que a la queja se le asigna a uno de sus Integrantes para que Instruya

la investigación, es decir en el lenguaje actual, para que realice actos de averiguación en una primera etapa y presente sus conclusiones. Esa primera Etapa está dividida en dos secciones o momentos, LA INDAGACION PRELIMINAR, Y LA INVESTIGACIÓN, estas dos etapas se encuentran reguladas tanto en la Ley 906 de 2.004, como en la Ley 734 de 2.002 y tienen como finalidad, que el Magistrado designado, realice actos procesales, tendientes a clarificar el asunto o conducta denunciada.

Como lo indicamos, el archivo está regulado en cada una de las normas citadas anteriormente, en este sentido, la Ley 23 de 1.981, no tiene consagrado el acto procesal de archivo, para ello se acude al artículo 82 de la Ley que dispone que en lo no previsto se proceda a la aplicación del código de procedimiento penal, ley 906 de 2.004, y agregamos, en aquello que no afecte el sistema escritural del proceso Ético-Profesional, y el archivo lo encontramos en el **ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal¹.

Así mismo, en la Ley 734 de 2.002, tiene su consagración en una figura que se denomina “terminación de la acción disciplinaria, **ARTÍCULO 73. TERMINACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO.** En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias²., al igual que la figura de los fines de la **INDAGACION PRELIMINAR, consagrada en ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR.** En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines

¹ Ley 906 de 2.004. www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr001.html#77.

² Ley 734 de 2.002. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr002.html.

verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. ~~En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.~~ En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses. Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado ~~que considere~~ necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.

REQUISITOS:

Para proceder al archivo de las diligencias, en un proceso Ético Profesional de Ética Médica, se recomienda seguir los lineamientos contenidos en el código de procedimiento penal, especialmente el Auto 2007-0019 de julio 5 de 2007³, que dada la importancia de su pronunciamiento, y además por lo didáctico del asunto, en adelante, nos referiremos a esta providencia de la Corte suprema de Justicia.

Como lo indica el Auto citado, una de las dificultades que se presentan es cuando el Fiscal puede afirmar que en un hecho no puede encontrar elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito? La decisión que debe tomar tiene como estructura los siguientes aspectos. i) La naturaleza de la decisión; ii) el fundamento material de la decisión; y iii) las repercusiones de la decisión para las víctimas en el proceso”.

“En cuanto a lo primero, la decisión de archivo de las diligencias se encuentra clasificada como una orden, señalada como una de las clases de providencias judiciales que se prevén en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004”. En sede disciplinaria, no se puede catalogar como una orden, dado que los pronunciamientos del Tribuna son actos administrativos, ellos tienen los recursos ordinarios, toda vez que se tratan de actos que pone fin a

³ Corte suprema de Justicia. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Ref.: Exp. 11-001-02-30-015-2007-0019.

una actuación administrativa, de manera transitoria, *“Sobre lo segundo, los motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, al fiscal le compete exclusivamente verificar los elementos de la tipicidad objetiva. De tal suerte, le está vedado “hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo”.*

El artículo 79 de la ley 906 de 2.004, tiene como criterios para el archivo dos causales que se desprenden del enunciado legal: (i) la inexistencia del hecho denunciado y (ii) la atipicidad de la conducta en términos de tipicidad objetiva, las cuales a su vez pueden ser alegadas como causales de preclusión, según los numerales 3 y 4 del artículo 332.

Pero es necesario diferenciar en que momento debe acudir al archivo o a la preclusión. Por lo que recomendamos, que se apele a un criterio de control de legalidad del hecho denunciado, en la primera fase de la indagación preliminar, porque si la conducta no existe, no es necesario acudir a la preclusión sino al archivo, en otras palabras, si en el inicio de la indagación, se concluye que el hecho es inexistente, o sea que no existió en la realidad, habría que aplicar el art. 79 optando por el archivo de las diligencias; y de análoga manera, sería procedente archivar si el resultado que arroja la indagación es que el hecho pesquisado no es típico objetivamente.

“Por último, en tercer lugar, comoquiera que la decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas, pues a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad, se impone (i) que la decisión sea motivada, (ii) con lo que se permite que pueda ser conocida, (iii) teniendo que ser apropiadamente comunicada, para permitir con ello que las víctimas y el Ministerio Público —para el cumplimiento de sus funciones— puedan expresar su inconformidad con la misma en ejercicio de sus derechos.

Tanto para el proceso penal como para el proceso ante la procuraduría, las circunstancias sustantivas respecto de la conducta o hecho investigado, consideramos que “Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar.

Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo”. Es decir que este concepto también aplica para la conducta disciplinaria porque obedecen a un criterio de estricta legalidad de las acciones y su estructura en cuanto al contenido legal.

Por ello es de vital importancia considerar al tenor del auto citado que “Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que *“al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.”*[173] Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo”, es decir, siempre habrá una persona infractora, una conducta que está contenida en una ley, y su resultado o consecuencia. Para nuestro caso, siempre debe tratarse de un médico, debe referirse a una de las conductas contenidas en la Ley 23 de 1.981, (debe existir un ACTO MEDICO, en una elación medico paciente) y en todas ellas hay una sanción.

La decisión de archivar un proceso no es sinónimo de renuncia o denegación de justicia, no se equipara a ninguna otra figura, porque el archivo se refiere a una terminación anticipada del proceso, con efectos diferentes dependiendo de que norma apliquen. Si aplican la Ley 906 de 2.004, el archivo es provisional y se puede iniciar en cualquier momento si las circunstancias a si lo indiquen, y si se aplica el código único disciplinario el archivo si es definitivo, no se puede reabrir bajo ninguna circunstancia.

Efectos: Con lo que queda dicho, siendo el archivo una ORDEN DEL FISCAL, esta orden no está destinada a que sea o se efectúa un control de legalidad, pero sí la facultad de insistencia por parte del quejoso de sus familiares, para que se reabra la investigación si surgieren nuevos hechos o circunstancias que si permitan su apertura, siempre que no se haya generado una causal de prescripción de la acción disciplinaria.

Recursos: NO HAY RECURSOS.

Por otro lado, las características del ARCHIVO, en el procedimiento dis-

disciplinario de la Ley 734 de 2.002, en el que se establece que “En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. **En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.** En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura”. Los criterios para un archivo son semejantes en el contenido sustancial, porque la indagación preliminar, tiene como finalidad, esclarecer dudas, y puntualmente si lo denunciado es o no una falta disciplinaria y si ella verdaderamente ha ocurrido en el mundo factico.

Diferencia fundamental entre el archivo contenido en el código de procedimiento penal y el código único disciplinario, es que en este último si hay recursos contra la decisión adoptada por la procuraduría.

Con lo expuesto, consideramos que no es necesario proceder a hacer un desarrollo más extenso sobre el ARCHIVO en el proceso disciplinario del servidor público, dado que dicha norma no se le debe aplicar a los médicos, toda vez que en Sede de Ética Médica, no se evalúa la conducta del médico como servidor, sino como profesional de la medicina, y mal haríamos de aplicar un mismo procedimiento, ante conductas diferentes.

ETAPA PROCESAL	INDAGACION	INDAGACION
TIPO DE DECISIÓN	ORDEN DEL FISCAL	RESOLUCION PROCURADOR
COMPONENTE TIPO	INEXISTENCIA DE CONDUCTA Y ATIPICIDAD OBJETIVA	INEXISTENCIA DE CONDUCTA Y ATIPICIDAD OBJETIVA.
EFFECTOS	INACTIVIDAD PROVISIONAL DEL PROCESO	TERMINA DEFINITIVAMENTE EL PROCESO
RECURSOS	NO PROCEDE RECURSOS	SI PROCEDE REPOSICION Y APELACION.
DESTINO DEL PROCESO	SE PUEDE REABRIR	NO SE REABRE.
TERMINO	NO ESTA ESTABLECIDO	DURA SEIS MESES

PRECLUSION:

CONCEPTO: La preclusión, es también un acto procesal que tiene como finalidad dar por terminado un proceso, en este evento si con carácter definitivo, donde sus efectos son los de una sentencia absolutoria, en tanto que no existe motivos para sancionar al médico investigado, por no encontrar

que la conducta sea violatoria de las normas de ética Médica.

Antes de decidir si hay méritos para una preclusión, primero debe existir una investigación formal, que buscará determinar el grado de responsabilidad del infractor una vez que se ha constatado que el hecho ha existido y que al menos corresponde a una de las conductas disciplinarias consagradas en la Ley 23 de 1.981. Esta figura de la preclusión no existe en el procedimiento disciplinario del servidor público, dado que las investigaciones, en dicha normatividad, ya sea la de indagación o investigación, ambas terminan con el archivo definitivo. No ocurre lo mismo en el código de procedimiento penal, en donde si existe la figura y tiene uno efectos diferentes.

CARACTERÍSTICAS: La preclusión es una decisión que tiene como efecto terminar la investigación, y se debe tener especial cuidado en su contenido y requisitos, dado que debe estar debidamente motivada, para que la decisión tenga el alcance legal que se la ha otorgado, su principal característica es que requiere de una mayor evaluación de las pruebas,

REQUISITOS: los requisitos de la PRECLUSION, están contenidos o consagrados en una norma de la ley 906 de 2004, que se puede aplicar por el artículo 82 de la Ley 23 de 1.9812, que dispone de la remisión normativa⁴, en los casos en que no exista norma expresa. Estos requisitos son los del artículo 332 de la ley 906 de 2.004, **CAUSALES.** El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-343/06. M.P. Manuel José Cepeda. (La remisión normativa como técnica legislativa no es per se inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite. Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro instrumento normativo sea de suyo inexecutable. No obstante, para que la remisión sea constitucional la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto. Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad. Adicionalmente, a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de dicha conducta, porque ello desconocería el principio de lex previa)

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código. **PARÁGRAFO.** Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Por otra parte, la preclusión se puede adoptar en cualquier etapa del proceso, antes o después de presentar un informe de conclusiones pero siempre antes de escuchar al médico en diligencia de descargos. En este sentido, una sentencia absolutoria también debe estar motivada, en la que se indique cuáles son los criterios para absolver, como por ejemplo, no hay prueba de responsabilidad, el médico no ha cometido la conducta, o la conducta no está tipificada como infracción en la ley 23 de 1.981, o no podía continuarse porque se ha generado una causal de prescripción de la acción disciplinaria, o la conducta está debidamente justificada.

EFFECTOS: En términos generales, la preclusión es una decisión del Juez, previa solicitud del Fiscal; en el proceso Disciplinario Ético-Profesional Médico, la preclusión será una Resolución motivada que adopta Sala Plena, previa ponencia del Magistrado investigador, que puede estar contenida en su informe de conclusiones, en donde se recomienda dar por terminado el proceso aplicando el artículo 80 literal a), en el sentido de indicar que no existe mérito para dictar pliego de cargos.

Tal recomendación que hace el Magistrado Investigador a la Sala, puede ser rechazada por esta y ordenar al Magistrado que complemente su investigación, o en su defecto aceptarse y dar por concluido el proceso, absolviendo al médico de todo cargo.

Esta decisión debe complementarse con la norma que estamos comentando, toda vez que en la norma especial, no se indica cuáles son las causales para declarar que no existe mérito para dictar pliego de cargos y dar por concluida una investigación, además que la decisión tiene efectos de cosa juzgada material, según lo dispuesto por el artículo 334, debiendo ordenarse toda persecución disciplinaria en contra del médico, lo cual se asemeja

a una Sentencia Absolutoria.

Finalmente los efectos de una preclusión, son las de dar por terminado el proceso, tiene efectos de Sentencia absolutoria, se debe proceder al archivo del proceso sin que se pueda abrir nueva investigación por esos mismos hechos.

Como se ha indicado y siguiendo la lógica de la presentación, en la ley 734 de 2.002, no existe la figura de la preclusión, y se presenta el cuadro comparativo de las dos normas.

PRECLUSION	LEY 906 DE 2004	LEY 734 DE 2002
CONCEPTO:	PROVIDENCIA JUDICIAL	NO EXISTE
CARACTERISTICAS	MOTIVADA POR JUEZ	NO EXISTE
REQUISITOS	CLAROS EN EL ART. 332	NO HAY NORMA
EFFECTOS:	SENTENCIA ABSOLUTORIA	NO EXISTE
RECURSOS:	APELACION	NO RECURSOS
TERMINO	CUALQUIER TERMINO	NO EXISTE

CONCEPTO	ARCHIVO LEY 906 DE 2.004	PRECLUSION LEY 906 DE 2.004
FUNCIONARIO	FISCAL	JUEZ
FORMA JURIDICA	ORDEN	AUTO
MECANISMO	NO HAY AUDIENCIA	SE TOMA EN AUDIENCIA
EFFECTO	NO HACE TRANSITO A COSA JUZGADA	HACE TRANSITO A COSA JUZGADA.
CAUSALES	INEXISTENCIA DEL HECHO Y ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA SOLO OBJETIVAMENTE	ART. 332, DONDE SE INCLUYE LA ATIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA E INEXISTENCIA DEL HECHO
JUSTIFICACION DE CONDUCTA	NO OPERA LA JUSTIFICACION	SI OPERA LA JUSTIFICACION
RECURSOS	NO OPERAN RECURSOS	SI PROCEDEN RECURSOS
TERMINO	NO HAY CLARIDAD	OPERA EN CUALQUIER TIEMPO

INEPALABILIDAD:

LA INIMPUGNABILIDAD DEL PLIEGO DE CARGOS, UNA PROPUESTA PROGRAMÁTICA.

Torna de gran importancia, en la vida y en mundo del derecho, plantearse siempre, interrogantes que conduzcan al desarrollo de esta disciplina, máxime cuando las normas están destinadas a regular los procedimientos,

porque ellas son la garantía de la materialidad del derecho sustantivo. Por eso retomemos en este encuentro de Tribunales, la pregunta sobre los recursos, en el sentido de: ¿Debe el pliego de cargos ser objeto de los recursos ordinarios de reposición y apelación?

Para dar respuesta a este interrogante, lo primero que afirmaremos es que el proceso disciplinario médico, es un proceso de carácter administrativo y que sus decisiones están sujetas al control judicial por parte de los jueces administrativos, en sus distintas competencias.

Teniendo la anterior afirmación como válida, procederemos a plantear un segundo supuesto. La ley 23 de 1.981, es una norma especial que debe prevalecer y aplicarse a los procedimientos consagrados en ella, y que se encuentran a partir del artículo 74 al 90 y que la norma de discusión para esta propuesta es el artículo 80, que habla del pliego de cargos.

Un tercer supuesto legal es la norma de remisión contenida en el artículo 82 de la ley 23 de 1.981, que consagra que se debe aplicar el código procesal penal vigente, en aquellos aspectos no contemplados en la norma especial, con lo cual se entiende que su aplicación es supletoria, y en este sentido, la norma vigente en dicha materia es la ley 906 de 2.004, dado que la ley 600 de 2.00, solo se aplica en los procesos de los aforados constituciones y de estos solo a los congresistas por expresa disposición del artículo 533 de la ley 906 de 2.004⁵.

Con este marco conceptual y legal, presentaremos una propuesta de respuesta, que nos permitan resolver el interrogante, desde cada uno de los supuestos legales que se han presentado, incluso frente a la Ley 734 de 2.002, o estatuto disciplinario del servidor público.

Al primer supuesto:

El proceso disciplinario médico es un proceso administrativo: La respuesta la encontramos en la Sentencia C-259 DE 1.995⁶, al citar una Sentencia de

⁵ WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO. Sentencia C-545 de 2.008 M.P. DR. NILSON PINILLA PINILLA.

⁶ WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO. REF: PROCESO D-782. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 y 82 de la Ley 23 de 1981 “por la cual se dictan normas en materia de ética médica.” MAGISTRADO PONENTE: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio 15 de mil novecientos noventa y cinco (1995). Aprobada por acta No. 22.

la corte suprema de Justicia, indicó que: “La creación del Tribunal de Ética Médica para examinar y sancionar la conducta de los profesionales de la medicina tiene fundamento en el artículo 26 de la Constitución Política, en cuanto expresa que *“Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones”*, las cuales pueden organizarse en colegios, con la imperiosa necesidad de que su estructura interna y el funcionamiento “de éstos” deberán ser democráticos. Igualmente, los artículos 209 y 210 de la Carta Fundamental facultan expresamente a los particulares para *“cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”*”

En esta forma, los tribunales ético profesionales en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley *“cumplen una función pública pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos”*(artículo 73 de la Ley 23 de 1981).

El proceso disciplinario contenido en las disposiciones demandadas tiene efectos sancionatorios por infracción de las normas en materia de ética médica, **que conllevan a una responsabilidad derivada del derecho administrativo disciplinario. Acerca del mismo, la Corte Constitucional ha expresado:** (Negrillas y subrayado nuestro)

“Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada “derecho administrativo disciplinario”. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término “derecho criminal” para

referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

“Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa”

En consecuencia, se debe entender que “materias penales” no es equivalente a “materias criminales”, sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término “penas” en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

No queda duda que el proceso disciplinario es una auténtica actuación administrativa, con lo cual la primera afirmación queda planteada para el debate.

El segundo supuesto:

La Ley 23 de 1.981, como norma especial que regula una materia específica. Como estatuto legal y de aplicación preferente por el principio de especialidad⁷ de la norma, encontramos que el pliego de cargos, es un acto administrativo de carácter especial, que da por terminada la etapa de investigación y se inicia la etapa de juzgamiento, por eso dicho procedimiento

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación: 11-001-03-26-000-2010-00060-00 (39477). Proceso de acción de simple nulidad.

⁸ Sentencia C-259-2.005, M.P.”. “ Corte Suprema de Justicia al adelantar el examen de constitucionalidad de los artículos 74 a 82 materia de estudio, expresó lo siguiente en torno al mismo tema, al declarar la exequibilidad de dichas disposiciones:

se ajusta a la carta política en su artículo 29⁸.

Al dejar a salvo las garantías, y por su remisión al código de procedimiento penal, se garantiza el debido proceso, tal y como se ha establecido para dichas actuaciones, en donde, de la lectura del artículo 80, literal b, encontramos. Primero: desde el sentido gramatical no hay indicación que el pliego

“Un régimen disciplinario, en estricto sentido, está integrado por los correctivos jurídicos necesarios para obtener la continuidad y eficacia de un servicio y la debida protección de los intereses de sus usuarios. Siendo obligación del Estado salvaguardar la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas y teniendo la consecuente autorización constitucional para inspeccionar y vigilar las profesiones en orden a defender aquellos valores, no cabe plantear la duda para establecer un régimen de control y disciplina como el de la Ley 23. Debe afirmarse, así mismo, que un régimen disciplinario, por razón de su finalidad, es una técnica de control administrativo distinta al ejercicio de la función judicial y, por lo mismo, susceptible de ser atribuida a funcionarios no judiciales y aun a particulares (.) La enunciación de los principios éticos y las conductas censurables, el establecimiento general de las sanciones y las reglas procedimentales para su imposición, responden bien a las exigencias de un régimen disciplinario, especialmente si se advierte que lo prescrito en el artículo 82 de la Ley 23, en cuanto en lo no previsto en ella “se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal”, deja a salvo las garantías contenidas en el artículo 26 de la Constitución. El artículo 29 de la Constitución Política consagra los mismos principios del artículo 26 de la Carta de 1886 referentes al debido proceso y a las formalidades propias del juicio ante tribunal competente, pero ampliándolas a todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, y consagrando de manera expresa la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de publicidad y de celeridad, el derecho de contradicción, el derecho de impugnación y el principio del “non bis in idem”, todos los cuales son desarrollo del debido proceso. En el asunto sub-exámene, los artículos 72 a 82 demandados garantizan en materia de procesos de ética médica, que estos se adelanten con la observancia plena del debido proceso y ante el Tribunal competente, que lo es el Tribunal de Ética Médica. En efecto, se consagra la existencia de un Tribunal competente (artículos 74 y 75, Ley 23 de 1981); se garantiza el derecho de defensa del acusado por violación de la ética médica al permitirle a éste formular los correspondientes descargos ante el mismo Tribunal, con respecto a los cargos que se le hagan (artículo 80). Igualmente, se le concede el derecho de ser asistido por un abogado escogido por él (artículo 77); y además, para dejar a salvo las garantías consignadas en el artículo 29 de la Constitución Política, se expresa en forma concluyente que en lo concerniente al proceso disciplinario ético profesional “En lo no previsto en la Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal” (artículo 82), con lo cual queda plenamente asegurada la observancia “de la plenitud de las formas propias” del respectivo proceso disciplinario, en materia de ética médica, a que se contraen los preceptos demandados. A juicio de la Corte, es evidente que dentro de dicho régimen se encuentra comprendida la facultad que tiene el profesional acusado para presentar pruebas y solicitar la práctica de las mismas en el respectivo proceso disciplinario en su contra, a fin de desvirtuar los cargos formulados y demostrar su inocencia, pues es entendido que, como lo ha expresado esta Corporación, la observancia del debido proceso como el disciplinario requiere de la facultad y oportunidad del acusado para conocer los cargos formulados, rendir los correspondientes descargos, y presentar o solicitar la práctica de pruebas que considere pertinentes y sean

de cargos tenga recursos. Segundo: desde un sentido lógico y sistemático, el pliego de cargos, en este articulado, es un acto de trámite que une dos etapas, la investigación y da paso al juicio. Lo cual indica que el Pliego de Cargos, si bien es un acto importante, no se han consagrado recursos, por eso no sería lógico otorgar un recurso donde la Ley no lo consagra, porque se estaría extralimitando la función. En suma la manifestación del Tribunal no se puede crear un recurso donde la ley no lo autoriza, y porque el recurso no tendría ninguna finalidad, dado que no es una sanción, sino solo un acto en donde se traba de manera material la relación jurídica entre el Estado y el ciudadano disciplinado.

El tercer supuesto:

La norma de remisión contenida en el artículo 82 de la ley 23 de 1.981, que consagra que *“En lo no previsto en la Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal”*, con lo cual se entiende que su aplicación es supletoria, indicábamos al inicio que, la norma vigente en dicha materia es la ley 906 de 2.004, dado que la ley 600 de 2.00, solo se aplica en los procesos de los aforados constituciones y de estos solo a los congresistas por expresa disposición del artículo 533 de la ley 906 de 2.004⁹, e incluso como lo presentamos al inicio, frente a la Ley 734 de 2.002, o estatuto disciplinario del servidor público.

Es necesario volver a remitirnos a la Sentencia c-259 de 1995, que por ser una sentencia hito, fundadora de línea, en relación con los procesos Ético Disciplinarios Médicos, indica que al hacer la remisión al código procesal penal, deja cubiertas las garantías del debido proceso, por ser este

conducentes para desvirtuar los cargos, todo ello con anterioridad al pronunciamiento respectivo que ponga fin al proceso ético profesional. Las normas demandadas no riñen con el cumplimiento de las exigencias procesales mencionadas, y por ello habrá de declararlas exequibles por encontrarlas ajustadas a los preceptos constitucionales, sin que haya lugar a que prospere el primer cargo formulado.

⁹WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO. Sentencia C-545 de 2.008 M.P. DR. NILSON PINILLA PINILLA.

Sentencia C-259 DE 1995 M.P.....Así mismo, y como ya se indicó, la Corte Constitucional estima que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política. Al contrario, este precepto, así como los demandados, tienen desarrollo en debida forma, ya que conducen a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario allí consagrado, con sujeción a las normas constitucionales.

tipo de procedimientos más garantista y protector¹⁰, y una segunda fuente que obliga a tener presente es el debate de la inconstitucionalidad sobreveniente que se resuelve en la sentencia C-762 de 2.009 con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao¹¹, donde se resuelve la posible violación de la separación entre el ente acusador y el juez que impone sentencia.

En este sentido, el proceso disciplinario Ético-médico, ha establecido que en el marco de una consagración abierta pero sistemática del proceso disciplinario y sus conductas, es posible aplicar esas normas abiertas, pero determinables por el fallador¹², en el entendido que su estructura procesal, en nada afecta el sistema de doble instancia. Esta cita lo que indica es que las normas procesales del sistema Ético disciplinario médico, son normas que indican esa flexibilización, en la cual se establece la especial configuración del legislador.

Establecido este marco legal y constitucional, es importante retomar un interrogante que surge del primer supuesto. ¿Qué clase de Acto es el Pliego de cargos?, De su respuesta surge la segunda pregunta: ¿Es impugnabile la Resolución de pliego de cargos?

Si ya aceptamos que el proceso disciplinario Ético-Médico es un proceso de carácter administrativo, con especial remisión al código procesal penal, como marco garantista del debido proceso y del derecho de defensa, el pliego de cargos es un acto administrativo, de carácter especial, que tiene las mismas cualidades que tienen todos los actos administrativos de este tipo, nos referimos a lo disciplinario, como son las normas disciplinarias de la Ley 734 de 2.002, la Ley 911 de 2.004, que es el Estatuto Disciplinario de Enfermería, la Ley 1123 de 2.007 que es el Estatuto Disciplinario del Abogado, en donde el pliego de cargos cumple una función especial, de enlace entre la etapa de investigación y el juicio propiamente dicho, en esas disposiciones el pliego de cargos no es apelable.

En suma, el marco conceptual constitucional del control disciplinario, nos indica que tal actividad, es ante todo una función pública, asignada al po-

¹¹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-762-09.htm>.

¹² Sentencia C-406 de 2.004, citada en la Sentencia C-762 de 2.009. También es posible emplear “las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o “Lex Artis”, porque son en su esencia cambiantes, dada “la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres”, del nuevo conocimiento y prácticas adquiridas, todas las cuales “marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional.

der ejecutivo, dado que se trata del control de las profesiones liberales, delegadas por ley a un órgano como son los Tribunales de Ética médica, en este sentido la Ley 23 de 1.981.

Por otra parte, La Corte Constitucional al hacer un examen de la Ley 200 de 1995, ha señalado, que: “El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa”. (Sent. T-418 de 1997).

Lo cual ratifica que es una resolución administrativa que sirve de unión, enlace, entre la etapa investigativa que no compromete la responsabilidad del disciplinado y como no afecta derechos fundamentales, en el entendido que es una constatación de carácter objetivo, en donde se dan razones por las cuales se considera que se presenta ese fenómeno objetivo, y da paso al juzgamiento.

Es en el pliego de cargos en donde se fijan las bases del debate jurídico y sobre la futura responsabilidad del disciplinado, y se le indica de manera clara cuál es la conducta por la cual se le puede sancionar, calificación que es de manera provisional, dado que puede existir una variación en su calificación, en implica una restructuración del proceso, y una oportunidad en términos de indicar si es grave o gravísima, para poder así calificar y dosificar el tipo de sanción a imponer, o en su defecto por esa nueva valoración con base en el debate probatorio que se genera a partir de la audiencia de descargos, ser más benéfico para el disciplinado, logrando su absolución.

No podría ser de otra forma, y esta ratificado por la Corte Constitucional, cuando hace el examen de la norma citada, (ley 200 de 1995), señalando que: *“De ninguna manera ha de entenderse que la defensa del procesado resida en su certidumbre acerca de que la administración de justicia permanezca en el error. Si las diligencias iniciales dentro del proceso daban lugar para pensar algo que en el curso del mismo se demuestra equivocado o susceptible de ser corregido, la obligación del juez al adoptar decisión de mérito es la de declarar que el equívoco o la inexactitud existieron, dilucidando el punto y resolviendo de conformidad con lo averiguado, y en ello no se ve comprometida la defensa de la persona sometida a juicio,*

quien accede a la justicia precisamente para que se defina su situación, fundada en la verdad real y no apenas en calificaciones formales ajenas a ella”. (Sent. C-491 de 1996).

En la misma sentencia, también se señaló lo siguiente : “De otra parte, el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia”.

Es importante resaltar que las denuncias que llegan a los despachos de los Tribunales médicos, nunca indican cual es la falta, y que norma es la que ha desconocido el médico en su actuar, por ello, la investigación disciplinaria, está orientada a comprobar si el acto médico desplegado por el profesional, está consagrado como una falta disciplinaria, y una vez que se ha constado este supuesto factico, con la disposición jurídica, es indicativo del mérito para el pliego de cargos, y no es aconsejable que se agoten todas las diligencias tendientes a comprobar la responsabilidad del disciplinado.

En cuanto hace relación a la prueba sobre la probable responsabilidad del disciplinado, lo que a juicio del demandante debe referirse al elemento subjetivo de la conducta, es decir a la culpabilidad, es necesario precisar, que en primer término, la responsabilidad del investigado, debe estar comprometida por cualquier medio probatorio legalmente allegado al proceso, como la misma norma lo establece “...confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación...”; y, en segundo término, que en todo caso, el examen de la responsabilidad, ha de realizarse, a la luz del principio de culpabilidad que consagra el artículo 14 del estatuto disciplinario, es decir, analizando concretamente, si la conducta típica se cometió con dolo o con culpa. Sólo esa interpretación armónica de esas normas que integran el Código.

Finalmente, en relación con la estructura del sistema penal de tendencia acusatoria, vale la pena indagar cual es la audiencia o acto procesal que se pueda asemejar al pliego de cargos, partiendo del concepto que ya indicamos que con esta resolución, se da por terminada la etapa de investigación

y se inicia la etapa del juicio. En este sentido, es menester considerar que el acto o audiencia semejante, es el escrito de acusación, y su respectiva audiencia, actos que como lo indica el procedimiento de tendencia acusatoria no es apelable.

Más aún, se ha establecido en las reglas de procedimiento penal que la audiencia de imputación de cargos, es un acto de comunicación, la cual solo soporta inicialmente una pretensión de parte del ente investigador, que no implica necesariamente un acto de juzgamiento, dado que el fiscal no tiene facultades de Juez. En este sentido encontramos que: “Por lo demás, se observa que la regla general es que sea posible apelar los autos dictados en audiencia, pues así se establece en el artículo 176 que el actor mismo reconoce como constitucional. Y frente al artículo 286 del CPP aclara que *“Imputar, significa tener algunos indicios que permiten dirigir la investigación hacia un titular. Más, no es un acto de juzgamiento propiamente dicho (...). La naturaleza de esta figura ha de entenderse como un factor de referencia en el inicio de la investigación penal”*. (Folio 82)¹³.

Queda finalmente hacer una conclusión que permita establecer el fin y el punto de partida de un debate más amplio, dicha conclusión es que el pliego de cargos es un acto administrativo, con el cual se termina la etapa de investigación y se da inicio al Juicio, el cual no es apelable, y tal definición no afecta las garantías procesales del debido proceso ni del derecho de defensa, en virtud de la libertad de configuración legislativa que tiene el congreso al momento de discutir y aprobar una ley.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-892/99. Referencia: Expediente D-2412. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MENORES DE EDAD

Juan Guillermo Agón López

Abogado asesor Tribunal de Ética Médica de Antioquia

SUMARIO:

1. CONCEPTO, IMPORTANCIA Y REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO
 - 1.1 TRATADOS Y DECLARACIONES INTERNACIONALES
 - 1.2 REGULACIÓN EN COLOMBIA
2. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MENORES DE EDAD-2.1 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
 - 2.2 LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL
3. LA CAPACIDAD DEL MENOR DESDE EL PUNTO DE VISTA CIENTÍFICO
4. PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL EN CURSO EN EL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA
5. RESOLUCIÓN 825 DE 2018 DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
6. CONCLUSIONES

1. Concepto, importancia y regulación del consentimiento informado

En el siglo XX se ha consolidado la idea de que a cada ser humano se le debe reconocer un ámbito de autonomía para tomar las decisiones que afectan directamente a su persona y a su propio cuerpo. Actualmente se ha superado la idea de la relación médico-paciente sustentada en el paternalismo, y se entiende que se debe dar información y potenciar el diálogo para que el paciente pueda tomar decisiones autónomas, que no sólo dependen de los aspectos médicos, sino también de sus valores personales, buscando el respeto a la dignidad del hombre.

El reconocimiento del principio de autonomía del paciente y de los fundamentos del consentimiento informado tiene su origen en las reflexiones que se han realizado en el campo de la bioética, disciplina que tiene como preocupación fundamental que la medicina se ejerza conforme a la dignidad humana. No es extraño que las obligaciones jurídicas encuentren su base en principios éticos, de allí la estrecha relación que existe entre la bioética y el Derecho, pues aquella se convierte en una fuente de interpretación reelaboración y producción jurídica.

El consentimiento informado es un derecho del paciente que consiste en que previamente a la realización de la intervención médica en su cuerpo debe expresar su libre conformidad, conformidad que debe ir precedida de la debida información que le permita decidir según sus intereses. Como correlato de este derecho surge la obligación del médico de informar al paciente y de recabar su consentimiento antes de llevar a cabo su actividad.

Actualmente el consentimiento informado se ha convertido en un derecho consolidado y con plena vigencia en la mayoría de Estados Democráticos. La importancia de este derecho del paciente se ve reflejada en los numerosos Declaraciones, Tratados y textos internacionales.

1.1 Tratados y Declaraciones Internacionales

Fundamental resulta la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por las Naciones Unidas (1948) que, aunque no menciona expresamente el consentimiento informado y el derecho a la información, reconocen genéricamente los derechos humanos con los que están directamente relacionados, como la dignidad del ser humano, la vida y la libertad.

Relevante igualmente es el Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Londres, en octubre de 1949, y enmendado posteriormente varias veces, la última de ellas en la 57ª Asamblea General de la AMM, en Pilanesberg, Sudáfrica, en octubre 2006. En este Código se expresa el deber de los médicos de respetar el derecho del paciente a aceptar o rechazar el tratamiento, así como el deber de respetar en general sus derechos y preferencias.

También han sido importantes otros textos, entre los que se encuentran los siguientes: 1) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(1966), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente respecto al derecho a la integridad física y moral (art. 7), que exige el consentimiento previo en la experimentación médica o científica; 2) La Declaración de Helsinki, adoptada por la 18ª asamblea de la Asociación Médica Mundial (junio de 1964), que ha sido enmendada en varias ocasiones, la última de ellas en la 64ª Asamblea General, en Fortaleza, Brasil, en octubre 2013. Esta Declaración consagra los principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, y destaca el deber del médico de respetar, en el ámbito de la investigación médica, el derecho a la autodeterminación del paciente, a ser informado y a emitir su consentimiento; así como otras normas para la protección de las personas que no pueden prestarlo. 3) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), especialmente respecto al reconocimiento del derecho de la persona a la seguridad social y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; y 4) la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que en su artículo 12 consagra el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que le conciernen si está en condiciones de formar su propio juicio. En el artículo 13 establece que el niño tendrá derecho a la libertad de expresión, con la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo; y en el artículo 14 alude al derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

La 34ª Asamblea Médica Mundial adopta en 1981 la Declaración de Lisboa sobre Derechos del Paciente, reafirmada por la 200ª Sesión del Consejo de la AMM, en Oslo, Noruega, en abril de 2015. A pesar de no ser una norma jurídica, este texto supuso un gran avance en el reconocimiento de los derechos del paciente, porque resalta el derecho a la libertad de elección, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la información y el derecho a la dignidad.

También es importante la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, en la que se señala la necesidad de la prestación del consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada.

La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003, en sus artículos 8, 9 y 10 se refiere al consentimiento previo, libre, informado y expreso, necesario para la recolección, tratamiento, utilización y

conservación de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas. Este mismo organismo internacional, en sesión del 15 de octubre de 2005, adoptó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Como indica su artículo primero, trata de cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. Siguiendo la línea de anteriores declaraciones, entre sus principios se consagra el respeto a la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de tomar decisiones, el consentimiento informado para toda intervención médica y la protección especial respecto a las personas carentes de capacidad para consentir por sí mismas (arts. 5, 6, 7 y 8)¹.

Resulta de gran importancia mencionar también la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Esta Convención fue aprobada por la Ley 1346 de 2009. La Convención consagra, dentro de sus principios, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. La Convención ha impulsado ciertos cambios legislativos en el ordenamiento jurídico colombiano y sus principios tienen gran trascendencia en el consentimiento informado de las personas con discapacidad.

1.2 Regulación en Colombia

La jurisprudencia ha considerado que el consentimiento informado supone el desarrollo de varios derechos fundamentales, y ha determinado como

¹ Vid. Benítez Ortúzar I. (2006). Capacidad de Decisión y Consentimiento Informado. En: Groll Espiell, H. Y Gómez Sánchez, Y. (Coord), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Granada: Comares. Pág. 309 y Abellán Salort, J. C. (2007). Autonomía y consentimiento informado en los documentos bioéticos del Consejo de Europa y otros organismos internacionales. En: Abellán Salort, J. C. (Coord.), *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos* (pp. 139-195). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.

² Mendoza, J., Herrera, L. (2017). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. *Rev. CES Derecho.*, 8(1), 156-171. Pueden verse, de la Corte Constitucional las sentencias C221/94; T-401/94; T411/94; T-477/95; T-474/96; SU-337/99; T-1390/00; T-1390/00; T-597/01; T-823/02; T-850/02; T-866/06; T-1025/02; T-1021/03; T-510/03; T-762/04; T-1131/04; T-1229/05; T-866/06; T-1019/06; T-560A/07; T216/08; T653/08; T-921/08; T-452/10; T-622/14; C-182/16, C-406/16 y C-246/17, entre otras. De la Sección Tercera del Consejo de Estado, las Sentencias de 9 de julio de 1993, exp.7795; 3 de

su núcleo la protección de la autonomía del paciente². Este derecho tiene origen en el derecho a la libre personalidad (art. 16), a la libertad de conciencia (art. 18), libertad de cultos (art. 19), derecho a la información veraz e imparcial (art. 20), derecho a la intimidad (art. 15), el principio de respeto a la dignidad humana (art. 1), derechos fundamentales de los niños (art. 44), entre otros³.

Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional que:

(...)

“El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana”.

En el mismo sentido, la Corte indicó que:

(...)

“la facultad del paciente de asumir o declinar un tratamiento de salud constituye una expresión del derecho fundamental a la autonomía personal, pues es aquel el llamado a valorar en qué consiste la bondad o los riesgos de una intervención clínica y a determinar si quiere someterse a ella o no.

En el mismo sentido, hace parte del derecho a la información como

mayo de 1999, exp.11169; 24 de enero del 2002, exp.12706; 13 de diciembre de 2004, exp.14722; 3 de mayo del 2007, exp.16098; 23 de abril de 2008, exp.15737 y del 27 de marzo del 2014, exp.26660. En la misma línea la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de julio de 2015, rad. SC9721-2015, p.50-53 y sentencia de 24 de mayo de 2017, SC7110-2017, Radicación N.º 05001-31-03-012-2006-00234-01, entre otras.

³ Castaño de Restrepo, M. P. (2003). Responsabilidad Civil y Patrimonial de Estado Derivada de la Administración y Prestación de Servicios de la Salud. Obra Colectiva) Colección Derecho Médico-Sanitario, 1.

componente del derecho a la salud, pues su contenido implica para el paciente la posibilidad de “obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece” para considerar los riesgos que se presentan sobre su propia salud y, a partir de ello, aceptar o declinar la intervención.

Además, el derecho al consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones sanitarias es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso. Por ende, una actuación que impida al individuo decidir sobre su propio cuerpo respecto de la posibilidad o no de practicarse la esterilización quirúrgica, constituye, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana”⁴

Así mismo, la Corte Constitucional se ha referido al denominado consentimiento informado cualificado, que se requiere en los casos en que el tratamiento médico revista un carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso, sosteniendo que *“más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada”⁵.*

Por otra parte, ha sostenido que existen diferentes variables que deben ponderarse para determinar el nivel de información exigible, que dependerá de:

(i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del paciente, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstas y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.

Cabe destacar que la jurisprudencia reconoce una relación entre el grado de cualificación del consentimiento informado y el alcance de la

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016.

⁵ Ibidem.

autonomía del paciente frente al mismo. En otras palabras, entre más cualificado deba ser el consentimiento informado, “la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara”. Ello evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto “depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”⁶.

La Corte Constitucional también afirma que el mencionado consentimiento informado cualificado puede exigir ciertas formalidades dependiendo de cada caso:

“Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad conste por escrito, con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del paciente a través de este procedimiento. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea persistente, pues puede imponerse la “obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión” o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por periodos”⁷.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-762/04, afirmó que:

“Es incontrovertible entonces que el consentimiento debe ir precedido de una información adecuada, esto es, suficiente en cantidad y calidad, pues no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento en que quien lo otorga no sabe en qué ni por qué. Lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su dignidad, y que esta información sea auténtica, completa y humana, como corresponde a algo tan trascendental como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica”.

En concordancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido recientemente que:

“la ley le otorga al paciente el derecho a ser informado respecto de la dolencia padecida, esto es, saber a ciencia cierta cuál es el diagnóstico

⁶ Ibidem

⁷ Ibidem.

de su patología, como también a consentir o rechazar el tratamiento o la intervención quirúrgica ofrecida por el galeno”⁸.

En el mismo sentido, el consentimiento informado:

“Hoy, adquiere una importancia especial por virtud del principio de autonomía de que es titular el paciente, porque además de constituir un deber galénico y un derecho del usuario del servicio, se ancla en los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, y en el consecuencial derecho a la información; de modo que hoy no es viable ver la relación médico paciente desde un criterio paternalista como acontecía, dada la trascendencia de la libertad y del principio de autodeterminación (pro libertatae) del paciente; es decir, así se garantiza el principio de la autonomía de la voluntad del aquejado.

La autonomía expresada en el consentimiento, es interdependiente de los principios de beneficencia, de utilidad ligado con la investigación y la experimentación, de justicia, en cuanto que por virtud del derecho a la igualdad todas las personas pueden acceder al beneficio de la ciencia médica”⁹.

Al respecto, el Tribunal Nacional de Ética Médica en Providencia No. 51-2004 sostuvo que:

“El principio subyacente al consentimiento informado es complejo, y en todo caso el proceso no culmina con la obtención de un documento escrito, firmado por el paciente en la víspera misma del procedimiento quirúrgico, o en la antesala del quirófano. El verdadero consentimiento informado incluye una explicación pormenorizada, en un lenguaje asequible a cada paciente según su nivel de preparación y su capacidad de entendimiento, con suficiente información para que el paciente tome la decisión”.

Por lo anterior, el consentimiento informado como derecho del paciente:

(...)

“conlleva la obligación o deber jurídico para el galeno de advertir y señalar en forma principal los riesgos que comporta el acto. Esta infor-

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de mayo de 2017, SC7110-2017, Radicación N. ° 05001-31-03-012-2006-00234-01.

⁹ Ibid

mación suministrada por el facultativo, halla respuesta en el consentimiento que otorga el paciente para aceptar o inclusive para ejercer la facultad de no consentir el camino de la cura, porque bien pudiera, si fuere plenamente capaz, abogar por el derecho a la muerte digna”.

“En consecuencia, deónticamente, el consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, tiene la categoría de principio autónomo. Ello es relevante en tanto al elevar su naturaleza jurídica a la categoría de principio, su alcance normativo cobra efectos interpretativos diferentes en relación (ponderación) con otros principios constitucionales y en la garantía de ciertos derechos fundamentales”¹⁰.

La obligación de informar surge del principio de la buena fe, que es un principio general del derecho y está consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política. Esta obligación tiene como cimiento la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo, además es fundamental para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana.

Uno de los objetivos del consentimiento informado es que el paciente sea capaz de asumir una actitud y tomar decisiones teniendo en cuenta los beneficios y los riesgos que conlleva el tratamiento sugerido por el profesional de la medicina¹¹.

El trasfondo del consentimiento informado es la creación de un canal adecuado de comunicación. La relación médico-paciente es una relación asimétrica y compleja, en la que una parte, el facultativo, tiene un lenguaje y conocimientos técnicos y, por otro lado, el paciente, en la mayoría de los casos, es lego en conocimientos científicos y espera el restablecimiento de su salud. Lo que se busca con el consentimiento informado es, en definitiva, acercar a las partes de esta relación para superar ese desequilibrio estructural y garantizar que el paciente acceda a la información y pueda decidir conforme a sus intereses en concordancia con su autonomía¹².

En el ordenamiento jurídico colombiano diferentes normas se refieren al

¹⁰ Ibid.

¹¹ Sanz Rubiales, A., Del Valle Rivero, M. L., Fernández González, M. & Ferreira Alonso, R. (2016) Teoría y práctica del consentimiento informado. Cuadernos de Bioética XXVII. 2016/1ª.

¹² Monsalve Caballero, V. & Navarro Reyes, D. (2014). El Consentimiento informado en la praxis médica. Bogotá: Temis. Págs. 90 y ss.

consentimiento informado. La Ley 23 de 1981, en su artículo 15 dispone:
“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

El deber de información es un presupuesto del consentimiento informado. No puede emitirse un consentimiento que no vaya precedido de la información cabal que permita al paciente dar su conformidad al acto médico.

Respecto al consentimiento informado, regula los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud, disponiendo que los pacientes tienen derecho:

“c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;

d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud”.

De igual manera, el consentimiento informado es un derecho reconocido en el Decálogo de Derechos de los Pacientes, adoptado por la Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud, que en su artículo 1.2 dispone que el paciente debe ejercer:

“Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos proce-

¹³ Este derecho es reiterado por el artículo 4.2 de la Resolución 4343 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, “por medio de la cual se unifica la regulación respecto de los lineamientos de la Carta de Derechos y Deberes de los Afiliados y de los Pacientes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado y se dictan otras disposiciones”.

dimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión".¹³
Por eso la doctrina ha sostenido:

*"Ciertamente, la falta de comprensión del cuerpo médico sobre el fondo teórico del tema del consentimiento, lo ha convertido en un asunto meramente formal (la firma de un documento) omitiendo la parte sustancial que es el fondo y razón del formulario. En otras palabras, los médicos se han convencido de que lo que se les exige es diligenciar y hacer firmar un documento y no que tienen el deber de informar a su paciente de la manera más clara, oportuna y completa sobre los riesgos de las intervenciones, con el fin de lograr su autorización y, lo que es aún más importante, de trasladarle el riesgo de la decisión"*¹⁴.

El consentimiento informado es entonces una obligación del médico y constituye:

*"Una manifestación de la lex artis ad hoc o diligencia profesional exigible es precisamente el acatamiento y observancia de los derechos de los pacientes a ser informados y a manifestar su consentimiento antes de una intervención; por ello, forma parte de toda actuación de asistencia"*¹⁵.

*"El arte médico no adquiere su auténtica dimensión, si no vive inmerso en un ambiente de prudencia, de competencia profesional y de esmerada diligencia. La pericia médica, el ars medendi tiene que proyectarse íntegramente sobre el paciente no sólo en el empleo de las técnicas correctas y actuales, sino en la necesaria valoración de aquél como persona madura y responsable, que precisa conocer su estado de salud y los medios curativos que se van a emplear con él"*¹⁶.

2. Consentimiento informado en menores de edad:

El análisis de la capacidad del menor de edad para consentir una intervención médica constituye un tema complejo. La dificultad deriva de la

¹⁴ De Brigard Pérez, A. M. (2004). Consentimiento informado del paciente. Revista Colombiana de Gastroenterología, 19(4), 277-280.

¹⁵ Monsalve Caballero, V. & Navarro Reyes, D. (2014). Ob. Cit. Pág. 95.

¹⁶ Alonso Pérez, M. T. (2000). La Relación Médico-Enfermo, presupuesto de Responsabilidad Civil (en torno a la "lex artis"). En AA.VV., Perfiles de la responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio (pp. 13-56) Madrid: Dykinson.

importancia que tiene el tema de la capacidad en el derecho y de las invertebradas controversias que se han planteado respecto a la capacidad de obrar del menor de edad, especialmente tratándose del ejercicio de derechos de la personalidad. El régimen jurídico de la capacidad de obrar del menor no contiene reglas estrictas que determinen los concretos actos que el menor puede realizar con absoluta capacidad decisoria. Al contrario, se trata de un sistema incierto y paradójico.

El artículo 1503 del Código Civil establece como regla general que todas las personas son capaces, sin embargo, tal regla tiene diferentes excepciones.

El artículo 1504 del Código Civil prescribe que son absolutamente incapaces los impúberes (menores de 14 años), las personas con discapacidad mental y los sordomudos que no pueden darse a entender.

Los incapaces relativos son los menores adultos, es decir, los mayores de 14 años y menores de 18, y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Los menores adultos son relativamente incapaces, pero *“la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”*.

Mientras el Código Civil clasifica a los menores de edad en infante o niño (el que no ha cumplido 7 años), impúber (que no ha cumplido 14 años) y adulto (el que ha dejado de ser impúber), el Código de Infancia y Adolescencia los clasifica en niño y adolescente. Así, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y adolescente las personas entre 12 y 18 años. Hay entonces una diferencia de conceptos, incluso la Ley 1306 de 2009, en el párrafo del artículo 53 consagró que:

“Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3o del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto.

Con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años, tanto para los varones como para las mujeres”.

Así, en el Código Civil y las leyes especiales hay normas que permiten al menor que tiene determinada edad realizar ciertos actos por sí solo, como por ejemplo otorgar testamento con catorce años; contraer matrimonio

(con autorización de sus padres); reconocer un hijo natural o extramatrimonial; realizar capitulaciones matrimoniales; adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles; así como dar su consentimiento para la adopción de un hijo suyo.

Esto nos indica entonces que los menores de edad tienen ciertas facultades reconocidas por la Ley y que deberían tener la capacidad de decidir sobre su cuerpo y su salud, al verse involucrados diferentes derechos fundamentales. Frente a la postura de que el menor, en principio, es incapaz de obrar, siendo excepcional que la ley le conceda capacidad para algunos actos, otra postura sostiene que el menor tiene capacidad de obrar limitada o que tiene potencialmente plena capacidad de obrar, pero se le restringe principalmente por su carencia de aptitud para entender y querer (falta de conocimiento natural), y su condición de protegido por la Ley que hace que se someta a patria potestad o tutela (falta de independencia). Esta última postura es la más coherente con el sistema jurídico colombiano, pues el Código Civil considera capaz al menor para tomar decisiones de gran trascendencia, lo que convierte a la capacidad de obrar de éste en regla general y no en excepción.

A pesar de lo anterior, como veremos posteriormente, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo que la capacidad civil no corresponde con la capacidad para tomar decisiones sanitarias. Actualmente se ha superado la idea de que el menor, por regla general, es una persona jurídicamente incapaz de obrar, y se valora y respeta en la medida de lo posible su autonomía y su aptitud para entender. Este cambio se ha visto favorecido por los principios en que se inspiran el Derecho de Personas y Familia desde la Constitución Política de 1991. Ha cambiado el papel del menor en la familia y en la sociedad, y se le reconoce el derecho a participar en su formación y en sus decisiones vitales.

También debe tenerse en cuenta la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia), el cual establece el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Esta Ley promueve la protección de los derechos de estas personas, en consonancia con los artículos 42, 44 y 46 de la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración sobre los Derechos del Niño. Este cambio también se ha visto inspirado por los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que en su artículo 5 señala que:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los

deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

En el mismo sentido, el artículo 12.1 de la citada Convención prescribe que:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.1 Jurisprudencia constitucional

Respecto al consentimiento informado de los menores de edad resulta fundamental la jurisprudencia constitucional. Según la Corte, el caso de los menores de edad constituye una excepción a las reglas generales de la prestación del consentimiento en forma personal. En las primeras etapas la Corte aceptó que terceros allegados autorizaran todo tipo de intervenciones médicas, aunque en ese momento aún no se denominaba esa autorización como consentimiento sustituto. Sin embargo, el Alto Tribunal también reconoció que la representación legal, la patria potestad y la responsabilidad parental no implican un poder absoluto y, por el contrario, tienen ciertas limitaciones¹⁷.

En otra etapa, la Corte Constitucional, a partir de los casos de menores intersexuales dejó de darle plena prevalencia al consentimiento dado por los representantes legales y estableció ciertos criterios para limitar la intervención de los padres y la posibilidad de escuchar al menor afectado. Al respecto, sostuvo la Corte, en la sentencia T-477/95 que:

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena concien-

¹⁷ Sentencia T-401/94

cia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido ciertos límites, así:

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos. Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

- de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación personal”. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversi-

bles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

- Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

También resultó importante la sentencia T-474/96, en la que la Corte analizó un caso en el que un menor de 16 años, testigo de Jehová, rechazó una transfusión sanguínea necesaria para su tratamiento, decisión que ponía en grave riesgo su vida. El padre del menor interpuso la acción de tutela para proteger la vida y la salud de su hijo y para que se ordenara a las directivas y médicos de la clínica en la que era atendido, que realizaran todos los procedimientos para recuperar la salud de su hijo, incluyendo transfusiones sanguíneas. El Juez de tutela ordenó al Instituto de los Seguros Sociales que continuara con el tratamiento conforme a la autorización de los padres, decisión que fue confirmada por la Corte Constitucional, la cual sostuvo que:

“Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas”.

Posteriormente el Alto Tribunal avanzó en los criterios para proteger el derecho de los menores de edad a ser escuchados en la toma de decisiones, con base en que existe:

“(…) una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas”¹⁸.

¹⁸ Sentencia SU-642/98.

La sentencia SU-377/99 unificó la jurisprudencia en relación con el consentimiento sustituto que daban los padres de un menor con hermafroditismo. La Corte Constitucional, al referirse a la autonomía y a la capacidad legal señaló que:

“La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para adelantar válidamente un negocio jurídico, conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo a las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía. En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud; o por el contrario, un paciente puede gozar de plena capacidad jurídica pero puede encontrarse afectado transitoriamente en el ejercicio de su juicio, de suerte que puede ser considerado incompetente para decidir un asunto médico particularmente delicado”.

Al analizar los problemas jurídicos del “consentimiento sustituto” la Corte afirmó que:

“(...) en general es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que los niños aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen la capacidad jurídica ni la autonomía suficientes para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva (...)”.

Sin embargo, también precisó que:

“De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Así, a nivel normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar

“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres”

Respecto al caso concreto, la Corte Constitucional consideró que si un menor tiene un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permite tener conciencia de su cuerpo y una identificación de género, el consentimiento sustituto pierde legitimidad constitucional. En este sentido el Alto Tribunal determinó que:

“(...) la Corte concluye que, como no existe un evidente riesgo de que se comprometa el derecho a la vida de la menor si no se practica la operación, no es posible que, en el presente caso, la madre autorice la intervención y los tratamientos hormonales para su hija, que ya tiene más de ocho años. Por consiguiente, esas intervenciones sólo podrán ser adelantadas con el consentimiento informado de NN y por ello la tutela no debe ser concedida, pues no se acogerá la solicitud concreta de la madre que pretendía la autorización de los procedimientos (...)”

En esta evolución resultó fundamental la sentencia C-900/2011 que revisó el numeral 6° del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 que señalaba que:

ARTÍCULO 46. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:

(...)

“6. Garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente; en atención al interés superior del niño, niña o adolescente o a

la prevalencia de sus derechos.”

Tal norma fue cuestionada porque se obviaba el consentimiento informado de los menores o de sus padres o tutores. La Corte consideró la exequibilidad de la norma por ser una excepción válida a las reglas generales por tratarse de una situación de urgencia.

Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que:

“(…) la capacidad civil de los niños no es aplicable en forma automática al consentimiento en los tratamientos médicos. Por el contrario, el concepto de autonomía, supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, lo que impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene derecho a decidir libre y con total independencia el futuro de su proyecto de vida; mientras que, por el contrario, el concepto de capacidad de ejercicio se centra exclusivamente en la habilitación legal para actuar en el mundo de los negocios.

En este sentido, debe tenerse en consideración la opinión del niño, en razón de su edad y madurez psicológica, pero además esta Corporación ha señalado que las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, de difícil realización, riesgosas o vinculadas estrechamente con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución”.

(…)

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, en principio, corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación de un estado patológico, a través del denominado consentimiento sustituto. No obstante, esta facultad no es absoluta, y por el contrario: (i) debe garantizarse que la opinión del niño sea consultada, de acuerdo a su edad y madurez y (ii) bajo ciertas circunstancias resulta indispensable el consentimiento informado del menor de 18 años, en aras de salvaguardar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la proyección de la identidad y autonomía personal y, en últimas, la vida digna, especialmente en aquellos procedimientos altamente invasivos y definitivos.

En este orden de ideas, se ha dicho que en esta clase de procedimientos, el

paciente, sin importar su edad, tiene derecho a decidir que es lo que más le conviene, sin que el Estado, ni la sociedad, puedan imponerle un específico procedimiento médico sobre otro, siempre que tenga el raciocinio necesario para entender su situación y decidir conforme a ese entendimiento.

Es decir, las reglas sobre capacidad consagradas en la legislación civil no son trasladables para determinar la plausibilidad del consentimiento en los casos de los niños, niñas y adolescente, en relación con las intervenciones médicas. Lo anterior por cuanto no sólo la Constitución, como el ordenamiento interno e internacional les reconoce el derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten, sino que además el concepto de autonomía, supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad.

En conclusión, tal y como lo ha desarrollado la doctrina constitucional, si bien algunas decisiones acerca de la salud de los niños, niñas y adolescentes pueden ser adoptadas por sus padres, como consecuencia de su falta de capacidad de ejercicio y del desarrollo de la patria potestad, ello no es trasladable cuando las mismas tienen un alto impacto en la definición de la personalidad del individuo.

Por la anterior, ha sostenido la Corte que:

En concordancia, la Corte ha establecido que para sopesar el valor de la opinión del niño y la niña acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor de edad; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto. Así, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que dependiendo de los factores, otorga un mayor o menor peso a la posición de la niña o del niño. De este modo, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto, en otros ha prevalecido la autonomía del menor de edad y en otros ha prevalecido la determinación de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental. En este sentido, la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad y comprende la obligación de orientación, cuidado y acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes en formación e im-

plica la responsabilidad de los padres de garantizar sus derechos. Esto comprende la facultad de tomar decisiones por sus hijos con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos.

También para los casos de los menores de edad, la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del **consentimiento informado cualificado y persistente** y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (in dubio pro familia), que en últimas privilegia el ejercicio de la responsabilidad parental. Sin embargo, siempre se mantiene la regla de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes acerca de las decisiones que les conciernen, particularmente en los casos en los que se compromete su autonomía futura o aspectos centrales de su determinación.

Recientemente, la Corte Constitucional en sentencia C-246/17, revisó la constitucionalidad del artículo 3 y 5 de la Ley 1799 de 2016, por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones. El mencionado artículo 3 prescribe que:

“Prohibición. Se prohíbe la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en pacientes menores de 18 años. El consentimiento de los padres no constituye excepción válida a la presente prohibición”.

En la sentencia, el Alto Tribunal declaró exequible condicionalmente esta norma. En la decisión hizo un análisis del consentimiento informado del menor y concluyó que:

“En suma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, las niñas y los adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto. Las limitaciones en ambos espectros se encuentran mediadas por las capacidades evolutivas de los menores de edad, así como por el tipo de intervención que se va a realizar con el objetivo de maximizar siempre el ejercicio de su autonomía presente y futura, con las excepciones advertidas. Así, para sopesar el valor de la opinión del niño y la niña acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento

sobre la autonomía actual y futura; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto. Así, el consentimiento sustituto no se construye únicamente como la decisión del padre o del representante legal, sino que depende de diferentes factores, que incluyen la madurez del menor de edad para otorgar un mayor o menor peso a su posición en la determinación. No obstante, los niños, niñas y adolescentes siempre deben ser escuchados y deben poder participar en estas decisiones.

Así pues, la decisión acerca de acceder o no a una intervención en el ámbito de la salud debe en principio tomar en cuenta la capacidad del menor de edad, siempre debe escucharse, pero la decisión final sobre el acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la capacidad para tomar o participar de la decisión frente a lo cual, en caso de no ser así, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental”.

2.2 Límites a la actuación del representante legal

Cuando el paciente no pueda tomar la decisión médica directamente y esta debe ser adoptada por el su representante legal, éste tiene ciertos límites en su actuación. Afirma DOPICO, que la actuación en beneficio del paciente puede ser evaluada por el representante desde tres perspectivas: una, según las valoraciones subjetivas del tercero que decide; otra, conforme a la valoración objetiva de las opciones medicamente indicadas para la vida o salud del paciente (en la jurisprudencia anglosajona “*best interest*”) y, otra, según lo que el paciente habría decidido en caso de poder tomar su decisión (en la jurisprudencia anglosajona “*substituted judgement*”). En la mayoría de los casos estos tres criterios coincidirían, pero respecto a las decisiones médicas las concepciones éticas, sociales y religiosas de los sujetos son divergentes y no se llegarán a las mismas soluciones, ni los criterios son igualmente legítimos¹⁹.

Respecto a las valoraciones subjetivas del representante, está claro que las concepciones morales y religiosas tienen gran influencia, pero el representante no está legitimado para imponer sus valoraciones cuando divergen de

¹⁹ Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Problemas del consentimiento informado «por representación». En: Corcoy, M. (Coord.), Consentimiento por representación (pp. 54-56). Barcelona: Fundació Víctor Grifols i Lucas.

lo indicado médicamente o de lo que el paciente hubiere decidido. Respecto al criterio de “*substituted judgement*”, es decir, la decisión que el paciente hubiera tomado, la doctrina ha señalado que es el que más respetuoso con la autonomía del paciente. Debido a que supone investigar la decisión, real o hipotética, del paciente, sólo se aplicaría a los supuestos en los que un sujeto competente ha devenido en incapaz de expresarse en los supuestos de inconsciencia de un adulto o un menor con capacidad decisoria, y no se aplicaría a los menores que no tienen tal capacidad (se aplicaría el criterio del “*best interest*”)²⁰.

El criterio del “*best interest*”, esto es, atendiendo al bienestar, la salud y la vida del paciente en términos objetivos, sólo podría aplicarse si no existe una manifestación específica de la voluntad del paciente con capacidad para decidir o no se puede reconstruir esa voluntad. El “*best interest*” debe tener como criterio principal el *alivio del sufrimiento*, para que después se siga con el avance terapéutico a través de la *conservación o recuperación funcional, la calidad* y la duración de la vida. Debe resaltarse que la pura conservación de la vida vegetativa sin esperanza de recuperación es un criterio de rango inferior al de bienestar físico, ausencia de dolor y la calidad de vida. El criterio de interés superior del paciente puede dar lugar a varias soluciones admisibles, por lo que el representante podrá moverse por este marco atendiendo a las circunstancias específicas del paciente. La decisión del representante puede ser evaluada objetivamente, por lo que no podría decidir una opción médicamente no indicada²¹.

Ahora bien, la situación es mucho más compleja cuando se trata de la actuación del representante legal del paciente menor de edad. Al margen de las críticas que ya hiciéramos respecto a fijar una edad para apreciar la capacidad decisoria del menor, debemos apuntar que los representantes no pueden tomar una decisión que el menor no está autorizado a adoptar y el criterio del “*best interest*” impide que el representante tome una decisión médicamente no indicada. El representante sólo podría sustituir la decisión del menor en caso de inconsciencia, así como cuando el menor no tenga la capacidad natural para decidir. En este último caso no sería aplicable el criterio del “*substitute judgement*” porque si el criterio del menor no es vinculante cuando está consciente, tampoco lo será si está inconsciente; además, cuando el menor está consciente no tiene sentido preguntarse qué habría decidido si fuera competente para decidir. Por tales razones, cuando

²⁰ Ibid., pp. 56-58.

²¹ Ibid. p. 64.

se deba sustituir la voluntad de un menor que no tiene capacidad natural, el criterio de decisión debe ser el de “*best interest*” (interés superior) y la decisión del representante que sea contraria a lo médicamente indicado sería inválida²².

3. La capacidad del menor desde el punto de vista científico

Desde el punto de vista científico, se han utilizado diferentes instrumentos para evaluar la capacidad del menor. Los primeros métodos fueron publicados a finales de los años 70 y destaca los trabajos de Appelbaum, Roth y Grisso, que son la base de los test utilizados hasta el día de hoy, principalmente el *MacArthur Competence Assessment Tool*²³. Los primeros estudios realizados con este método concluían que a los catorce años los menores mostraban una capacidad de decidir similar a los adultos²⁴. Sin embargo, una parte de los científicos ha mostrado desacuerdo con esta conclusión, pues tales herramientas no ayudan a determinar cuándo una persona ha adquirido la madurez que le permita actuar con autonomía, ya que postulan que no es posible conocer si un individuo puede actuar como agente moral y de forma *plenamente racional*²⁵.

Desde esta perspectiva, se propone una reevaluación crítica de la teoría del menor maduro, pues según datos empíricos, los adolescentes menores de dieciséis años, incluso menores de veintiún años, no tienen la capa-

²² Ibid. pp. 76-78.

²³ En esta evolución también es importante mencionar la idea de “escala móvil de capacidad”, defendida por Drane, J. F. (1985). *The Many Faces of Competency*. The Hastings Center Report. 15 (2), pp. 17-21 y por Buchanan, A. E. y Brock, D. W. (1990). *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*. Cambridge: Cambridge University Press. Según esta postura, la capacidad está relacionada directamente con la decisión clínica que debe tomarse. Así, las decisiones que impliquen un balance riesgo beneficio más complejo requieren un grado de decisión más elevado. Las decisiones clínicas más sencillas necesitan un nivel de capacidad más bajo. Establecer la capacidad precisa fijar un punto en una línea que va de la incapacidad total a la capacidad total. Según la teoría de las escalas móviles ese punto no es fijo, sino móvil dependiendo de la complejidad de las decisiones, por eso se establecen tres niveles diferentes o grados de complejidad de las decisiones. Esta teoría ha sido criticada, pues se introduce un condicionante paternalista en el análisis, pues la valoración de la dificultad de la decisión depende de otras personas distintas al sujeto, que generalmente son los médicos. Vid. Simón Lorda, P. (2008). La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría XXVIII* (102), pp. 340-341.

²⁴ Ojeda Rivero, R. El rechazo al tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo (2015). *Indret* 3. p. 9.

²⁵ Vid. Ojeda Rivero, R., ob. cit., p. 9.

cidad para prever los beneficios y los riesgos a largo plazo que implican sus decisiones. Esto es así, porque los métodos utilizados para evaluar la capacidad no miden los efectos de la impulsividad en la toma de decisiones. Se sostiene que hay una clara diferencia en cómo los adolescentes y los adultos evalúan y discriminan un escenario de amenaza o de seguridad. Esto se explica por las diferencias en la maduración de las regiones subcorticales y prefrontales de los cerebros de adolescentes y adultos.

Por tal razón, se afirma que el conocimiento y el suministro de la información, así como el proceso del consentimiento no son relevantes hasta que las estructuras cerebrales no estén en su lugar. Entonces se propone partir de una presunción refutable de que el menor de dieciocho años no tiene la madurez de tomar decisiones médicas, por lo que se debe buscar el consentimiento de los padres²⁶.

Sin embargo, no todos los estudios llegan a la misma conclusión. Otra postura afirma que aunque a los psicólogos se les consulta constantemente para proporcionar orientaciones sobre el tratamiento adecuado de los jóvenes ante la Ley y acerca de los límites de edad legales para considerarlos o no adultos, lo cierto es que los especialistas han señalado que no es prudente hacer declaraciones generales sobre la madurez de adolescentes y adultos, ya que la respuesta a si los adolescentes son tan maduros como los adultos depende de los aspectos de la madurez que se examinen. Se distinguen entonces dos contextos de toma de decisiones, uno que permite la reflexión lógica sin prisas y otro que no. Cuando se trata de decisiones que permitan mayor deliberación, en las que se reducen al mínimo las influencias emocionales y sociales, y donde el menor pueda consultar su decisión a personas que le pueden proporcionar información objetiva y alternativas, los adolescentes pueden tomar decisiones maduras igual que los adultos, por lo menos si tienen dieciséis años. Dentro de estas categorías de decisiones están las decisiones médicas, donde los profesionales de la salud pueden proporcionar información y animar a los adolescentes a reflexionar antes de actuar²⁷. Esta disparidad de criterios entre los científicos hace aconsejable no imponer una edad específica para to-

²⁶ Partridge, B. (2013). The Mature Minor: Some Critical Psychological Reflections on the Empirical Bases. *Journal of Medicine and Philosophy*, 38, pp. 283–299

²⁷ Steinberg, L., et. al. (2009). Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors' Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA Flip-Flop. *American Psychologist*, 7 (64), pp. 583-594.

mar decisiones sanitarias, sino que se debe tener en cuenta la situación particular de cada sujeto, apoyándose en herramientas que permitan evaluar la madurez y la capacidad para decidir²⁸.

DOPICO ha señalado que existen diferentes enfoques para determinar si alguien es jurídicamente competente para tomar decisiones médicas. El primero sería el enfoque consecuencial, donde se demuestra que la persona es competente si toma decisiones “razonables”. Este enfoque implicaría rechazar la autonomía del paciente y sería inaceptable en una sociedad pluralista como la nuestra, donde existen diferentes concepciones acerca de la vida y la salud. Otro enfoque sería el formal, donde el sujeto sería competente si tiene un *status libertatis* pleno, diferente al restringido que lo tendría los incapaces y los menores de edad. Este enfoque es insostenible actualmente por el avance de los derechos del niño y de las personas con discapacidad. En el enfoque funcional (enfoque de la capacidad natural) se mide la concreta capacidad intelectual y emocional de tomar una decisión concreta y es el que impera actualmente en el ámbito médico, pues salvo algunas excepciones, el sujeto tiene competencia para decidir si es capaz de comprender las consecuencias, riesgos y alternativas del tratamiento.

La mayoría de la doctrina ha apuntado que la competencia para tomar decisiones médicas no debe confundirse con la mayoría de edad “general” ni con la capacidad formal del Código Civil. Los requisitos exigidos para adquirir la plena capacidad política o negocial no deberían determinar la capacidad para decidir asuntos sanitarios. Entonces no tendría que existir una fecha específica que implique que se puedan o no tomar tales decisiones, sino que el menor, que tiene plena titularidad de sus derechos fundamentales, va adquiriendo gradualmente una capacidad de ejercicio autónoma²⁹.

Según Piaget, los niños se identifican con el principio de equidad aproxi-

²⁸ Simón Lorda, P., ob. cit. También es interesante el estudio de Ogando Díaz, B. y García Pérez, C. (2007). Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. *Pediatría Integral* XI (10), pp. 877-883. Por ejemplo, en España, existe un protocolo de la Consejería de salud de la Junta de Andalucía respecto a la toma de decisiones al final de la vida en la infancia y la adolescencia, vid. Escudero Carretero, M. J. y Simón Lorda, P. (2011). *El final de la vida en la infancia y la adolescencia: aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria*, Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Salud. Uno de los cuestionarios más utilizado en España para evaluar la madurez psicológica de los adolescentes es el PSYMAS, vid., Morales Vives, F., et. al. (2012). *PSYMAS. Cuestionario de Madurez Psicológica*, Madrid: TEA.

²⁹ Dopico Gómez-Aller, J., ob. cit., pp. 40-44.

madamente a los 10 años y logran una total identificación con derechos individuales y principios éticos a los 14 años. A partir de ahí el concepto de moralidad cambia, aunque depende de diferentes variables que siga formándose después. En la gran mayoría de los países se considera que la edad no puede considerarse como el criterio óptimo para medir la capacidad mental y se busca que los pediatras consideren la capacidad de decisión en los menores a partir de la madurez que se alcanza cognitivamente alrededor de los 14 años³⁰.

4. Proceso disciplinario ético-profesional en curso en el Tribunal de Ética Médica de Antioquia

Actualmente cursa en el Tribunal de Ética Médica de Antioquia un proceso disciplinario ético profesional en el que se tuvo que analizar el consentimiento informado de una menor de edad. En este caso una paciente fue atendida por una médica en consulta de valoración para un procedimiento estético. La facultativa le realizó a la menor una hidrolipoclasia, administrando por vía subdérmica xilocaína y aminofilina en región de abdomen y flancos. La menor tenía 17 años y se identificó como si tuviera cédula de ciudadanía, pero esto no era cierto. El procedimiento de hidrolipoclasia y ultrasonido, fue realizado por la facultativa y por una cosmetóloga.

Cuando la paciente se encontraba en el consultorio de la cosmetóloga, la médica recibió la llamada de la madre de la paciente, quien le indicó que era menor de edad y que el procedimiento que se le estaba realizando no contaba con un consentimiento válido, pues debe ser dado por su representante legal, en este caso, por la madre y ello no fue así.

En el proceso no se logró acreditar con certeza que, desde la primera atención realizada a la paciente, la médica supiera que la paciente era menor de edad, ni tampoco existieron elementos suficientes que permitieran desvirtuar la autenticidad del documento por lo que se aplicó el principio de *in dubio pro disciplinado*.

Así mismo se consideró que una intervención estética como la hidrolipoclasia no cumple con las condiciones determinadas por la jurisprudencia

³⁰ Gómez, A. I. (2006). Dimensiones del consentimiento informado en pediatría. Programa de Educación Continua en Pediatría, 5(4), 35-46 y Pinto Bustamante, B. J., & Gulfo Díaz, R. (2013). Asentimiento y consentimiento informado en pediatría: aspectos bioéticos y jurídicos en el contexto colombiano. Revista colombiana de bioética, 8(1).

para omitir el consentimiento del representante legal o para que sea prevalente el consentimiento del menor al momento de realizar una intervención médica. Este procedimiento, en primer lugar, no se practica con el propósito de proteger la vida o integridad física de la paciente y, en segundo lugar, su no realización o su práctica, no tiene una repercusión directa sobre el libre desarrollo de la personalidad, la proyección de identidad, autonomía y/o autodeterminación de la adolescente; es decir, privar a la paciente de su realización (abstenerse de practicar la hidrolipoclasia), en nada podía afectar su dignidad humana, ni vulnerar el núcleo esencial de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En el caso en concreto, es preciso resaltar que no nos encontramos en el escenario de una adolescente con obesidad mórbida, para quien la reducción de peso se constituye en un asunto particularmente importante para restaurar su salud física y mental y que, en caso de no realizarse pondría en riesgo bienes de la paciente, jurídicamente protegidos, como la vida, la salud y la integridad física o mental.

Se consideró que la línea jurisprudencial de la Corte ha sostenido la legitimidad del consentimiento sustituto en el caso de menores de edad, en virtud del principio de beneficencia y bajo la tesis del *consentimiento hacia el futuro*, es decir, toda intervención que autoricen los padres sobre sus hijos menores de edad, debe tener como fin el beneficio del paciente, no solo de manera inmediata sino a través del tiempo.

Sin embargo, también se señaló que, teniendo en cuenta que la médica investigada al momento de su realización, no tenía conocimiento de dicho vicio, no era posible endilgar responsabilidad a ésta. Esto en virtud que, en derecho penal, el error de tipo invencible se presenta como un eximente de responsabilidad, en tanto implica el desconocimiento de la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo.

También se determinó que, si bien la médica investigada informó los posibles riesgos y complicaciones del procedimiento de hidrolipoclasia, los cuales son mínimos, omitió información relevante al tratarse de una intervención electiva, como que la hidrolipoclasia es un procedimiento que no tiene suficiente evidencia sobre los resultados, por tal razón se formularon cargos.

5. Resolución 825 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social

Recientemente, el Ministerio de Salud y de Protección Social emitió la Re-

solución 825 de 2018, por medio de la cual se reglamentó el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes. Tal Resolución fue emitida con el fin de dar cumplimiento a la sentencia T-544 del 2017, que ordenó al Ministerio regular la materia.

En esta sentencia, la Corte ha señalado que:

“El desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la muerte digna ha reconocido lo siguiente:

(i) el carácter fundamental del derecho a la muerte digna y su íntima relación con la vida y con la dignidad humana;

(ii) la vida es presupuesto para el ejercicio de otros derechos, pero supera la simple subsistencia;

(iii) la legitimación para decidir hasta cuando la existencia es deseable y compatible con la dignidad humana se encuentra en cabeza, principalmente, del titular del derecho a la vida;

(iv) obligar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano, anula su dignidad y su autonomía; y

(v) aunque de la regulación del derecho a morir dignamente no depende el valor normativo y vinculante del derecho fundamental, pues por su naturaleza ya tiene ese estatus, sí constituye una barrera para su materialización”.

La Corte también ha considerado que “revisado el tratamiento jurisprudencial del derecho a la muerte digna la Sala destaca que, en atención a su carácter fundamental, esta Corporación no ha efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios del derecho. Por el contrario, las consideraciones expuestas se han centrado en destacar la especial relevancia que cobra la dignidad humana cuando un “enfermo en fase terminal” padece intensos dolores y sufrimientos, y cómo el sometimiento a estas circunstancias constituye un trato inhumano”.

La Resolución del Ministerio en cumplimiento de la sentencia constitu-

cional regula el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes. Cabe destacar varios aspectos de la regulación:

Se afirma que *“la toma de decisiones en el ámbito médico está definida por la concurrencia de las siguientes aptitudes: (i) capacidad de comunicar la decisión, (ii) capacidad de entendimiento, (iii) capacidad de razonar y (iv) capacidad de juicio”*.

Así mismo, se hace mención al concepto de muerte según edad evolutiva del niño, niña o adolescente, es decir, que el concepto de la muerte evoluciona con la edad, hasta consolidarse como irreversible e inexorable, explicando cómo se presenta en diferentes grupos según la edad, esto es, de 0 a 3 años, de 3 a 6 años, de 6 a 12 años, y a partir de los 12 años.

También se señala que no podrían presentar una solicitud para el procedimiento eutanásico las siguientes personas, según el artículo 3 de la mencionada Resolución:

- Recién nacidos y neonatos.
- Primera infancia.
- Grupo poblacional de los 6 a los 12 años, salvo que se cumplan las condiciones definidas en el párrafo del presente artículo.
- Niños, niñas y adolescentes que presenten estados alterados de conciencia.
- Niños, niñas y adolescentes con discapacidades intelectuales.
- Niños, niñas y adolescentes con trastornos psiquiátricos diagnosticados que alteren la competencia para entender, razonar y emitir un juicio reflexivo.

El párrafo del artículo 3 mencionado señala que:

Sin perjuicio de que se cumplan todos los requisitos establecidos en los artículos 8° y 9° de la presente resolución, los niños o niñas del grupo poblacional entre los 6 y 12 años podrán presentar solicitudes de

aplicación del procedimiento eutanásico si (i) alcanzan un desarrollo neurocognitivo y psicológico excepcional que les permita tomar una decisión libre, voluntaria, informada e inequívoca en el ámbito médico y (ii) su concepto de muerte alcanza el nivel esperado para un niño mayor de 12 años, según lo descrito en el numeral 2.3.4 de la presente resolución.

La resolución también regula los cuidados paliativos pediátricos, quienes son los sujetos de estos y estableciendo que es fin es especialmente “*mejorar la calidad de vida del niño, niña o adolescente y en apoyar a su familia durante el proceso de enfermedad y posterior a la muerte del niño, niña o adolescente*”.

También se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad a través de la eutanasia de adolescentes y excepcionalmente de niños y niñas entre 6 y 12 años y, en el artículo 11, se señala que:

“Para efectos de la presente resolución, entiéndase como consentimiento sustituto aquel expresado por quien ejerza la patria potestad de los niños, niñas o adolescentes que habiendo manifestado su voluntad, de acuerdo con los presupuestos establecidos por el artículo 8° (para mayores de 12 años) y artículos 8° y 9° de la presente resolución (para los casos excepcionales del rango de edad de los 6 a los 12 años), se encuentran en imposibilidad para reiterarlo.

No podrán sustituir el consentimiento del niño, niña o adolescente quienes tengan representaciones legales diferentes a la patria potestad”.

También se regula los Comités Científico-Interdisciplinario para el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia para los niños, niñas y adolescentes, su organización, integración (médico pediatra, médico psiquiatra y un abogado), funciones y toma de decisiones.

6. Conclusiones

- La capacidad civil del menor no corresponde con la capacidad que tiene este para recibir información y para emitir su consentimiento informado. Debe recordarse que el consentimiento informado involucra derechos fundamentales del menor que son tutelados por ordenamiento jurídico colombiano. Los menores tienen una autonomía progresiva, por lo que debe contarse con su participación para la

toma de decisiones sanitarias. El criterio de la edad no debe ser el único a tener en cuenta, sino que debe ponderarse el desarrollo cognitivo y físico y su capacidad de autonomía.

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores no es absoluto, pero tampoco el consentimiento sustituto. Las limitaciones de ambos conceptos están mediadas por las capacidades evolutivas del menor, para maximizar su autonomía. La urgencia e importancia del tratamiento, el impacto sobre la autonomía actual y futura del menor y la edad son criterios fundamentales para tener en cuenta respecto al consentimiento informado de los menores de edad.
- La disparidad de criterios entre los científicos respecto a la capacidad del menor hace aconsejable no imponer una edad específica para tomar decisiones sanitarias, sino que se debe tener en cuenta la situación particular de cada sujeto, apoyándose en herramientas que permitan evaluar la madurez y la capacidad para decidir.
- Los profesionales de la salud deben conocer los derechos del menor y los criterios jurisprudenciales que se han venido desarrollando para la protección de la autonomía de los pacientes menores de edad.
- En Colombia falta una regulación específica sobre el consentimiento informado que tenga en cuenta la situación de los menores de edad. La ausencia de normas jurídicas ha hecho que sea la jurisprudencia constitucional la que establezca los criterios que se han de tener en cuenta para respetar la autonomía de los menores. La regulación debería tener en cuenta los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional.

7. Bibliografía

Abellán Salort, J. C. (2007). Autonomía y consentimiento informado en los documentos bioéticos del Consejo de Europa y otros organismos internacionales. En: Abellán Salort, J. C. (Coord.), *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos* (pp. 139-195). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.

Alonso Pérez, M. T. (2000). *La Relación Médico-Enfermo, presupuesto de Responsabilidad Civil* (en torno a la “lex artis”). En AA.VV., *Perfiles de la responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio* (pp. 13-56) Madrid: Dykinson.

Benítez Ortúzar I. (2006). Capacidad de Decisión y Consentimiento Informado. En: Groll Espiell, H. Y Gómez Sánchez, Y. (Coord), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Granada: Comares.

Buchanan, A. E. y Brock, D. W. (1990). Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making. Cambridge: Cambridge University Press.

Castaño de Restrepo, M. P. (2003). Responsabilidad Civil y Patrimonial de Estado Derivada de la Administración y Prestación de Servicios de la Salud. Obra Colectiva) Colección Derecho Médico-Sanitario, 1.

De Brigard Pérez, A. M. (2004). Consentimiento informado del paciente. Rev. colomb. gastroenterol, 19(4), 277-280.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Problemas del consentimiento informado «por representación». En: Corcoy, M. (Coord.), Consentimiento por representación (pp. 54-56). Barcelona: Fundació Víctor Grifols i Lucas.

Drane, J. F. (1985). The Many Faces of Competency. The Hastings Center Report. 15 (2), 17-21.

Escudero Carretero, M. J. y Simón Lorda, P. (2011). El final de la vida en la infancia y la adolescencia: aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria, Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Salud.

Gómez, A. I. (2006). Dimensiones del consentimiento informado en pediatría. Programa de Educación Continua en Pediatría, 5(4), 35-46.

Mendoza, J., Herrera, L. (2017). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. Rev. CES Derecho., 8(1), 156-171.

Monsalve Caballero, V. & Navarro Reyes, D. (2014). El Consentimiento informado en la praxis médica. Bogotá: Temis.

Morales Vives, F., et. al. (2012). PSYMAS. Cuestionario de Madurez Psicológica, Madrid: TEA.

Ogando Díaz, B. y García Pérez, C. (2007). Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. Pediatría Integral XI (10), 877-

883.

Ojeda Rivero, R. El rechazo al tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo (2015). *Indret* 3.

Partridge, B. (2013). The Mature Minor: Some Critical Psychological Reflections on the Empirical Bases. *Journal of Medicine and Philosophy*, 38, 283–299.

Pinto Bustamante, B. J., & Gulfo Díaz, R. (2013). Asentimiento y consentimiento informado en pediatría: aspectos bioéticos y jurídicos en el contexto colombiano. *Revista colombiana de bioética*, 8(1).

Sanz Rubiales, A., Del Valle Rivero, M. L., Fernández González, M. & Ferreira Alonso, R. (2016) Teoría y práctica del consentimiento informado. *Cuadernos de Bioética XXVII*. 2016/1^a.

Simón Lorda, P. (2008). La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría XXVIII* (102).

Steinberg, L., et. al. (2009). Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors' Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA "Flip-Flop. *American Psychologist*, 7 (64), 583-594.

LA LEY No. 219 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2017 NORMAS SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DISPOSICIONES ANTICIPADAS DE TRATAMIENTO

César Bruno y Caro

Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta

I. INTRODUCCIÓN

La Ley n. 219, aprobada por el Parlamento de la República Italiana en diciembre de 2017 y en vigor desde el 31 de enero de 2018, introduce cambios significativos en el ejercicio de la profesión médica en Italia. Teniendo en cuenta la influencia que históricamente ha ejercido el Derecho italiano sobre la legislación de los países latinoamericanos y, en especial, en Colombia, consideramos de interés el conocimiento de estos cambios legislativos.

Son cuatro los temas más prominentes: el consentimiento informado, las disposiciones anticipadas de tratamiento, el ensañamiento terapéutico y la planeación compartida del tratamiento.

II. ANTECEDENTES

Esta ley probablemente no existiría, si no hubiera sido por el caso de Eluana Englaro, que conmocionó a la sociedad italiana en los años noventa. Esta joven, en 1992, a los 22 años de edad, por un accidente de tránsito, después de un coma prolongado se mantuvo en estado vegetativo hasta el 9 de febrero de 2009. Su agonía duró, por lo tanto, diecisiete años. Cuando el pronóstico definitivo estuvo claro, su padre Giuseppe Englaro inició una batalla legal para lograr una muerte digna y rápida para su hija con la suspensión de la alimentación y la hidratación artificiales. En octubre de 2007, una Sala de la Corte di Appello (Tribunal Seccional) de Milán condicionó la aceptación de la solicitud a dos condiciones: primero, a la irreversibilidad del estado vegetativo y, segundo “a que se pruebe por an-

teriores declaraciones o por la personalidad y el estilo de vida de la paciente su acuerdo con la concepción de muerte digna invocada”. El 9 de julio de 2008, otra Sala, la Civil, del Tribunal autorizó al papá, como tutor, a interrumpir la administración de alimentación y de hidratación forzadas que mantenían en vida a Eluana.

La batalla no solo fue judicial sino también política. Con el fin manifiesto de evitar el cumplimiento de la sentencia, el 6 de febrero de 2009, el Consejo de Ministros presidido por Silvio Berlusconi expidió un decreto ley prohibiendo la suspensión de la hidratación y la alimentación de pacientes, pero el Presidente de la República Giorgio Napolitano le negó su aprobación. También la Cámara de Representantes había aprobado un proyecto de ley en el mismo sentido que no alcanzó a ser aprobado por el Senado. En medio de plantones y protestas de grupos católicos, finalmente se le suspendieron la alimentación y la hidratación artificiales a Eluana, quien falleció por paro respiratorio a los tres días de la suspensión. Según la autopsia “La situación del cerebro era coherente con el estado vegetativo permanente” y “los daños neuropatológicos eran irreversibles”. Desde entonces, comenzó una batalla civil y política que concluyó el 22 de diciembre de 2017 con la aprobación de esta ley.

III. LA NUEVA NORMATIVIDAD

El artículo 1, “Consentimiento informado”, no difiere en lo fundamental con las disposiciones de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica”. Se pueden anotar las siguientes diferencias:

En la segunda parte del numeral 3 de este artículo, se lee: “... (el paciente) puede rechazar del todo o parcialmente recibir las informaciones (del médico) o señalar a los familiares o a una persona de su confianza encargados de recibirlas y de expresar el consentimiento a nombre de él si el paciente lo desea. El rechazo o la renuncia a las informaciones y el eventual señalamiento de una persona encargada se registrarán en la historia clínica y en el expediente sanitario electrónico”.

En el numeral 4 del mismo artículo, se lee: “El consentimiento informado, logrado con los modos y los instrumentos más adecuados a las condiciones del paciente, se documenta de forma escrita o por medio de videograbaciones o, para las personas con discapacidad, con la utilización de medios que permitan la comunicación con ellas. El consentimiento informado, expresado de cualquier forma, se inserta en la historia clínica o en el expediente

sanitario electrónico”.

En el numeral 5 del mismo artículo, se establece que “a los fines de la presente Ley, se consideran tratamientos sanitarios la nutrición artificial y la hidratación artificial, como suministro, por prescripción médica, de nutrientes mediante medios médicos”.

En este primer artículo, hay que resaltar la obligatoriedad de la documentación escrita del consentimiento y el derecho del paciente de rechazar las informaciones del médico sobre su salud, nombrando a una persona (familiar o no) para que lo represente a tal fin.

Es importante conocer el texto completo del Artículo 2,

“Tratamiento del dolor, prohibición de ensañamiento terapéutico irrazonable y dignidad en la fase final de la vida”:

1. El médico, utilizando los medios apropiados al estado del paciente, debe actuar para aliviar sus sufrimientos, aun en el caso de rechazo o de revocación del consentimiento del tratamiento sanitario indicado por el médico. Para tal fin, se debe garantizar siempre un apropiado tratamiento del dolor, con la participación del médico general y el suministro de los tratamientos paliativos reglamentados por la Ley 15 de marzo de 2010, número 38.
2. En los casos de pacientes con pronóstico mortal a corto plazo o de inminencia de muerte, el médico tiene que abstenerse de todo ensañamiento irrazonable en el suministro del tratamiento y de recurrir a tratamientos inútiles o desproporcionados. En presencia de sufrimientos refractarios al tratamiento sanitario, el médico puede recurrir a la sedación paliativa profunda asociada al tratamiento del dolor, con el consentimiento del paciente.
3. La utilización de la sedación paliativa profunda continua o el rechazo a la misma son motivados y se anotan en la historia clínica o en el expediente sanitario electrónico.

Cabe anotar que, teniendo en cuenta que una sedación profunda con altísima probabilidad puede llevar a la necesidad de ventilación mecánica, la ley no señala los criterios médicos para considerar qué características deba tener un sufrimiento refractario al tratamiento sanitario para requerir una sedación paliativa profunda, ni señala normas concordantes que deban ser aplicadas a tal fin.

Es igualmente importante conocer el texto completo del Artículo 3, “Menores e incapaces”:

1. Las personas menores de edad o incapaces tienen derecho a la valorización de sus propias capacidades de comprensión y de decisión, en el respeto de los derechos establecidos en el artículo 1, numeral 1. Deben recibir informaciones sobre decisiones relativas a su propia salud de modo coherente con sus capacidades para ser puestas en condiciones de expresar su propia voluntad.
2. El consentimiento informado al tratamiento sanitario del menor se expresa o se rechaza por quienes ejercen la patria potestad o por el tutor teniendo en cuenta la voluntad de la persona menor, en relación con su edad y su grado de madurez, y teniendo como fin la protección de su salud psicofísica y la vida del menor en el pleno respeto de su dignidad.
3. El consentimiento informado de la persona interdicta de acuerdo con el artículo 414 del Código Civil se expresa o se rechaza por el tutor, habiendo escuchado al interdicto cuando sea posible, teniendo como fin la protección de su salud psicofísica y la vida del menor en el pleno respeto de su dignidad.
4. El consentimiento informado de la persona inhabilitada se expresa por la misma persona inhabilitada. En los casos en que se haya nombrado un administrador de apoyo cuyo nombramiento prevea la asistencia necesaria o la representación exclusiva en el ámbito de la salud, el consentimiento informado se expresa o se rechaza también por el administrador de apoyo o solamente por este último, teniendo en cuenta la voluntad del beneficiario, en relación con su grado de capacidad de comprensión y voluntad.
5. En los casos en los cuales el representante legal de la persona interdicta o inhabilitada o el administrador de apoyo, no existiendo disposiciones anticipadas de tratamiento (DAT) de las que trata el artículo 4, o el representante legal de la persona menor rechace el tratamiento propuesto y el médico considere en cambio que éste sea apropiado y necesario, la decisión le corresponderá al juez tutelar a solicitud del representante legal de la persona interesada o de los sujetos a quienes se refieren los artículos 406 y siguientes del Código Civil o del médico o del representante legal de la institución de salud.

En este artículo, hay que resaltar que la representación de los menores y de los incapaces por parte del tutor no es absoluta. Se deben tener en cuenta

sus capacidades para expresar su voluntad.

El Artículo 4, “Disposiciones anticipadas de tratamiento”, es de enorme trascendencia y constituye el meollo de esta ley. Por tal razón, los numerales más importantes de este artículo merecen ser transcritos completos:

1. Toda persona mayor de edad y capaz de comprensión y voluntad, en previsión de una eventual futura incapacidad de autodeterminarse y después de haber adquirido informaciones médicas adecuadas sobre las consecuencias de sus decisiones, puede, por medio de las DAT (disposiciones anticipadas de tratamiento), expresar su propia voluntad sobre tratamientos sanitarios, además del consentimiento o el rechazo con respecto a exámenes de diagnóstico o decisiones terapéuticas y a tratamientos sanitarios definidos. Nombrará, además a una persona de confianza, en adelante llamada “fiduciario”, que para que actúe a su nombre y lo represente en las relaciones con el médico y las instituciones de salud.

2. El fiduciario tiene que ser una persona mayor de edad y con capacidad de comprensión y voluntad. La aceptación del nombramiento por parte del fiduciario se da con suscripción de las DAT o con un acto sucesivo, que se anexa a las DAT. Al fiduciario se le entrega una copia de las DAT. El fiduciario puede renunciar al nombramiento en un acto por escrito, que se le comunica a quien suscribió las disposiciones.

3. El nombramiento del fiduciario puede ser revocado por quien suscribió las disposiciones en cualquier momento, con las mismas formalidades previstas para el nombramiento y sin obligación de motivación.

4. En el caso en que las DAT no contengan el nombramiento del fiduciario o él haya renunciado o haya fallecido o se haya vuelto incapaz, las DAT conservan su eficacia en relación con la voluntad de quien haya suscrito las disposiciones. En caso de necesidad, el juez tutelar provee al nombramiento de un administrador de apoyo, de acuerdo con el capítulo I del título XII del Código Civil.

5. Quedando en firme lo previsto en el numeral 6 del artículo 1, el médico está obligado a respetar las DAT, las cuales pueden ser incumplidas, total o parcialmente, por el mismo médico, de acuerdo con el fiduciario, cuando se vean abiertamente inconvenientes o no correspondan a las condiciones clínicas actuales del paciente o existan tratamientos terapéuticos no previsibles en el momento de la suscripción capaces de ofrecer posibilidades concretas de mejoría de las condiciones de vida. En caso de conflicto entre el fiduciario y el médico, se procede de acuerdo al numeral 5 del artículo 3.

6. Las DAT se redactan por acto público o per escritura privada autenticada o per escritura privada entregada personalmente por quien las suscriba a la Oficina de Registro Civil del Municipio de residencia del suscriptor mismo del documento, que provee a anotarlos en un archivo especial, donde se haya establecido, o en las instituciones de salud, si existen las premisas de las que trata el numeral 7. Están exentas de la obligación de registro, de impuesto de sello o del pago de cualquier otro impuesto, tributo o derecho. Cuando las condiciones físicas del paciente no lo permitan, las DAT pueden ser expresadas por medio de videograbación o medios que permitan a la persona con discapacidad comunicarse. Por los mismos medios se renuevan, se modifican o se revocan en cualquier momento. En casos en los cuales razones de emergencia o urgencia impidieran proceder a la revocación de las DAT en los modos previstos desde épocas anteriores, éstas se pueden revocar con declaración verbal recogida o videoregistrada por un médico, con el concurso de dos testigos.

7...

8. Dentro de los sesenta días a partir de la entrada en vigor de la presente ley, el Ministerio de Salud, las Regiones y las instituciones de salud proveerán a informar de la posibilidad de redactar las DAT con base en la presente ley, también a través de sus páginas web en Internet.

Ya los Municipios de Italia, han comenzado a publicar los formatos a través de sus páginas web en Internet. El texto de este artículo, por su claridad, realmente, no necesita comentarios.

El texto del artículo 5, “Planeación compartida del tratamiento”, complementa los artículos anteriores. Es importante transcribirlo a continuación:

1. En la relación entre el paciente y el médico de la que trata el artículo 1, numeral 2, relativa a la evolución de las consecuencias de una patología crónica e incapacitante o caracterizada por imparable evolución con pronóstico mortal, se puede realizar una planeación del tratamiento compartida entre el paciente y el médico, la cual el médico y el equipo médico tienen que respetar si el paciente llega a encontrarse en una condición de no poder expresar su propio consentimiento o en una condición de incapacidad.

2. El paciente y, con su consentimiento, sus familiares o la parte de la unión civil o quien conviva con él o una persona de su confianza, deben

ser apropiadamente informados, de acuerdo con el artículo 1, numeral 3, de manera especial sobre la posible evolución de la enfermedad actual, sobre lo que realísticamente se puede esperar en términos de calidad de vida, sobre posibilidades clínicas de intervención y sobre tratamientos paliativos.

3. El paciente expresa su propio consentimiento respecto a las propuestas del médico de acuerdo con el numeral 2 y sus propias decisiones para el futuro, incluyendo el nombramiento de un fiduciario.

4. El consentimiento del paciente y el eventual nombramiento de un fiduciario, de acuerdo con el numeral 3, se expresan por escrito o, en el caso en el cual las condiciones físicas del paciente no lo permitan, por medio de videograbación o medios que le permitan a la persona discapacitada comunicarse, y se guardan en la historia clínica o en el expediente sanitario electrónico. La planeación del tratamiento puede ser actualizada según la evolución paulatina de la enfermedad, por solicitud del paciente o por sugerencia del médico.

5. En lo relativo a los aspectos no contemplados expresamente en este artículo, se aplican las disposiciones del artículo 4.

Este artículo introduce novedades a la relación médico-paciente, colocando a los dos actores sobre un pie de igualdad.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Esta ley no establece cuáles son las autoridades judiciales y administrativas encargadas de investigar las presuntas violaciones a esta ley por parte de los médicos italianos. Sin embargo, es de suponer que los Tribunales de Deontología Médica del Ordine dei Medici (Federación Médica) serán los encargados de adelantar las investigaciones ético-disciplinarias.

Esta ley parecería destinada a producir cambios notables en el ejercicio médico en Italia. Sin embargo, habiendo entrado en vigor hace escasos cinco meses, por el momento genera apenas expectativas. Solo el transcurrir del tiempo y, sobretodo, cuando se pueda contar ya con un acervo importante de jurisprudencia producto de quejas, demandas e investigaciones, se podrán sacar conclusiones al respecto.

Cuando, en Colombia, sigue sobre el tapete la reforma a la Ley 23 de 1981, es de interés para los H. Magistrados y abogados asesores de todos nuestros tribunales (Nacional y Seccionales) tener una información, así

sea somera, sobre el tema.

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y FISCAL DE LOS ABOGADOS SECRETARIOS DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Diana Julieta Olivo Ospina
Tribunal Seccional Ética Médica Valle del Cauca

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

En primera medida se debe resaltar que la Constitución Política de Colombia en su artículo 26 consagró la posibilidad de escoger profesión u oficio como un derecho fundamental, cuyo ejercicio debe estar sujeto a la inspección y vigilancia del Estado, este derecho ya había sido reconocido por la Constitución Nacional de 1886.

La obligación de inspección y vigilancia de las profesiones ha sido regulada por el legislador, que para hacerla más eficiente y especializada ha constituido organismos bajo la denominación indistinta de consejos profesionales o tribunales de ética.

La expresión Abogado, proviene del latín “advocatus” palabra compuesta que significa él es el llamado para ayudar o llevar la voz o vocería de otro.

El Derecho Disciplinario se considera como autónomo conforme la Ley 200 de 1995, considerando a su vez toda duda favorable para con el disciplinado, y con reconocimiento de los principios de legalidad, debido proceso, dignidad humana, presunción de buena fe y de inocencia acorde a los principios constitucionales. Aun así, con la expedición de la Ley 1123 de 2007, se agregan los mismos principios que maneja la jurisdicción penal, aquellos que son intrínsecos en todo proceso que comprometa las libertades de los individuos, en el caso de la responsabilidad disciplinaria restricción al ejercicio de la profesión.

Existe una verdadera jurisdicción disciplinaria respecto de los Abogados.

Esta jurisdicción se ejerce en primera instancia por salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, y en segunda instancia por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que conoce los recursos de apelación y de hecho, así como la consulta.

LEY 1123 de Enero 22 de 2007 Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado

ARTÍCULO 19. DESTINATARIOS. Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional.

Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, así como los curadores ad litem. Igualmente, lo serán los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título. (Lo destacado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-899 de 30 de noviembre de 2011.)

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

En cumplimiento del mandato constitucional el legislador expidió la LEY 23 DE 1981 que rige el ejercicio ético de la medicina, mediante la cual el cuerpo médico adquirió su juez natural a través de la creación del Tribunal Nacional y los Tribunales Seccionales de Ética Médica.

TITULO III ORGANOS DE CONTROL Y REGIMEN DISCIPLINARIO CAPÍTULO I

“ARTÍCULO 63. – Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios éticoprofesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

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

PARÁGRAFO: El Ministerio de Salud, cuando lo considere conveniente, podrá solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y las facultades de medicina el envío de nuevas listas.”
Conc. D. 3380/81. Art. 31 y 32.

“ARTÍCULO 67. – En cada Departamento, Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional ÉticoProfesional.”

“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 la calidad que más adelante se señale.

NOTA: El procedimiento a seguir por el Tribunal Nacional para la elección de Tribunales Seccionales, lo establece el artículo 72 y no el 73.”

“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 sólo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos.”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha desarrollado una doctrina sobre la naturaleza y régimen de las organizaciones encargadas de la función disciplinaria enmarcada dentro de la obligación constitucional de inspección, vigilancia y control de algunas profesiones. Dice la Sala que desde la diversidad de formas y figuras utilizadas por el legislador se han encontrado en la mayoría de los casos rasgos comunes a estos organismos como carencia de personería jurídica, falta de definición legal de su naturaleza jurídica, su dependencia presupuestal del Estado, relación directa con un Ministerio, el ejercicio de una función pública, la ley los ha determinado en términos generales consejos profesionales

o tribunales de ética lo que constituyen un tipo especial o sui generis de organismos integrados a la Administración Pública a partir de una especial relación interadministrativa de la cual se derivan diversas consecuencias jurídicas y prácticas en su organización y funcionamiento, pero que no forman parte de la estructura de la rama ejecutiva, pues su integración a la Administración no es asimilable a la de las entidades descentralizadas.

En Consulta No. 2016 de 21 de octubre de 2010 la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado concluyó que como quiera que a los Tribunales de Ética Médica y Odontológica Nacionales y Seccionales la ley no les otorgó personería jurídica ni representación legal propia, aunado a que carecen de patrimonio propio y autónomo para responder por las condenas en su contra, su representación corresponde a la Nación - Ministerio de la Protección Social, debiendo concurrir a través de su oficina jurídica y de apoyo legislativo en los casos en que se discuta la actividad de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica y “disponer de una partida presupuestal para asumir el pago de las condenas que a éstos se les imponga, en razón de que es a través de estos Tribunales como el Estado y en particular el Ministerio de la Protección Social ejercen la función disciplinaria sobre los profesionales que ejercen la medicina y la odontología.”

¿LOS ABOGADOS SECRETARIOS CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS?

La LEY 23 DE 1981 en su Capítulo II titulado DEL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO PROFESIONAL señala:

“ARTÍCULO 77. En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, podrán asesorarse de abogados titulados.”

Conc. D. 3380/81. Art. 39. – “Para asesorar al funcionario instructor el Tribunal procederá a seleccionar abogados asesores, quienes serán escogidos por sorteo de listas que elaborará anualmente”.

Treinta y siete años después de expedida la Ley 23, todos los Tribunales de Ética Médica del país cuentan con por lo menos un abogado que cumple las labores de asesorar al Magistrado Instructor durante el trámite de los procesos ético disciplinarios.

Esta asesoría difiere en mucho de la comisión que se efectúa por parte del Procurador General y los Procuradores Regionales a servidores de la entidad dentro de los procesos disciplinarios adelantados por ese órgano de control adelantado.

La comisión es el medio por el cual la autoridad competente faculta a otro funcionario para realizar determinadas actuaciones procesales, debido a la imposibilidad de practicarlas directamente, lo que no implica el desplazamiento del funcionario del conocimiento ni el ejercicio de atribuciones distintas a las conferidas por quien otorga la comisión.

Comisión para la Instrucción: A ella se refiere el numeral 20 del artículo 7° del Decreto 262 de 2000, cuando señala como prerrogativa del Procurador General de la Nación la de "...Comisionar a los servidores de la entidad para instruir actuaciones disciplinarias de su competencia...". En este evento el funcionario comisionado tendrá facultades para desplegar todas las actuaciones y proferir todas las decisiones necesarias para que pueda resolverse el asunto, motivo por el cual tendrá capacidad para disponer la apertura de investigación disciplinaria, formular auto de cargos y decretar y practicar las pruebas previas al fallo definitivo, el cual sigue siendo del resorte exclusivo del funcionario competente que impartió la comisión.

Comisión ordinaria: La cual se deriva del mismo numeral 20 del artículo 7° *ibídem*, cuando faculta al Procurador General de la Nación para comisionar a servidores de la entidad para "...la práctica de pruebas...". En esta hipótesis el comitente únicamente autoriza al comisionado la práctica de pruebas, específicamente determinadas en el acto administrativo (auto) correspondiente, sin que éste tenga facultades amplias, como aquellas señaladas en la comisión para la instrucción.

Recordemos además que la Procuraduría está conformada por funcionarios públicos.

En los Tribunales de Ética Médica, concretamente en el del Valle del Cauca, al dar inicio a un proceso ético disciplinario, se dispone en el auto de apertura de investigación o de indagación preliminar suscrito por el magistrado instructor que se faculta al abogado asesor para diligenciar e intervenir en la práctica de pruebas durante el transcurso del mismo, facultades muy concretas y limitadas a actividades de impulso del proceso, como librar comunicaciones y acompañar al Magistrado Instructor en la práctica de pruebas testimoniales, mientras que la capacidad para disponer

la apertura de investigación disciplinaria, decretar y practicar las pruebas previas al fallo definitivo, es del resorte exclusivo del Magistrado Instructor, mientras que la formulación de Auto de Cargos, el fallo sancionatorio o absolutorio, son providencias de Sala Plena, por tratarse los Tribunales de Ética Médica de organismos colegiados.

La instrucción, según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, consiste en el trámite, curso o formalización de un proceso o expediente, reuniendo pruebas, citando y oyendo a los interesados, practicando cuantas diligencias sean precisas para que pueda resolver acerca del asunto. En otras palabras, la instrucción está constituida por todas aquellas actuaciones previas a la toma de una decisión de fondo.

Se evidencia pues, como primera medida las facultades limitadas que se tiene por parte del abogado secretario al actuar como abogado asesor dentro del trámite de los procesos éticos disciplinarios, pues esta asesoría va aunada a expresar su criterio jurídico en los asuntos que le sean puestos en consideración por el Magistrado Instructor o por la Sala Plena en la sesiones realizadas, en las cuales tiene voz pero no voto.

Igualmente, la selección y vinculación de los abogados a los Tribunales de Ética Médica difieren de la forma como son elegidos y vinculados los magistrados que integran los mismos, pues los primeros ofrecen servicios profesionales que son contratados bajo normatividad del derecho privado, mientras que la elección, posesión y periodo de los magistrados del Tribunal Nacional y los Tribunales Seccionales fueron establecidos por la misma Ley 23 de 1981.

Tratándose del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca las funciones del Abogado Secretario Tesorero y del Abogado Asesor se encuentran descritas en Reglamento Interno de Trabajo aprobado en dos sesiones de Sala Plena.

Es por tanto, criterio que impera en nuestro Tribunal Seccional que la actividad asesora ejercida por el Abogado Secretario dentro de los procesos ético disciplinarios, en calidad de abogado asesor se encuentra vigilada por el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura en aplicación de la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

Ahora bien, sabemos que este tema no es pacífico y como podría serlo, basta tan sólo recordar la naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética y

su condición de entidad sui generis con una vinculación especial a la Rama Ejecutiva, para que afloren muchas dudas y muchos criterios sobre cuál es la jurisdicción competente para investigar disciplinariamente tanto a los miembros de los Tribunales de Ética Médica como a los Abogados de la misma entidad.

La Sala de Consulta del Consejo de Estado en sentencia de 5 de mayo de 2015 resolvió un conflicto negativo de competencia suscitado entre la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa.

El conflicto se presenta porque según la Procuraduría General de la Nación los integrantes de los tribunales de ética médica deben ser investigados, en su condición de “tribunales”, de acuerdo con las competencias disciplinarias de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que se refiere a la competencia disciplinaria en relación con los funcionarios y empleados de la rama judicial. Por tanto, a su juicio, la competencia disciplinaria en esos casos sería del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el artículo 112.3 de dicha ley.

Por el contrario, 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 transitorias, deben ser investigados por la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 734 de 2002.

La Sala de Consulta del Consejo de Estado determinó que la competencia para investigar, en este caso, al Tribunal Nacional de Ética Médica recae sobre la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación por cuanto se encuentra establecido que estas Corporaciones cumplen funciones administrativas y no judiciales, sus miembros no tienen la calidad de jueces sino de particulares investidos de función administrativa de carácter disciplinario en relación con el ejercicio de la medicina, y los Tribunales de Ética Médica no forman parte de la estructura de la rama judicial.

Idénticos argumentos fueron esgrimidos al suscitarse un conflicto de competencias entre la Procuraduría Regional de Antioquia y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, decidido de la misma manera por la Sala de Consulta del Consejo de Estado el 4 de febrero de 2016.

En reciente pronunciamiento atinente a este Tribunal Seccional, la Procuraduría Regional del Valle del Cauca expuso lo siguiente: Si bien es cierto y así está decantado por las normas y la jurisprudencia que los Magistrados de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica al ejercer función jurisdiccional son disciplinados por la Procuraduría General de la Nación bajo la premisa de la facultad sancionadora que les asiste mediante actos coercitivos, no aplica en igual manera a los empleados de dichos tribunales, de quienes verificados los antecedentes laborales es fácil concluir que su vínculo contractual obedece al régimen laboral de los particulares.

RESPONSABILIDAD FISCAL

Recordemos que los Tribunales de Ética Médica son entidades de origen legal que no están incorporados a la Administración pública, toda vez que el legislador se refirió a una participación del Estado en su funcionamiento y en su integración.

Por ende, con la Ley 23 de 1981 organizó los Tribunales de Ética Médica como entidades de carácter especial, que cumplen una función pública que es desarrollada con la permanente participación y vigilancia del Estado.

El Ministerio de Salud mediante la Resolución No. 08774 de 27 de junio de 1989 dictó unas medidas para el funcionamiento de los Tribunales de Ética Médica.

En sus considerandos señala que el ordenador de los gastos necesarios para el funcionamiento de los Tribunales de Ética Médica es su respectivo Presidente. En la misma Resolución se resolvió incluir en el presupuesto del Ministerio las partidas necesarias para el funcionamiento de los Tribunales, se determinó la creación de un fondo y una caja menor en cada Tribunal cuyo manejo será responsabilidad del Abogado Secretario de cada tribunal que será además el tesorero, de lo cual se dejará constancia en cláusula adicional de su contrato de trabajo, se dispone la constitución de pólizas de manejo por parte de los secretarios tesoreros y la apertura de cuentas bancarias bajo la responsabilidad de éstos mismos, la preparación de acuerdos mensuales de gastos por parte del Presidente para su aprobación [en Sala Plena], aunque la resolución no usa esa expresión, quien ordenará el gasto con sujeción a los acuerdos mensuales de ordenación de gastos que se aprueben.

En relación con el aspecto presupuestal, el Tribunal Nacional de Etica Médica debe sujetarse a lo dispuesto por el Ministerio de Salud, que es la entidad encargada de efectuar los aportes correspondientes para cubrir los gastos que se presenten por el funcionamiento de dicho Tribunal. Respecto de los auxilios de las entidades territoriales a los Tribunales Seccionales, éstas deben, de igual manera, determinar la forma de efectuar los gastos, toda vez que, el Gobierno Nacional, Regional o Distrital debe incluir partidas en el presupuesto de cada vigencia para darle cumplimiento a lo ordenado en la ley.

Además, que la Contraloría General de la Republica y las Contralorías de las entidades territoriales, ejercerán el control fiscal de los mencionados Tribunales.

Sobre esto último debemos traer en cita lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en algunos apartes del Concepto con radicación No. 248 del 1 de diciembre de 1998, señaló:

“(…)

9. En este orden de ideas, debe entenderse que los Tribunales de Etica Médica son entidades de orden legal, pero que no están incorporadas a la administración pública, toda vez que el legislador se refirió a una participación del Estado en su funcionamiento y en su integración, de ninguna manera hizo mención a que estos organismos, fueran dependencias del Ministerio de Salud, ni tampoco que tuvieran el carácter de establecimientos públicos del orden nacional, departamental, intendencial, o comisarial. El origen legal de los citados Tribunales tuvo como finalidad que éstos no quedarán bajo el control y discrecionalidad de los particulares, circunstancia que haría posible, que se perdiera la esencia del control y del juzgamiento en relación con el cumplimiento de las normas de ética-médica. Por lo mismo, con la Ley 23 de 1981 no organizó los Tribunales de Ética Médica como establecimientos públicos ni dependencias del Ministerio de Salud, no cabe que son entidades de carácter especial con participación y vigilancia del Estado, a través del Ministerio de Salud, que cumplen una función pública. En el aspecto económico tiene auxilio del Estado, toda vez que, el Gobierno nacional debe incluir partidas en el presupuesto de cada vigencia para darle cumplimiento a lo ordenado en la mencionada ley. El Ministerio de Salud podrá solicitar a los Tribunales de Etica Médica una relación de sus necesidades económicas para tener una base de la

cuantía de las partidas que deben incluir en su proyecto de presupuesto. En la debida oportunidad se efectuarán los correspondientes giros a cada uno de los Tribunales de Ética Médica que los deberán invertir de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud.

(...)

Primera. La naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica, a pesar de que, su creación es legal, es de carácter especial y cumplen una función pública, con la permanente participación del Estado en cuanto hace relación al presupuesto, la designación de miembros y la revisión de algunas decisiones disciplinarias.

(...)

Séptima. En relación con el aspecto presupuestal, los Tribunales de Ética Médica deben sujetarse a lo dispuesto por el Ministerio de Salud, que es la entidad encargada de efectuar los aportes correspondientes para cubrir los gastos que se presenten por el funcionamiento de dichos Tribunales. Respecto de los auxilios de las entidades territoriales, estas deben, de igual manera, determinar la forma de efectuar los gastos. Además, la Contraloría General de la República y las Contralorías, de las entidades territoriales que hayan concedido auxilios, ejercerán el control fiscal de los mencionados Tribunales (art. 2º de la Ley 20 de 1975).

(...)”

El 21 de Diciembre de 2001 se expide la Ley 715 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, decreta:

TITULO III **SECTOR SALUD** **CAPITULO I**

Competencias de la Nación en el sector salud

“Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

(...)

42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica;”

CAPITULO II

Competencias de las entidades territoriales en el sector salud

“Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, 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. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

(...)

43.1.8. Financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica y vigilar la correcta utilización de los recursos.”

“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 Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el control fiscal tanto de servidores públicos como de particulares que ejercen gestión fiscal.

Al resolver demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000 el Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería en sentencia de 9 de agosto de 2001, señala que cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar,

como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. La esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata. (Negritas fuera de texto).

Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados. (Negritas fuera de texto).

EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Definición

Es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado.

Origen

El proceso de responsabilidad fiscal se podrá iniciar a través de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción

Coactiva, cuando la ciudadanía presente denuncias o quejas, cuando las entidades vigiladas así lo soliciten, y como consecuencia de las auditorías realizadas por las Contralorías.

Elementos

La responsabilidad fiscal está integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza la gestión. Un daño patrimonial al Estado. Un nexo causal entre los dos nexos anteriores.

Recordemos que la responsabilidad fiscal recae necesariamente sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo la custodia de bienes o recursos del estado, frente a los cuales tengan poder decisorio.

¿LOS ABOGADOS SECRETARIOS REALIZAN GESTION FISCAL?

Desde el interior del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca consideramos que sí. La labor que realizan los abogados secretarios como tesoreros de sus respectivos tribunales abarca desde participar en la elaboración del proyecto de presupuesto anual de gastos, manejar los ingresos recibidos del Ministerio, de las Secretarías Departamentales y/o Distritales mediante transferencia, pagar los gastos autorizados por la Sala y ordenados por el Presidente y firmar conjuntamente los cheques respectivos, manejar la caja menor conforme a las indicaciones que reciba de la Sala.

En el desarrollo de las labores enunciadas se está llevando a cabo gestión fiscal, entendida como el poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición.

Como vimos, desde la expedición de la Resolución No. 08774 de 27 de junio de 1989, se establecieron unas responsabilidades a cargos del Abogado Secretario como Tesorero y al Presidente de cada Tribunal. Al primero se le indica la creación de un fondo y una caja menor, la constitución de póliza de manejo de los recursos y la apertura de cuenta bancaria bajo su responsabilidad y al segundo se le da la calidad de ordenador del gasto previamente aprobado conforme a los acuerdos mensuales de ordenación de gastos elaborados por él.

Es decir, se encuentran establecidas responsabilidades en cuanto a la determinación de los gastos a realizar, en cabeza del Presidente, y el manejo y

custodia de los recursos públicos recibidos para el funcionamiento. Adicionalmente, los Tribunales de Etica Medica hemos elaborado nuestros manuales de funciones y/o reglamentos internos de trabajo, donde se delimitan las funciones, atribuciones y responsabilidades que en materia financiera tienen no solo el Presidente y el Abogado Secretario Tesorero, sino también la Sala Plena de la Corporación, siendo importante que en las Actas de Sesión de Sala Plena donde se discutan aspectos presupuestales y financieros quede muy bien documentado los asuntos puestos en consideración de la Sala, las ordenes que se impartieron, los montos de que se tratan dichos asuntos y la forma de ejecución de los mismos, al igual que tener los respectivos soportes contables de las compras e inversiones necesarias para el buen funcionamiento de los tribunales.

El grado de responsabilidad de cada uno, dependerá entonces, de las responsabilidades y atribuciones que les han sido confiadas, y tratándose de los Presidentes, también de la vigilancia y control que realice en ejercicio de su propia gestión sobre la gestión fiscal efectuada por el Tesorero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arrubla, R. (2008). Ocaso y decadencia del abogado. Colombia: Segunda edición.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. (21 de octubre de 2010) Consulta No. 2016. [C.P. William Zambrano Cetina]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (30 de noviembre de 2011) Sentencia C-899. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L., Tomo III E-1: Buenos Aires, (1979). p. 755

Procuraduría General de la Nación, Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios Dr. Arquímedes Sepúlveda (octubre de 2000) Concepto Unificado N° 002

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. (5 de mayo de 2015) Sentencia No. 11001-03-06-000-2015-00036-00. [C.P. William Zambrano Cetina]

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. (4 de febrero de 2016) Sentencia No. 11001-03-06-000-2015-00176-00. [C.P. Germán Alberto Bula Escobar]

Procuraduría Regional del Valle del Cauca, Auto de Archivo. (7 de febrero de 2018) Radicado IUS-2016-371288 / IUC-D-2017-90-929296 [Procurador Sergio Reyes Blanco]

Ministerio de Salud, Resolución No. 08774 de 27 de junio de 1989.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (9 de agosto de 2001) Sentencia C-840. [MP. Jaime Araujo Rentería]

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. (1 de diciembre de 1998) Consulta No. 0248.

Responsabilidad Fiscal – CGR - Contraloría <https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal>

RESPONSABILIDAD MÉDICA, PENAL Y DISCIPLINARIA

Edgar Saavedra Rojas

Asesor Jurídico

Tribunal Nacional de Ética Médica

La voz “responsabilidad” deriva del latín *respondere*, que significa estar obligado, y Cabanellas en relación con el mismo vocablo nos enseña su contenido como: “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño causado. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario”¹.

La responsabilidad penal es personalísima, de tal manera que cuando en la cita precedente se habla que en ocasiones se debe responder por otro, se está haciendo referencia a la responsabilidad civil extracontractual, que impone a los padres y a los patronos entre otros, a responder por los daños ocasionados por sus hijos o por sus subordinados. Esa responsabilidad personal existente en el ámbito del derecho penal está reflejada en el proverbio latino. “*Nemo punitur pro alieno delicto*”, “A nadie se castiga por delito ajeno”.

De la existencia de la responsabilidad personal en el ámbito penal, deriva consecuentemente el personalismo de la pena, igualmente reflejada en proverbio latino: “*Delicta suostene antauctores*”, “Respondan de los delitos sus autores”.

La existencia de la responsabilidad es esencial en el mantenimiento de la armonía y el orden sociales, su desaparición significaría un deterioro en la

¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Pág 191, Tomo VII, E. Heliastra, Buenos Aires, 1996.

convivencia de los grupos humanos y “...retrocedería a las expresiones más crudas del salvajismo y representaría el impunitismo frente a las culpas más graves y a las mayores perfidias”².

El hecho de ser el hombre un ser social por su propia naturaleza, que lo lleva a vivir siempre en grupos comunitarios, le impone una serie de deberes, que deben cumplirse de manera estricta, porque en caso de desconocerse o vulnerarse, generan diversas modalidades de responsabilidad. La coexistencia pacífica de la nación depende de una estrecha interrelación del correcto cumplimiento de los deberes constitucional y legalmente impuestos, y del ejercicio respetuoso, ponderado y proporcionado de los derechos; respecto de éstos últimos debemos recordar que no existen derechos absolutos y todos ellos, incluido el derecho a la vida, tienen excepciones, porque no se olvide que atacada o invadida la Patria, surge para todos los nacionales el deber de combatir al enemigo, y si es preciso matar al mayor número de ellos; de la misma manera que se puede matar, sin que se genere responsabilidad de ninguna naturaleza, en estado de necesidad o ejerciendo el derecho a la defensa, frente a un ataque injusto, actual o inminente, siempre que la reacción defensiva sea proporcionada al ataque de que se es víctima.

Es por eso que en esta estrecha interrelación entre el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos que en el artículo 2º de la Carta se establece que son fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los derechos y el cumplimiento de los deberes y en el segundo inciso del mismo artículo se establece que las autoridades de la República están instituidas a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes:

“ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas

² Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Pág 191, Tomo VII, E. Heliastra, Buenos Aires, 1996.

las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, **y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.** (Lo destacado no lo es en el texto).

Entre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, la Carta Política impone un comportamiento conductual dentro de los marcos de la ponderación y del principio de proporcionalidad; es así como se consagra para todas las personas el derecho al libre desarrollo de su personalidad, pero de manera inmediata relativiza ese derecho, al establecer que el gozo de ese derecho no tiene otras limitaciones que los que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. La justa proporción entre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes surge con claridad meridiana de la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

“ARTÍCULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad **sin más limitaciones que las que los derechos de los demás y el orden jurídico.** (*Lo destacado no lo es en el texto*).

Nuestra Constitución consagra los derechos fundamentales entre los artículos 12 a 94 y los deberes en el artículo 95.

Del no cumplimiento de los deberes, o del ejercicio abusivo de los derechos, surgen las conductas penales o contravencionales que tienen reproche normativo, y lo tienen, porque como ya lo habíamos dicho, constituyen graves obstáculos para la convivencia de la nación en armonía y paz.

Como consecuencia del deber ciudadano de cumplir con los deberes normativamente impuestos y del ejercicio proporcionado y ponderado de los derechos, el Constituyente fue cuidadoso al consagrar múltiples formas de responsabilidad, para todos aquellos servidores públicos que incumplan sus deberes o vulneren los principios mínimos de convivencia social, al igual que para los ciudadanos particulares, en sus diversas modalidades.

Entre las diversas formas de responsabilidad consagradas en la Carta Política, aparecen las siguientes:

1) Responsabilidad general para los particulares por infringir la Constitución y la Ley y para los servidores públicos en general por las mismas causas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

públicas.

La actividad de los particulares está regulada normativamente, y en ella se les reconocen los derechos y se les imponen deberes, y en el ejercicio abusivo de los primeros o en el incumplimiento de los segundos surgen las correspondientes responsabilidades por infringir la Constitución y las leyes de la República.

Para los servidores públicos se impone la responsabilidad, bien por omisión o bien por extralimitación en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de sus deberes.

“ARTÍCULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. ***Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

2) Responsabilidad social de los medios de comunicación:

El poder de los medios de comunicación en el mundo contemporáneo no puede ser desconocido, razón por la cual se establece la libertad para el ejercicio de la profesión de periodista, pero se les impone una responsabilidad social en el manejo de la noticia, estableciéndose para los miembros de la comunidad el derecho a la rectificación por publicación de noticias falsas o deformadas.

Además de esa responsabilidad social, como consecuencia de ese mismo ejercicio profesional los periodistas tienen la correspondiente responsabilidad penal y civil extracontractual, cuando como consecuencia del ejercicio profesional hayan ocasionado daño a terceras personas.

“ARTÍCULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres **y tienen responsabilidad social.** Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (Lo destacado no lo es en texto).

3) Responsabilidad de todos aquellos que ejerzan una profesión de formación académica y de los que desempeñan determinados oficios, especialmente de aquellos que en su ejercicio implican un riesgo social:

“ ARTÍCULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. ***Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones.*** Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. (Lo destacado no lo es en el texto).

Se observa con claridad que se consagra el derecho de escogencia de profesión u oficio, pero se consagra el deber de las autoridades para inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, haciéndose especial hincapié en las ocupaciones, artes y oficios que sin exigir formación académica, no son de libre ejercicio, cuando su ejercicio implique un riesgo social.

Lo anterior quiere decir que recae en el legislador en cumplimiento del libre ejercicio de su libertad de configuración legislativa, reglamentar y vigilar la formación académica de las profesiones, reglamentar y vigilar su ejercicio y si fuere menester, establecer los niveles de responsabilidad que le quepan a los profesionales de distintas profesiones liberales, entre ellas la medicina, por el ejercicio indebido, irregular, o ilegal de tales actividades profesionales.

La razón de ser de lo anterior obedece a que el ejercicio de ciertas profesiones y oficios conllevan un claro riesgo social, que pone en peligro la vida, la integridad y los demás derechos fundamentales de los ciudadanos, razón por la cual el Estado no solo debe garantizar el aprendizaje idóneo de tales profesiones, sino que su ejercicio se haga dentro de los parámetros éticos, técnicos y científicos requeridos por cada profesión y si ello no fuere así, es claro que surgen diversas formas de responsabilidad para quien las ejerce que pueden ir desde la responsabilidad penal, a la disciplinaria, pasando por la responsabilidad administrativa y la extracontractual.

Sobre la existencia del riesgo social y sobre la necesidad de idoneidad profesional de los distintos profesionales, la Corte Constitucional ha sostenido:

“EJERCICIO DE PROFESIÓN Y RIESGO SOCIAL-Concepto

En primer término, el riesgo social que genera la actividad social debe ser claro y afectar, o poner en peligro, el interés general y derechos fundamentales; pero eso no es suficiente; es además necesario que ese riesgo pueda ser disminuido de manera sustantiva gracias a una formación académica específica.

En efecto, no tiene sentido que la ley profesionalice ciertos oficios e imponga, como requisito para su ejercicio, un título de idoneidad, si los riesgos de esa actividad no pueden ser claramente reducidos gracias a una formación, pues, de no ser así, la exigencia del título sería inadecuada e innecesaria. Por ende, sólo puede limitarse el derecho a ejercer un oficio y exigirse un título de idoneidad, cuando la actividad genera (i) un riesgo de magnitud considerable, (ii) que es susceptible de control o de disminución a través de una formación académica específica.

TÍTULO DE IDONEIDAD Y LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN POLÍTICA DEL LEGISLADOR

Es razonable sostener que si el Legislador está obligado a exigir títulos de idoneidad también goza de un margen importante de discrecionalidad para fijar los requisitos necesarios para obtener la autorización estatal para el ejercicio de una profesión. Sin embargo, esto no quiere decir que el Legislador es absolutamente libre para establecer las condiciones para lograr el título de idoneidad, pues el Congreso no puede imponer condiciones exageradas, o poco razonables, que anulen los derechos a ejercer una profesión y al trabajo.

Se ha señalado que la libertad de configuración política del Legislador para determinar los requisitos para obtener el título profesional debe enmarcarse dentro de las siguientes premisas: (i) regulación legislativa, pues es un asunto sometido a reserva de ley; ii) necesidad de los requisitos para demostrar la idoneidad profesional, por lo que las exigencias innecesarias son contrarias a la Constitución; iii) adecuación de las reglas que se imponen para comprobar la preparación técnica; iv) las condiciones para ejercer la profesión no pueden favorecer dis-

criminales prohibidas por la Carta.

TITULO DE IDONEIDAD Y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

En función del principio de confianza legítima, que encuentra sustento constitucional en la buena fe, tal y como esta Corte lo ha señalado, lo único que constitucionalmente se puede exigir del Legislador es que la normatividad establezca un periodo razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones. Y lo cierto es que la ley impugnada, así como regulaciones posteriores, han establecido un plazo prudente de varios años para que las personas adquieran la correspondiente formación, o demuestren la experiencia suficiente, para acceder al certificado de idoneidad, por lo cual, la disposiciones acusadas no desconocen el principio de confianza legítima. Sentencia C-964 del 1º de diciembre de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Vivimos en la sociedad del riesgo, porque la convivencia mayoritaria de la población en vastos conglomerados urbanos, convierte prácticamente todas las actividades en un riesgo para la comunidad, razón por la cual, ciertas actividades, oficios, deportes o profesiones que impliquen un riesgo social, deben estar debidamente reguladas legislativamente, y se hace imperioso que se establezcan determinados niveles de responsabilidad para quien en el ejercicio de tales actividades pusieran en riesgo a la colectividad, o a los miembros de ésta.

Dentro de esa competencia del Estado de regular e inspeccionar no solo la enseñanza, sino el ejercicio de las profesiones, es claro que en el ascenso de la formación académica, existen diversos niveles de formación y capacitación, y en tales circunstancias, cada profesional no está habilitado para ejercer la profesión médica, sino en el ámbito de la formación académica obtenida, constituyendo una grave falta, el que los médicos se atrevan a ejercer en niveles académicos para los que no están preparados y respecto de los cuales no han recibido un entrenamiento técnico y científico adecuado, que los habilite con idoneidad para ejercer en determinadas especialidades médicas, respecto de las cuales se exige un mayor nivel de formación y entrenamientos superiores.

En el Código penal se establece que la conducta digna de reproche penal puede ser realizada por acción o por omisión.

A continuación se consagra la posición de garante, según la cual quien

tuviere el deber jurídico de impedir un determinado resultado típico, y no lo hiciere, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a responsabilidad penal, de conformidad con las previsiones punitivas del respectivo tipo penal.

Para que exista la responsabilidad del garante, es necesario que el agente tenga a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico protegido penalmente o que se le haya encargado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo de conformidad a las previsiones normativas.

El anestesiólogo responde por su conducta, en los exámenes pre-operatorios y durante la intervención quirúrgica por la prestación de sus servicios anestésicos; pero es a la institución hospitalaria a quien le corresponde suministrar los equipos necesarios para prestar este servicio y es igualmente responsable de su mantenimiento adecuado. Si el anestesiólogo en la prestación del servicio detecta fallas en los equipos o en los químicos que se le han proporcionado por la institución hospitalaria, debe inmediatamente pasar el informe, para que las fallas sean corregidas. Si el Hospital no soluciona el problema y pese a ella el médico persiste prestar el servicio en tales condiciones y se llega a producir un resultado negativa para la salud del paciente, se debe pensar en una responsabilidad múltiple, primero para la institución hospitalaria, para la persona encargada del mantenimiento de los equipos que omitió el mantenimiento de los equipos y para el médico anestesiólogo que en tales condiciones decidió prestar el servicio.

A continuación el legislador señala cuáles son las posiciones de garante a saber:

- 1.- Cuando el agente haya asumido voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro de su propio ámbito de dominio;
- 2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre las personas;
- 3.- Cuando se emprenda la ejecución de una actividad riesgosa por varias personas:
- 4.- Cuando previamente, se hubiere creado una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico tutelado.

Las hipótesis anteriormente previstas solo tendrán validez punitiva en relación con las conductas delictivas protectoras de la vida y la integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales.

Es claro que la actividad profesional médica encuentra en ésta norma, en la mayoría de los casos, la fuente de una posible responsabilidad penal o disciplinaria, puesto que la mayoría de los casos de responsabilidad médica encuentran ubicación en la hipótesis consagrada en el numeral 1°. La norma comentada establece:

“ARTÍCULO 25. **ACCIÓN Y OMISIÓN.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. ***Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.***
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. (Lo destacado no lo es en el texto).

4) Responsabilidad penal y administrativa disciplinaria, para todas las personas mayores de 18 años.

La responsabilidad penal y disciplinaria se impone igualmente en el ámbito constitucional, al establecerse algunas de las garantías que integran el concepto del debido proceso, que deben ser respetadas en el adelantamiento de los procesos penales y disciplinarios, para que finalmente se pueda deducir una de éstas responsabilidades en cabeza de un ciudadano.

“ ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

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

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

5) Responsabilidad social y solidaria de todos los colombianos:

El solo hecho de vivir en comunidad, nos impone a todos y cada uno de los miembros de la Nación, una responsabilidad social para con la comunidad, y de manera especial una responsabilidad solidaria, para con los miembros de esa comunidad, cuando los mismos se encontraren en dificultades o en peligro de sus vidas, su salud, o sus derechos fundamentales.

“ ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miem-

bros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. ***Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;***
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. (Lo destacado no lo es en el texto).

6) Responsabilidad penal de los colombianos, por actuar en caso en guerra en contra de nuestra Patria.

Por ser la Patria uno de los valores fundamentales de toda estructura políti-

ca organizada como Estado, se establece una particular y especial responsabilidad, respecto de todos los nacionales, que llegaren a actuar contra los intereses de la Patria en el caso de una guerra exterior contra Colombia, persona que será juzgada y penada como traidora.

“ ARTÍCULO 97. El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, ***que actúe contra los intereses del país en guerra exterior contra Colombia, será juzgado y penado como traidor.***

Los colombianos por adopción y los extranjeros domiciliados en Colombia, no podrán ser obligados a tomar las armas contra su país de origen; tampoco lo serán los colombianos nacionalizados en país extranjero, contra el país de su nueva nacionalidad. (Lo destacado no lo es en el texto).

7) Responsabilidad (Penal, disciplinaria, fiscal, extracontractual, de repetición) específica de los servidores públicos.

Los servidores públicos por haber recibido del propio Estado una particular confianza para que participen en la dirección de sus destinos, tienen una más grave e importante responsabilidad, muy diferente y mucho más grave que la impuesta a los particulares.

El Constituyente delegó en el Legislador la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos, que puede ser múltiple, porque de conformidad con la omisión o la acción realizadas, puede ser penal, fiscal, administrativa disciplinaria, o civil extracontractual.

“ ARTÍCULO 124. ***La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

8) Responsabilidad de los servidores públicos, por utilizar el cargo, en la búsqueda de apoyos partidistas.

Se establece una particular forma de responsabilidad para los servidores públicos, cuando se utilizan las prebendas del cargo para inducir, o presionar a los ciudadanos para apoyar una determinada causa política, o a un determinado candidato. Se establece para este tipo de situaciones la pérdida del empleo, además de la responsabilidad penal o disciplinaria que

le pudiera caber.

“ ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación solo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el Presidente o el Vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la campaña, el Presidente y el Vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado

o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria. (Lo destacado no lo es en el texto).

9) Responsabilidad política ante la sociedad y ante sus electores, de los miembros de los cuerpos colegiados.

Entre los favorecidos con cargos de elección popular, se establece una responsabilidad política con sus electores, en relación con las promesas formuladas para obtener la gracia de los votos y el cumplimiento de las mismas.

Este tipo de responsabilidad puede generar la pérdida de investidura para los miembros de los cuerpos colegiados.

“ ARTÍCULO 133. <Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. (Lo destacado no lo es en el texto).

Este tipo de responsabilidad política es fallada por el Consejo de Estado, decretando la pérdida de investidura, por incumplimiento de sus funciones por parte de los miembros del Congreso:

“ ARTÍCULO 184. ***La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley*** y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano. (Lo destacado no lo es en el texto).

10) Responsabilidad política de los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos por asuntos relacionados con fun-

ciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República.

“ARTÍCULO 135. Son facultades de cada Cámara:

1. Elegir sus mesas directivas.
2. Elegir a su Secretario General, para períodos de dos años, contados a partir del 20 de julio, quien deberá reunir las mismas calidades señaladas para ser miembro de la respectiva Cámara.
3. Solicitar al Gobierno los informes que necesite, salvo lo dispuesto en el numeral <sic> 2 del Artículo siguiente.
4. Determinar la celebración de sesiones reservadas en forma prioritaria a las preguntas orales que formulen los Congresistas a los Ministros y a las respuestas de éstos. El reglamento regulará la materia.
5. Proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones.
6. Recabar del Gobierno la cooperación de los organismos de la administración pública para el mejor desempeño de sus atribuciones.
7. Organizar su Policía interior.
8. <Numeral modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Citar y requerir a los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Ministros, Superintendentes o Directores de Departamentos Administrativos no concurran, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, esta podrá proponer moción de censura. Los Ministros, Superintendentes o Directores Administrativos deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión de la respectiva cámara. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

9. <Numeral modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2007. Entra a regir a partir del 1o. de enero de 2008 - Ver Legislación anterior para el texto vigente antes de esta fecha - El nuevo texto es el siguiente:>***Proponer moción de censura respecto de los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República.*** La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que la haya propuesto. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo. Pronunciada una Cámara sobre la moción de censura su decisión inhibe a la otra para pronunciarse sobre la misma. (Lo destacado no lo es en el texto).

11) Responsabilidad política de los servidores públicos y de los particulares citados ante las Comisiones del Congreso de la República por inasistencia a las mismas:

“ ARTÍCULO 137. Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante.

Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva.

La renuencia de los citados a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, será sancionada por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades.

Si en el desarrollo de la investigación se requiere, para su perfeccionamiento, o para la persecución de posibles infractores penales, la inter-

vención de otras autoridades, se las exhortará para lo pertinente. (Lo destacado no lo es en el texto).

12) Responsabilidad política para los miembros del Congreso, que asistan a deliberaciones con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa por fuera de las previsiones constitucionales:

“ARTÍCULO 149. Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y *quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.* (Lo destacado no lo es en el texto).

13) Responsabilidad política del presidente o de quien haga sus veces por actuaciones u omisiones que violen la Constitución o las leyes:

“ARTÍCULO 198. *El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes.*(Lo destacado no lo es en el texto).

14) Responsabilidad del delegatario, respecto de las funciones públicas que se le hubieren delegado:

“ARTÍCULO 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios. (Lo destacado no lo es en el texto).

15) Responsabilidad política del Presidente de la República y de sus Mi-

nistros cuando hubieren declarado los estados de excepción, sin que haya tenido por motivo la guerra exterior o una situación de conmoción interior y por los abusos que se hubieren cometido en el ejercicio de las facultades que se confieren por esta situación excepcional:

“ARTÍCULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en

forma inmediata su conocimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).

16) Responsabilidad del Presidente de la República y de sus ministros por la declaratoria del Estado de Emergencia, sin que hubieren existido las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 215 y por los abusos cometidos en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante este tipo de emergencias:

“ ARTÍCULO 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARAGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).

17) Responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio. La competencia de la justicia castrense incluye los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, excluyéndose de la competencia de la justicia penal militar, los crímenes de lesa humanidad, los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado:

“ ARTÍCULO 221. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:>***De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.*** Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

18) Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de la Rama Judicial y de los abogados en el ejercicio de su profesión:

“ ARTÍCULO 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

1. Administrar la carrera judicial.
2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.
3. ***Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.***
4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.
5. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.
6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.
7. Las demás que señale la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

19) Responsabilidad administrativa-disciplinaria de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, por desconocimiento y

vulneración de los deberes que a ellos corresponden en la actividad político partidista; y de los candidatos a Corporaciones Públicas, cuando se demuestre encontrarse en inhabilidad prevista en la Constitución o la ley:

“ ARTÍCULO 265. <Artículo modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:>***El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:***

1. Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral.
2. Dar posesión de su cargo al Registrador Nacional del Estado Civil.
3. Conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes.
4. Además, de oficio, o por solicitud, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados.
5. Servir de cuerpo consultivo del Gobierno en materias de su competencia, presentar proyectos de acto legislativo y de ley, y recomendar proyectos de decreto.
6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.
7. Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, establezca la ley.

8. Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar.

9. Reconocer *y revocar la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos.*

10. Reglamentar la participación de los Partidos y Movimientos Políticos en los medios de comunicación social del Estado.

11. Colaborar para la realización de consultas de los partidos y movimientos para la toma de decisiones y la escogencia de sus candidatos.

12. *Decidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.*

13. Darse su propio reglamento.

14. Las demás que le confiera la ley.

20) Responsabilidad fiscal de los que manejen fondos o bienes de la Nación:

“ ARTÍCULO 268. El Contralor General de la República <sic> tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de

cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho.

11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

13. Las demás que señale la ley.

Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General. (Lo destacado no lo es en el texto).

21) Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, incluidos los de elección popular, de los notarios y de quienes ejerzan funciones públicas transitorias, a cargo de la Procuraduría General de la Nación:

“ ARTÍCULO 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.

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

En esta forma de responsabilidad cubre la conducta de los médicos que ejercen como magistrados en los Tribunales de Ética Médica, porque pese a seguir siendo considerados como particulares, ejercen funciones públicas transitorias, y por tanto son disciplinables por el Procurador General de la Nación.

22) Responsabilidad disciplinaria policiva de los particulares;

“ARTÍCULO 315. Son atribuciones del alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo.

2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. ***El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio.*** La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas,

presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.

6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

8. Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.

9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

10. Las demás que la Constitución y la ley le señalen. (Lo destacado no lo es en el texto).

La responsabilidad disciplinaria de los médicos por acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de la profesión médica, deviene directamente del artículo 26 de la Carta Política, en cuanto se faculta a las autoridades para que inspeccionen y vigilen el ejercicio de las profesiones y es claro que dentro de esas facultades de inspección y vigilancia, se encuentran las de regular todo lo necesario para garantizar un ejercicio científico, técnico, idóneo y humanizado de la profesión médica.

Es por ello que el legislador en ejercicio de las facultades que le confería un artículo similar, existente en la Constitución de 1886³, expidió la Ley 23 de 1981, que reglamenta todo lo relacionado con la ética médica, las

³ Art. 39. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

infracciones en que pueden incurrir los galenos y las sanciones a imponer en caso de demostrarse la responsabilidad de los mismos, en las acciones u omisiones culpables en que hubieren incurrido.

No debe olvidarse que mientras el principio de la tipicidad, en el ámbito penal, exige la descripción inequívoca de la conducta objeto de reproche, en el ámbito disciplinario esta exigencia tiene menor rigor y es así, como en el estatuto disciplinario no existe una verdadera descripción de las conductas dignas de reproche, sino que se establecen en la mayoría de los casos, deberes y principios cuyo desconocimiento o vulneración, hacen surgir la responsabilidad disciplinaria.

Pero la Ley que reglamenta el ejercicio profesional médico de conformidad con los principios que conforman la *Lex artis*, no surgen solo del contenido de esa norma constitucional, sino del hecho real de que la profesión médica y las ciencias de la salud en general, son las responsables de la conservación de la vida, de su prolongación y de poderla vivir en las mejores circunstancias de bienestar, librando al ser humano de los malestares y dolores de la enfermedad o mitigando los mismos, tratando siempre de conservar la vida y prolongar su curso vital.

Estos deberes y principios, concordados con los establecidos por el Constituyente en la Carta Política, buscando la preservación de la vida y la salud, protegiendo particularmente a los niños y a los ancianos, reconociendo a la mujer como elemento esencial de la familia y de su potencial procreativo, reciben una especial protección, garantizándose la seguridad social a todos los habitantes del territorio nacional, constituyen la parte nuclear de la ética médica, porque conforman los principios rectores, que deben ser tenidos en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas disciplinarias.

Es por esta realidad histórica que el Constituyente creó una serie de normas destinadas preservar la vida, la salud, la familia, la seguridad social, la mujer, la infancia, la vejez y otros valores fundamentales, esenciales en la constitución y conservación de la Nación.

A continuación transcribimos parcialmente los artículos que de manera particular en la Constitución le dedican un lugar preferencial a la salud y la seguridad social integral, como servicios públicos que deben cubrir a todos los habitantes del territorio nacional.

En el artículo 43 estableció que la mujer:

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

En el 44 se determinó que:

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

En el artículo 45 se establece que el adolescente tendrá una protección integral, que obviamente comprende la salud y la seguridad social:

“ El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.....”.

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral.

” El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

En el 47 la protección de los minusválidos,

El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Mientras que en el 48 se determina la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado;

“ La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en

los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.
.....”.

Para finalmente establecerse en el art 49 que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado:

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

“ Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“ Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad.”

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

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

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

” Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

La ley reglamentará la materia.

Siendo la vida y la salud, derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política, sobre los cuales se sustentan el ejercicio y disfrute de todos los demás derechos, porque es obvio, que sin vida y sin salud, el goce de los demás derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente se convierte en un imposible, o se convierte en algo puramente retórico.

Cuando se hace una afirmación de responsabilidad, es porque una determinada persona debe responder de sus propios actos y de las consecuencias producidas por los mismos.

Es evidente que el fundamento de la responsabilidad es el ejercicio de la libertad, con conciencia, de poder dirigir la voluntad, para realizar una conducta omisiva o activa, que se ejecuta con el propósito de obtener un resultado, esto es, que el ser humano dirige su voluntad consciente y libremente para realizar una determinada conducta que quiere, y acepta los resultados, o las consecuencias de su actuación.

Para que exista responsabilidad, por lo menos en el ámbito penal y disciplinario, es indispensable que haya habido un comportamiento libre, porque si no hay conducta no puede haber responsabilidad. Es claro que sin libertad no hay conducta. En los casos de fuerza mayor, el ser humano no actúa, sino que es actuado, como sucede en el caso del automovilista que para frente al semáforo en rojo, y mientras realiza esta conducta de espera al cambio de la luz que le permita proseguir, un camión lo choca por la parte trasera, lanzando el carro con violencia contra varios peatones que cruzan la calle ante el permiso que para ello les concede la luz verde. Como consecuencia del impulso recibido se produce la muerte y heridas a varias personas.

Es un caso típico de fuerza mayor, caso en el cual, no hay conducta por parte del conductor del automóvil que esperaba el cambio de semáforo para poder continuar con su marcha, porque la fuerza violenta que lo lanza contra los peatones que cruzan la calle, no es una conducta, no corresponde a una conducta voluntaria y libre. Es por ello que afirmamos que en éste tipo de casos el ser humano no actúa, sino que es actuado, el conductor del

automóvil no conduce y acelera su vehículo para atropellar intencionalmente a los peatones, de la misma manera que no actúa dentro de ninguna de las variedades de la culpa, porque prudentemente se detiene, respetando las leyes de tránsito y concretamente la luz roja del semáforo. Es entonces una fuerza extraña a su comportamiento, absolutamente irresistible e imprevisible que lo empuja conjuntamente con su vehículo para producir graves daños a varias personas.

Finalmente podríamos reconocer que es el que físicamente golpea, con su vehículo el cuerpo de varios transeúntes a los que les ocasiona la muerte y lesiones graves, pero no es autor, ni mucho menos responsable de tales delitos, porque en éste caso concreto no hay conducta ni comportamientos imputables, por ausencia de voluntad y de libertad.

Se ha considerado que el ser humano responde por todos sus actos, y por todas las consecuencias queridas de tales actos.

Se ha discutido si la responsabilidad afecta solamente unos actos o conductas humanas, o por el contrario, si afecta la totalidad de las conductas. “Los que consideran la persona como siendo esencialmente una entidad espiritual se inclinan por la segunda, y hasta indican que la persona no solo es responsable por todos sus actos, sino también por todos los efectos queridos por tales actos.

Hay que advertir, sin embargo, que los partidarios de la responsabilidad total no ignoran las flaquezas del ser humano, e insisten en que para ser responsable los actos deben ser espontáneos y no automáticos”⁴.

Es por lo anterior, que los resultados producidos como consecuencia de actos reflejos no pueden producir responsabilidad de ninguna índole.

Se ha discutido también el problema respecto de los grados de responsabilidad, porque es claro que en los delitos culposos, el autor no quiere el resultado, pero si quiere y libremente realiza la conducta que produce el resultado no querido, pero que si fue buscado y es consecuencia de la realización de una conducta culposa, resultante de la infracción al deber objetivo de cuidado, por no haberlo previsto siendo previsible, o habiendo sido previsto se confió en poder evitarlo.

⁴ Diccionario de Filosofía, José Ferrater Mora, Pág 3082, Tomo IV, E. Ariel Referencia, Barcelona, 1994.

Así lo han reconocido los filósofos que han estudiados el tema de la responsabilidad y sus diferentes grados al sostener:

“ En segundo lugar, se plantea el problema de los grados de responsabilidad en lo que se refiere a la intención. Así, se ha preguntado si se es responsable por el mal causado solamente cuando se ha querido el mal o si se es también responsable por tal mal aunque no se haya intentado producirlo. Las soluciones al respecto varían de acuerdo con la opinión sustentada acerca de la intención moral.

Señalemos que aun cuando no hay intención puede admitirse la posibilidad de prever el efecto causado por las acciones. Po tal motivo muchos autores se inclinan a manifestar que hay responsabilidad inclusive cuando previéndose el mal, no se manifiesta decidida oposición a él.”⁵.

La conducta punible, - delito o contravención⁶ -, para que pueda ser objeto de reproche se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. En tal sentido se establece:

“ **ARTÍCULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE.** Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

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

En la mayoría de los delitos, se estructura la tipicidad con fundamento en la descripción de una conducta, que finalmente produce un resultado, pero existen tipos de mera conducta, es decir, en aquellos que con la sola realización de la conducta punible, la misma se encuentra perfeccionada. En los primeros, debe probarse la existencia de una relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado producido.

Es importante insistir que una es la tipicidad en el ámbito del derecho penal, dentro del cual, la conducta objeto de reproche penal, debe estar

⁵ Diccionario de Filosofía, José Ferrater Mora, Pág 3082, Tomo IV, E. Ariel Referencia, Barcelona, 1994.

⁶ ARTICULO 19. DELITOS Y CONTRAVENCIONES. Las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones.

perfecta y completamente descrita desde la perspectiva gramatical, y para que se pueda predicar el fenómeno de la adecuación típica es menester que exista una perfecta correspondencia entre la conducta fenomenológicamente realizada y la gramaticalmente descrita, en una misma y total correspondencia de todos sus elementos, como sucede entre la figura original y la calcada; mientras que las exigencias típicas en el mundo del derecho disciplinario son menos estrictos y exigentes, como así ha sido reconocido por la doctrina universal, de tal manera que en conductas médicas contrarias a la ética médica basta el desconocimiento de un deber o la vulneración de un principio, de aquellos que desde remotas épocas, hicieron de la medicina una profesión liberal, diferente a las demás y que llevaron a ese célebre médico a establecer los principios fundamentales de la medicina, condensados en el juramento Hipocrático.

Lo anterior nos llevaría, ubicándonos dentro de la dogmática penal a sostener, que en el derecho disciplinario médico, existen tipos disciplinarios de mera conducta, porque no es indispensable que se produzca un resultado material antijurídico, sino que basta la desobediencia de un deber, o la vulneración de un principio, normativamente impuestos. Poner en peligro la salud o la vida del paciente, bien por omisiones en el cumplimiento de sus deberes, o por comportamientos negligentes, imprudentes o carentes de idoneidad.

Pero como para fortuna de todos nosotros hemos adoptado un derecho penal culpabilista, la sola existencia de la relación causal, no es suficiente para sustentar la imputación del resultado, porque además de la existencia de la causalidad, es indispensable que el resultado antijurídico se haya querido, o que por lo menos, la conducta que produce el resultado, haya sido aceptada por el sujeto activo del delito.

Es por la razón anterior, que el legislador en la última parte del primer inciso dispone: “ La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado “; porque es perfectamente posible que exista relación de causalidad, insuficiente para hacer una imputación del resultado.

Estos elementos de la conducta punible aparecen descritos en los artículos subsiguientes de la Ley 599 de 2000, Código penal vigente:

“ **ARTÍCULO 10. TIPICIDAD.** La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

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

“**ARTÍCULO 11. ANTIJURIDICIDAD.** Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

“**ARTÍCULO 12. CULPABILIDAD.** Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

La tipicidad, teoría elaborada por el profesor alemán Ernesto Von Beling en 1906, es un complemento del principio de legalidad, en cuanto a que el legislador debe hacer una descripción inequívoca de la conducta objeto de reproche penal, lo que traduce en que para efectos de cumplir con el principio de legalidad y de la presunción de que la ley es conocida por todos, la descripción gramatical que haga el legislador de las conductas que son objeto de reproche penal, debe ser tan clara y precisa, que para nadie sea un obstáculo comprender en qué consiste la misma y porqué la misma se encuentra penada con un determinado castigo para quien la consume.

No podemos concebir la existencia de conductas típicas que sean gaseosas o vagas, en cuanto a los comportamientos que se pretenden tipificar, de la misma manera que la descripción gramatical debe ser omnicompreensiva, en el sentido de que debe comprender todas las conductas que se quieren reprochar, porque como lo sostuvo el penalista argentino Sebastián Soler, “ Toda laguna legislativa, constituye un espacio de libertad “, queriendo indicar que si la conducta fenomenológicamente realizada no queda comprendida de manera completa y total dentro de una determinada descripción realizada por el legislador, la misma no podrá ser objeto de reproche penal.

La atipicidad absoluta o relativa, entendiendo por tal, que la conducta realizada no esté descrita como delito, o que la realizada, encaja solo parcialmente en una determinada descripción gramatical, significa que la misma no puede ser objeto de persecución por parte del Estado y sus mecanismos de persecución y represión.

Podría contra-argumentarse en relación a la posiciones aquí sostenidas, que en tales condiciones el derecho disciplinario vulnera no solo el prin-

cipio de tipicidad, sino el de legalidad, del cual es un derivado, y que consecuentemente, el ciudadano, y concretamente los médicos, se encuentran desprotegidos, al no conocer a ciencia cierta cuáles son las conductas objeto de reproche disciplinario. Y tendríamos que responder que la objeción no corresponde a la realidad, porque estamos hablando de principios y deberes que fueron impuestos y aceptados universalmente por la comunidad médica desde hace cerca 2.500 años, en Grecia y por Hipócrates, reconocido sin oposición conocida como el padre de la medicina. En tales circunstancias, no podría ningún médico sobre la faz de la tierra, afirmar que desconocía que su deber era respetar profundamente al paciente, a quien debe un trato cordial, decoroso y casi que paternal, y que por tanto el maltrato, la agresión verbal o el trato descomedido con el paciente constituye una falta a la ética médica; o que ignora, que esa debida deferencia con el paciente, le impide pretender cualquier acercamiento de carácter sexual, dentro de la estricta relación médico-paciente, para no mencionar sino algunas de las conductas que constituyen claras violaciones a los principios, o desobediencias al cumplimiento de los deberes normativamente impuestos.

La conducta, para que pueda producir una eventual responsabilidad, además de ser típica, debe ser antijurídica, esto es, que la conducta realizada debe lesionar o poner efectivamente en peligro el bien jurídicamente tutelado, o en el caso de los tipos de mera conducta, el incumplimiento de un deber, o la violación de un principio, sin que sea necesario otro resultado material, todo ello como es obvio, sin justa causa.

Debe lesionar o poner en peligro el bien jurídicamente tutelado, porque existen causales de justificación que relevan de la responsabilidad al autor de la conducta. Esas causales que constituyen causales de irresponsabilidad penal, por ausencia de antijuridicidad, son las siguientes:

“ ARTÍCULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

.....

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

3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

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

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

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

.....

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

La causal de justificación prevista en el numeral segundo, tiene especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad médica, porque no hay lugar a responsabilidad penal cuando el sujeto activo de la infracción actúa “ con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo. “

El consentimiento para que pueda constituir una causa de ausencia de responsabilidad penal, debe estar precedido por un consentimiento informado, obtenido luego de una clara, amplia y minuciosa explicación informativa sobre el objetivo benéfico del tratamiento o de la intervención, sus riesgos, sus posibilidades de éxito, las consecuencias adversas del tratamiento o

intervención, de la misma manera que las consecuencias negativas en caso de no consentirlos.

El consentimiento del titular del derecho puede ser expreso o presunto, y el primero se produce cuando la persona que consciente, lo hace por cualquier forma de expresar o manifestar su voluntad, por tanto, puede ser verbal o escrito, pero debiéndose precisar que en el ámbito del ejercicio profesional médico, el consentimiento informado del paciente debe manifestarse preferiblemente por escrito; y es consentimiento presunto cuando: “no concurre al hecho un efectivo asentimiento del derecho habiente, pero con fundamento en una situación especial, es de inferir que de estar presente, o haberse podido comunicar, el titular del bien habría prestado su consentimiento en el acto. Se citan comúnmente como ejemplo de ésta clase de consentimiento el caso del vecino que penetra a domicilio ajeno para apagar un incendio, o reparar la cañería cuya ruptura ocasiona desagüe y daños, quien abre una carta dirigida a su amigo para atender un asunto de éste que no admite demora; el médico que realiza una intervención quirúrgica a un paciente que llega en estado de inconsciencia luego de un accidente; el caso del depositario de bienes que gasta o dispone de una parte, para salvar la porción más importante”⁷.

El consentimiento debe ser previo y tiene que ser:

- A) El consentimiento debe ser previo a la cesión del derecho;
- B) Debe ser otorgado por el titular del derecho;
- C) Debe ser libremente emitido;
- D) El que consciente debe ser capaz de hacer disposición de ese derecho;
- E) Debe estar ausente de vicios del consentimiento, esto es, por sobre todo en el campo médico, debe ser un consentimiento suficientemente informado;
- F) El derecho sobre el que se consiente debe ser disponible.

⁷ Tratado de Derecho Penal, Antijuridicidad y Causas de Justificación, Jesús Orlando Gómez López, Pág 958, Tomo IV, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2011.

De la misma manera surgiría la causal de ausencia de responsabilidad, cuando no existe el consentimiento por razones de urgencia o emergencia, por las causales previstas en los numerales 3 y 5 por el estricto cumplimiento de un deber legalmente impuesto o en el ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita, o en de un cargo público, en el caso de que lo ejerciera.

En el ámbito de la responsabilidad médica, el mayor número de casos, necesariamente es por infracción al deber de cuidado, esto es, por responsabilidad culposa, aunque no se descartan algunos hechos excepcionales, de responsabilidad dolosa, en casos de abortos provocados, casos de falsedad en las historias clínicas o en los certificados médicos y en casos aún más excepcionales, concursos delictivos con otros delitos, como la estafa, el fraude procesal, o el peculado.

El hecho de convivir en sociedad nos impone un deber de cuidado en relación con las conductas que realizamos, porque es claro, que como consecuencia de nuestras conductas podemos afectar derechos de las demás personas del conglomerado y es igualmente claro que podemos ocasionar daño a esas otras persona, sobre todo cuando realizamos conductas que implican determinados riesgos y peligros, como es la conducción o manejo de máquinas que potencialmente son peligrosas y con las que podemos ocasionar daño a los miembros de la colectividad; pero debemos reconocer que daños y perjuicios los podemos ocasionar con nuestra actividad cotidiana, o bien en el ejercicio de actividades recreacionales; o en el ejercicio de oficios o profesiones, que igualmente pueden llegar a producir efectos negativos. En todas las actividades de la vida humana, se impone el deber de cuidado.

Ese deber de miembros de la comunidad nacional, nos impone la necesidad de analizar y prever lo que razonablemente se puede producir con el ejercicio de una determinada actividad, y en caso de que sea previsible un posible efecto negativo como consecuencia de la misma, se deben redoblar los esfuerzos para evitar que el mismo se produzca, o lo que es más seguro, desistir de realizar la conducta potencialmente dañina. Las formas más conocidas de la culpa por infracción a ese deber de cuidado surgen, de la falta de previsibilidad de lo que era previsible, (negligencia); o previsión de esos posibles resultados negativos, pero se decide realizar la conducta de todas maneras la conducta, confiando en los que mismos se pueden evitar (imprudencia).

La conducta culposa aparece consagrada de la siguiente forma:

“ ARTÍCULO 23. CULPA. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. (Lo destacado no lo es en el texto).

El dolo para los efectos que nos interesan, tiene fundamentalmente dos expresiones: el dolo directo y el dolo eventual; el primero se concreta cuando el sujeto activo de la conducta conoce los elementos constitutivos de la figura típica reprochada y quiere su consumación; y el eventual, cuando la consecuencia de la conducta realizada se ha previsto como posible y su producción se deja librada al azar. Esta última figura la podemos representar con el siguiente ejemplo, un conductor de un vehículo automotor, viaja a velocidad excesiva y prevé la posibilidad de una tragedia si se le llega a atravesar en la vía un peatón, pero pese a prever la tragedia, la acepta como posible.

La gran diferencia entre esta forma de culpabilidad dolosa y la culpa consciente, es que mientras en la conducta dolosa por dolo eventual, se acepta la posibilidad del resultado reprochado, mientras que en la culpa consciente, se confía en que el resultado negativo podrá ser evitado, como consecuencia de la habilidad del conductor.

El dolo en estas dos variantes del mismo aparece consagrado de la siguiente manera:

“ ARTÍCULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. (Lo destacado no lo es en el texto).

La otra forma de culpabilidad es la preterintencionalidad que se produce cuando el resultado que se ocasiona es previsible, pero excede la intención del sujeto activo de la conducta. La misma se podría producir en el campo médico, cuando el médico pretende interrumpir el período de gestación y finalmente se produce ésta, pero además el fallecimiento de la gestante. Aparece consagrada de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 24. PRETERINTENCIÓN. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente. (Lo destacado no lo es en el texto).

Pero la culpabilidad es solo uno de los elementos de la infracción delictiva, porque además de una conducta culpable, se requiere para que se pueda producir un juicio de culpabilidad, de una conducta típica y antijurídica; esto es que el juicio de responsabilidad exige la existencia de un específico sustrato, o sea, que el agente sea imputable, es decir que tenga la capacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta y voluntad de dirigir su comportamiento en la búsqueda de ese resultado que se sabe es reprochable. Lo anterior, traducido a lenguaje médico, es que el autor, no se encuentre dentro de un determinado cuadro clínico psiquiátrico que afecte su capacidad de conocimiento de antijuridicidad de la conducta que realiza, o su libre voluntad de auto-determinarse de conformidad con esa comprensión.

La ausencia de culpabilidad exime de responsabilidad penal. Las causales de ausencia de culpabilidad son las siguientes:

“ARTÍCULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. **En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.**(La fuerza mayor por ausencia de conducta).

.....

8. **Se obre bajo insuperable coacción ajena.** (por ausencia de conducta).

9. **Se obre impulsado por miedo insuperable.**

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilita-

rían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

Dentro de las causales de ausencia de responsabilidad aplicables a la actividad médica, se encontraría la prevista en la primera por la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, en el primer evento es la absoluta imprevisibilidad del evento, como sería la falla de un equipo nuevo y previamente ensayado, o el suministro de una droga equivocadamente etiquetada. La situación de la fuerza mayor, ejemplificada en el caso del accidente de tránsito, en el ámbito médico se podría dar por los daños ocasionados por el médico en el quirófano, frente a un terrible terremoto que deja las instalaciones sin energía y que lo hace reaccionar por actos reflejos.

En un país como el nuestro, que lleva viviendo una guerra no declarada por más de medio siglo, y donde la delincuencia común y profesionalizada ha hecho de nuestra Patria el asiento permanente de sus actividades, no puede tampoco descartarse la ausencia de responsabilidad por la existencia de insuperable coacción ajena, o miedo insuperable, cuando se tiene conocimiento de médicos colombianos que se han visto forzados a realizar diversos tratamientos y cirugías a personas que se encuentran por fuera de la ley.

En algunas ocasiones se establece una sinonimia entre culpabilidad y responsabilidad, tal como ocurre en el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968 al establecer:

“ARTÍCULO 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las

debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. (Lo destacado no lo es en texto).

Y en la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 al determinar:

“ ARTÍCULO 8o. GARANTÍAS JUDICIALES. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

.....

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas: (Lo destacado no lo es en el texto).

Se trata de concepciones jurídicas extrañas a nuestro sistema jurídico, porque entre nosotros la culpabilidad, como ya se demostró es uno de los elementos de la conducta punible, que demostrado, conjuntamente con la tipicidad y la antijuridicidad le permiten al juez emitir el correspondiente juicio de responsabilidad.

En el mundo contemporáneo vivimos un derecho penal de la culpabilidad

y en realidad de verdad, la responsabilidad está fundada en la culpabilidad, como lo da a entender con claridad el artículo 12 del C. P. al determinar, que no habrá lugar a reproche penal sino existe culpabilidad.

Al contrario de lo que sucede en otras áreas del derecho, en el ámbito del derecho penal se rechaza cualquier forma de responsabilidad objetiva, es decir, que en el derecho punitivo, tiene que haber conducta humana, y la existencia de éste tipo de comportamiento supone de manera necesaria la intervención de las facultades superiores del ser humano, es decir, debe haberse querido y buscado el resultado, o se debe por lo menos, tratarse de una conducta realizada voluntariamente.

Ya habíamos dicho que estábamos frente a un derecho penal culpabilista, razón por la cual, en el artículo en el que se enuncia la culpabilidad, no solo se establece, que solo son susceptibles de punición las conductas realizadas con culpabilidad, y no contento con ello, el legislador agrega que queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

La anterior es una precisión muy importante, porque bien se sabe que en el pasado remoto, existió castigo para los animales y las cosas y aún hoy en día, como ya lo adelantamos en precedencia, existen ramas del derecho,

8 C. C. ARTÍCULO 2355. RESPONSABILIDAD POR COSA QUE CAE O SE ARROJA DEL EDIFICIO. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.

9 C. C. ARTÍCULO 2353. DAÑO CAUSADO POR ANIMAL DOMÉSTICO. El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravió o daño no puede imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal.

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño, con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.

C. C. ARTÍCULO 2354. DAÑO CAUSADO POR ANIMAL FIERO. El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

como sucede en el civil, donde existe responsabilidad extracontractual por hechos producidos por las cosas⁸, o por los animales⁹, para no citar sino unos casos.

Responsabilidad médica disciplinaria.

Por razones absolutamente obvias, nuestra Carta Política consagra el derecho a la vida y establece una serie de normas destinadas a la conservación de la salud, de la familia y a dar una protección especialísima a la niñez y a los ancianos.

Estos preceptos concordados con la norma igualmente constitucional que consagra la libertad de profesión y oficio, pero reservándose el Estado el derecho de inspección y vigilancia en el ejercicio de las profesiones, como ya se vio anteriormente.

En el ejercicio de las facultades que le confiere la norma constitucional, el Estado y regula, vigila y controla todo lo relacionado con la enseñanza de la medicina y en general, todo lo que tiene que ver con las ciencias de la salud. De la misma manera regula, vigila y controla todo lo relacionado con la prestación de los servicios de salud, a través de EPS, IPS, clínicas, hospitales, centros de salud, laboratorios farmacéuticos, farmacias, consultorios médicos y establecimientos similares.

De la misma manera, en el ejercicio de esas mismas facultades, establece un control al ejercicio de la profesión médica, particularmente por medio de la Ley 23 de 1981, que consagra las faltas en que pueden incurrir los médicos en el ejercicio de la profesión, las sanciones imponibles y los jueces competentes que los han de investigar y juzgar.

Los presupuestos constitucionales de todo lo anterior aparecen en la Constitución al consagrar el derecho a la vida:

“ARTÍCULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

La vida no solo se pone en peligro por la acción de los violentos, o por las conductas imprudentes, negligentes o por comportamientos de impericia, sino como consecuencia de enfermedades, condiciones alimenticias, medioambientales, o de salubridad precarias.

Mientras el Estado debe prevenir y sancionar los comportamientos violentos y culposos que ponen en peligro la vida o la integridad de los ciudadanos, los médicos en su actividad profesional particular o como funcionarios en entidades privadas o públicas, deben enfrentar la enfermedad y la muerte, bien previniendo las afecciones a la salud o bien tratándolas una vez se presentan, o buscando solución a tales males por la vía quirúrgica o de la terapia.

Si bien es cierto que la actividad médica deviene del ejercicio de una profesión liberal, es una realidad, que constituye una de las actividades profesionales más trascendentes dentro de toda la multiplicidad de las profesiones conocidas y ello es obvio, porque de su ejercicio depende el sustrato del ejercicio de todos los demás derechos, que no pueden ser ejercidos o disfrutados durante la enfermedad, o que desaparecen de manera total con la extinción de la vida.

La profesión médica es una profesión que entraña riesgos en su ejercicio, razón por la cual, su práctica debe realizarse dentro de las más estrictas exigencias de formación académica y de permanente actualización profesional, con el cumplimiento exigente de los patrones establecidos por la *lex artis*, y siguiendo los parámetros científicos y técnicos indicados por la Organización Mundial de la Salud, de la Organización Médica Mundial y de los otros organismos internacionales que están dedicados a la preservación de la vida y la salud.

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

Dentro de tales parámetros normativos, ya destacados con anterioridad, es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los habitantes del territorio nacional, destacándose éste como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el sustrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales, resulta diáfano que se debe dar una mayor protección a la

conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella, pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.

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

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

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

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

Cuando se presentan los errores y los comportamientos indebidos, siempre habrá intereses particulares afectados, pero tales perjuicios deben ceder ante el interés social y público, de garantizar un correcto y adecuado servicio de la profesión médica. Esta es la razón fundamental para que al contrario de lo que sucede en el ámbito del proceso penal, donde existen delitos de investigación oficiosa, o que requieren querrela o petición especial, en el derecho médico disciplinario todas las faltas contempladas son de investigación oficiosa.

En el derecho penal, la víctima o el ofendido con ciertos delitos, es el que debe tomar la iniciativa de solicitarle o no, al Estado para que inicie la correspondiente investigación penal, por tratarse de delitos que exigen

querrela o petición especial. Pero como en el derecho disciplinario médico, el objetivo fundamental y único es garantizar el correcto, científico y humanizado ejercicio de la medicina, no existe ninguna falta que pueda iniciarse por querrela, todas son de investigación oficiosa, de tal manera que el proceso puede iniciarse por queja o denuncia instaurada por el paciente afectado con la conducta médica, pero igualmente lo puede iniciar por la petición de cualquier ciudadano, o por iniciativa oficiosa de los tribunales competentes que pueden iniciar la correspondiente investigación por cualquier información aparecida en los medios de comunicación, o por cualquier noticia recibida, sobre una posible infracción a la ética médica.

Es por las mismas razones, que la acción disciplinaria no es desistible, y por tanto el proceso debe ser adelantado hasta su finalización, así en un momento determinado el paciente afectado, o sus parientes, no quisieran que la investigación se realice o prosiga hasta su finalización.

Es por esa misma naturaleza de derecho público y de sus objetivos eminentemente sociales que sería inconcebible que el paciente o sus familiares pudieran convertirse en parte en el proceso disciplinario, o peor aún, que pretendiesen constituirse en parte civil para como resultas del proceso obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos, hipótesis imposible de concebir porque ni el paciente, ni sus familiares pueden ser parte dentro del proceso disciplinario y si estiman haber recibido un perjuicio económico de la asistencia médica, deberán optar por la iniciación de un proceso penal o uno de naturaleza civil.

En éste punto, es preciso advertir, que como consecuencia de la previsión del artículo 82 de la Ley 23 de 1981, según el cual, los vacíos existentes en la misma, deben ser llenadas por remisión, por el Código de Procedimien-

⁷ h ARTÍCULO 11. **DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.** El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) **A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;**
- e) **A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;**

to Penal, normatividad que en el artículo 11, consagra los derechos de las víctimas, entre otros el de aportar pruebas, a recibir información sobre el estado del proceso y a interponer determinados recursos¹⁰. Esto debe ser tenido en cuenta, porque en éste caso los pacientes, tendrían tales derechos como víctimas, más no como partes dentro del proceso.

Constituyen los Tribunales de Ética Médica y en general de ética profesional una necesidad social insoslayable, porque si bien la Constitución consagra la libertad de profesión y oficio, también lo es que al garantizar la vida, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la vivienda y tantos otros derechos, para la preservación de los mismos, debe garantizársele a los integrantes del núcleo social que los servicios médicos y asistenciales que reciben sean idóneos y prestados con pericia y diligencia.

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

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

f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;

g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y **a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;**

h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, ~~si el interés de la justicia lo exigiere;~~ por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. (Lo destacado no lo es en el texto).

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

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

Es una realidad que son muchos los ciudadanos que se someten al imperio de la ley como consecuencia de sus principios éticos y morales y en sentido contrario, tenemos que reconocer son muchos otros, que se cuidan de transgredir la ley, por el físico temor de ser sorprendidos, procesados y condenados.

Es entonces indiscutible tener que reconocer que la sanción se constituye para muchos, en un instrumento idóneo para prevenir futuras infracciones a la ley. La pena en éste caso ejerce un control preventivo de carácter particular para el infractor, y de carácter general, para todos los miembros de la comunidad médica.

En las circunstancias precedentes ha de concluirse sin temor a equívocos, que desde esa perspectiva los Tribunales de Ética Médica ejercen una función fundamental dentro de la comunidad y son instrumentos directos del Estado, para concretar en la realidad los derechos constitucionales relacionados con la vida, la salud, la salubridad ambiental y la seguridad social.

Sin la existencia de ésta tácita amenaza, es probable que la profesión médica, fuera ejercida de manera más relajada y por esa sola circunstancia se estaría poniendo en peligro la vida y la salud de cientos o miles de habitantes del territorio nacional.

Pero el cumplimiento de tan excelsas funciones para la vida y la seguridad de la comunidad, solo es posible, contando con el necesario apoyo de los presupuestos públicos, porque es obvio que su funcionamiento es imposible sin el apoyo de los necesarios recursos públicos.

La Ley 23 de 1981, es un documento pre-constitucional puesto que fue proferido en vigencia de la derogada Constitución de 1886, razón por la cual, la confrontación sobre su constitucionalidad, hay que realizarla con fundamento en la Constitución vigente de 1991, y de allí que algunas de sus normas pueden llegar a tener una inexecutable sobrevenida, en cuanto a que sus previsiones no concuerdan con la normatividad de la actual Constitución.

Contiene tres grandes títulos que contienen en su orden: I) Las disposiciones generales, entre las que están la declaración de principios, la imposición de deberes y el juramento médico; II) La Práctica profesional y III) Los organismos de control y régimen disciplinario.

Si el tema tratado es el de la responsabilidad penal y disciplinaria, pues el título que mayormente nos interesa es el establecimiento de los deberes médicos en el ejercicio profesional, deberes que al ser infringidos, se constituyen en faltas disciplinarias que son las que son objeto de reproche.

En el título I, se consagran entonces los principios y los deberes médicos, a los que se alude con anterioridad, cuyo desconocimiento o vulneración generan de manera necesaria la consecuente responsabilidad disciplinaria

El Título II, sobre la Práctica profesional contiene seis capítulos que contienen: I) De las relaciones del médico con el paciente; II) De las relaciones del médico con sus colegas; III) De la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas; IV) De las relaciones del médico con las instituciones; V) De las relaciones del médico con la sociedad y el Estado; y VI) Publicidad y propiedad intelectual.

El sistema legislativo utilizado es el del establecimiento de los principios, la consagración de los deberes, y la descripción de las conductas que son objeto de reproche y en una norma aparte, la enunciación de las sanciones imponibles, sistema legislativo similar al utilizado en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

El sistema legislativo del Código Penal es diferente, porque en cada descripción conductual, se indica la pena imponible dentro de unos límites mínimos y máximos.

En el sistema adoptado en el proceso disciplinario hay una mayor discrecionalidad para los tribunales, y por tanto mayor responsabilidad, porque de conformidad con la gravedad de la conducta y de sus circunstancias, el juzgador debe seleccionar la pena imponible y su respectiva graduación.

En el Título II, en su capítulo I, aparecen las siguientes conductas relacionadas con el ejercicio de la profesión médica, y particularmente las concernientes con las relaciones del médico con sus pacientes:

En el artículo 3º se establece como deber de todos los médicos de dispensar los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin otras limitaciones que las señaladas por la ley.

Lo anterior significa que el médico debe atender a todos los pacientes que requieran de sus servicios, dentro de su respectiva especialidad, sin poder rechazar la prestación del servicio, porque el paciente sufriera enfermedades infectocontagiosas, o de otra naturaleza, que pudieran significar un peligro para la vida o salud del galeno.

En situaciones de urgencia o emergencia, ni siquiera por disposiciones institucionales, el médico no podría negarse a dispensar sus servicios al paciente que se encuentre en delicadas circunstancias de salud por motivos de urgencia o emergencia.

Esta norma está consagrando un deber de asistencia y el no cumplimiento del mismo, genera de manera necesaria responsabilidad disciplinaria y la necesidad consecuente de la imposición de la correspondiente sanción.

Si como consecuencia de la inasistencia le sobrevienen consecuencias negativas más graves, incluso la muerte, se puede derivar la necesidad de compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que si es del caso, se investigue penalmente este hecho.

El médico en principio puede negarse a prestar su deber de asistencia por tratarse de un problema ajeno a su especialidad, pero si en el sitio donde se presenta la urgencia o la emergencia, solo estuviere ese médico, debe asumir el caso hasta que el paciente sea remitido a una institución hospitalaria de mayor categoría, o pueda entregar el paciente a un médico especializado en el problema que afronte el paciente.

Es claro que el médico no puede abstenerse de dispensar sus servicios argumentando motivos sexuales, raciales, nacionales, familiares, religiosos, políticos o filosóficos¹¹.

Si el médico hace parte de un grupo que realiza movimientos reivindicativos de tipo laboral o social, su participación no puede en ningún caso poner en peligro la vida o la salud de sus pacientes¹².

Es claro que el médico como miembro de un gremio tiene derecho a participar en las reivindicaciones sociales que estime necesarias, pero teniendo

¹¹ **ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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

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

¹² **ARTICULO 1.** La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.....

8. Cuando el médico emprenda acciones reivindicatorias en comunidad, por razones salariales u otras, tales acciones no podrán poner en peligro la vida de los asociados.

¹³ **ARTICULO 37.** Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.

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

ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

ARTICULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

en cuenta siempre que la vida y la salud de sus pacientes es sagrada y nunca permitirá que sus reivindicaciones profesionales o sociales puedan poner en peligro a sus pacientes¹³.

El deber de asistencia deviene de uno de los principios que hacen parte del juramento Hipocrático, contenido en el artículo 1º de la Ley 23 de 1981, y en relación con éste punto, es preciso destacar que no puede considerarse que el ejercicio de la medicina se hace con sujeción a los principios de la ética médica, sino se cumplen integralmente los principios que hacen parte de éste sagrado juramento

“ARTÍCULO 1. 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 distinción de nacionalidad, ni de orden económico – social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituye su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes”.

2. 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 correspondientes.

Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

3- Tanto la sencilla investigación científica antes señalada, como en la

que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

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

5- Conforme con la tradición secular, el médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad.

Cuando quiera que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la medicina o a regentar cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias sobre la materia, así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional.

6 El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad.

7 El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo o servicio del médico solo lo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca, a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.

8. Cuando el médico emprenda acciones reivindicatorias en comunidad, por razones salariales u otras, tales acciones no podrán poner en peligro la vida de los asociados.

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

10. Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen sí por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

Con una clara comprensión de lo que constituye la profesión médica y de los deberes que deben cumplir los que ejercen tan sagrada profesión, la Corte Constitucional, en Sentencia C- 106 del 6 de marzo de 1997, con ponencia del H. M. Hernando Herrera Vergara sostuvo:

“ De la misma manera, el derecho al trabajo que en el pasado implicaba la obligación del Estado de respetar la vida humana y dejar al hombre en libertad para realizar por sí mismo su destino, ha adquirido en el presente una concepción distinta, que se traduce en la obligación del mismo de proporcionar los elementos que permitan a toda persona la realización de un trabajo en condiciones dignas y justas.

Ahora bien, desde la declaración de Helsinki de 1964 se señaló que la función social y natural del médico es velar por la salud del ser humano, de manera que sus conocimientos deben estar dedicados al cumplimiento de dicha obligación social.

Del mismo modo, la Declaración de Tokio de octubre de 1975, resaltó que es privilegio y deber del médico “practicar su profesión al servicio de la humanidad, velar por la salud mental y corporal, y restituirla sin perjuicios personales; aliviar el sufrimiento de sus pacientes y mantener el máximo respeto por la vida humana aún bajo amenaza, sin jamás hacer uso de sus conocimientos médicos de manera contraria a las leyes de la humanidad”.

Desde luego la función del profesional médico es la de servir al ser humano, cuidar de su salud y propender por la prevención de las enfermedades, así como buscar el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad.”

El futuro de la medicina y con ella, el de la humanidad, depende de un ejercicio científico, técnico, y humanizado de la misma. El prodigioso adelanto de las más grandes tecnologías aplicadas al conocimiento médico es

una realidad asombrosa que no puede ser desconocida. La necesidad de que los servicios médicos y asistenciales cubran a todos y cada uno de los habitantes de la tierras es un deseo que alguna vez alcanzaremos, pero todo ello requiere ante todos a seres humanos con una persistente inclinación de servicio, y con una indeclinable vocación de sacrificio, con el claro entendimiento de que la profesión médica solo admite una posibilidad para ser ejercida: la humanística, por la vía del respeto a los principios éticos y del cumplimiento estricto de su contenido humanístico, a la vez, que la idoneidad técnica y científica que obliga al médico a estudiar eternamente, para poder estar al día con los grandes adelantos tecnológicos, biológicos y farmacéuticos que se producen día a día, de manera asombrosa.

