

TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ABRIL DE 2018

ABORTO

No. 31

© 2018 Tribunal Nacional de Ética médica

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

ISSN 0123 - 0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 71 - 74
Celular: 316 491 4886
Bogotá, Colombia

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2018

ABRIL DE 2018
ABORTO
No. 31

Magistrados 2018.

Dr. Francisco Javier Henao Pérez (Presidente)

Dr. Germán Gamarra Hernández

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Gabriel Lago Barney

Dr. Alberto Vanegas Saavedra

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro



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

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

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

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

El servicio de **envíos**
de Colombia



Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2017.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2018

ÍNDICE

Editorial	Pag.
Dr. Gabriel Lago Barney	
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica	8
 Proceso No. 1406 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca	
Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Gaviria Neira	
Providencia No. 44-2004	13
 Proceso No. 229 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico	
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora	
Providencia No. 28-2006	21
 Proceso No. 2502 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá	
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora	
Providencia No. 33-2009	77
 Proceso No. 308 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta	
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora	
Providencia No. 51-2003	109
 Proceso No. 497 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda	
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora	
Providencia No. 53-2006	129

Proceso No. 680 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 83-2009	Pag. 150
Proceso No. 933 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 98-2011	 240
Proceso No. 1711 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente: Dr. Francisco Pardo Vargas Providencia No. 19-2014	 244
Proceso del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca Magistrado Ponente: Dr. Fernando Serpa Flórez Providencia No. 45-1995	 248
Proceso No. 3978 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones Providencia No. 115-2010	 254
Proceso No. 3978 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones Providencia No. 65-2011	 271
Proceso No. 326-98 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega Providencia No. 26-2000	 276
Proceso No. 2333 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega Providencia No. 99-2016	 281

Proceso del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena Providencia No. 05-1993	Pag. 313
Proceso No. 505 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena Providencia No. 47-2006	318
Proceso No. 810 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena Providencia No. 52-2006	323
Proceso No. 810 el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena Providencia No. 68-2006	330
Proceso No. 233 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente: Dr. Odilio Méndez Sandoval Providencia No. 20-2000	337
Artículo - El espinoso tema del aborto en Colombia FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi	358
Artículo - Interrupción voluntaria del embarazo consideraciones básicas FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi	374
Artículo - Algunos aspectos en objeción de conciencia FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi	388
Artículo - La reducción fetal, un caso de aborto legal FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi	401

EDITORIAL ABORTO

Autor: Gabriel Lago Barney
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

Dentro de los temas que generan pasiones y polarización en la sociedad están los relacionados con la interrupción de la vida en sus extremos y en el curso de la vida, ocasionando confrontaciones entre los pensamientos liberales y conservadores de la sociedad, con o sin influencia del sistema de creencias, generando controversias jurídicas, morales y políticas. El tema ha girado alrededor de la prevalencia de los derechos humanos o los derechos individuales, generando los primeros una responsabilidad de especie, en tanto los segundos protegen el libre desarrollo de las personas.

Desde que el país acogió la Constitución Nacional de 1991, se convirtió en un Estado social de derecho, permitió el desarrollo de iniciativas tendientes al reconocimiento de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos de las mujeres, el desarrollo del derecho internacional y la incidencia política del movimiento de mujeres que dio como resultado, a través de una Campaña por la Despenalización del Aborto en Colombia, la expedición, por parte de la Corte Constitucional, de la Sentencia C-355 de 2006, sentencia que despenalizó el aborto en tres circunstancias: 1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un profesional de la medicina; 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un profesional de la medicina; y 3. Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Dicha sentencia fue reglamentada con la expedición del Decreto 4444 de 2006, la Resolución 4905 del mismo año con sus anexos, el Acuerdo 350 de 2006, la

Norma técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) y la circular No. 031 de 2007 con lo cual se dio término a un proceso que inició en 1975 con el proyecto por el cual se reglamentaba la interrupción terapéutica del embarazo en Colombia, cuyo ponente fue Iván López.

Sin embargo, el motivo que generó dichas iniciativas, como son el respeto, promoción y garantía de Derechos Humanos no ha alcanzado aún el nivel de exigibilidad de los Derechos Sexuales y Reproductivos en Colombia, debido en parte, a que la implantación de los derechos no se ha acompañado de una discusión filosófica de lo que se entiende por vida y sexualidad en Colombia, generando contradicciones en la norma. Igualmente, el móvil inicial de los movimientos pro aborto, consistentes en reducir la mortalidad materna y hacer valer el cuerpo de la mujer como un referente que merece respeto en la sociedad no se ha logrado.

El primero, porque no se ha acompañado de la formación de los médicos, en las escuelas de Medicina, en derechos sexuales y reproductivos, así como tampoco en la adquisición de competencias para el manejo de técnicas abortivas y el manejo de las complicaciones asociadas al empleo de las mismas. Por otra parte, las políticas, guías y lineamientos han quedado, para su realización, en manos de los menos capacitados permitiendo la realización de dichos procedimientos en lugares muy parecidos en recursos a aquellos en los que se realizaban los abortos clandestinos, lo que no ha permitido incidir efectivamente en la disminución de la mortalidad materna.

Las tres circunstancias contempladas para la interrupción del embarazo conllevan una formación profesional y una experiencia por parte de quien la realizará. Veamos porqué. En el caso que esté en peligro la vida de la madre, ésta debe ser manejada por un equipo de salud encabezado por un ginecólogo y obstetra, preferiblemente, con formación en alto riesgo, y que tenga, no sólo el conocimiento y la destreza técnica sino la formación humana para apoyar a la paciente ante la afectación en la salud mental que conlleva el aborto, así muchos estudios de otras latitudes, donde existe una verdadera educación sexual y reproductiva, digan lo contrario.

En el caso del fruto de la gestación que venga con alguna patología que haga inviable al nasciturus, debe existir un equipo, que no sólo maneje el alto riesgo materno que representa este embarazo, sino que garantice a la familia, y aquí se debe incluir al progenitor, una descendencia futura con el estudio del fruto de la gestación abortado, se analice el riesgo para un próximo embarazo, o

se determine la inconveniencia de aventurarse a otra gestación. Aquí el equipo médico no sólo debe contar con la formación adecuada, sino que debe comprender a otros profesionales para lograr el restablecimiento de los Derechos Sexuales y Reproductivos de la mujer embarazada, su pareja y su familia. Este aspecto es fundamental si, como sociedad, pretendemos proteger la familia como célula primaria de ésta.

En lo que respecta a los embarazos con ocasión de acceso carnal violento o maniobras de inseminación, es aún más necesaria la participación de verdaderos expertos en ginecología, salud mental, genética, bioética, derecho, trabajo social, entre otros profesionales que permitan restablecer los derechos, en las dimensiones física, emocional, cognitiva, social, moral, ética, estética y transcendental religiosa, dimensiones todas estas propias de las personas que se ven gravemente afectadas con una conducta abusiva de esta naturaleza. El tema es aún más delicado cuando de menores de edad se trata, y se complica aún más cuando el abuso sexual ha sido perpetrado por conocido (Tres de cada cuatro casos de abuso sexual en Colombia son perpetrados por familiar o conocido), como podría ser el incesto. En estas circunstancias, tanto el embarazo como el tema de la interrupción voluntaria del embarazo se tornan más complejas, al verse afectada una persona sin la madurez mental suficiente para comprender lo sucedido, discernir y consentir de manera informada, y que además debe enfrentar condiciones familiares, sociales, morales, éticas y de su sistema de creencias, que la más de las veces les son adversas y que demandan de los jueces y magistrados un trato especial en virtud de sujetos de protección especial.

Es por ello que la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo no puede quedar a criterio de una sola persona, la cual puede tener o estar al servicio intereses ocultos, y por las implicaciones que para la sociedad tiene perder una vida humana por muy insignificante que parezca o vulnerar los derechos sexuales y reproductivos de unos progenitores y su familia.

Desconocen las normas elaboradas, las políticas formuladas y las reglamentaciones implantadas los otros elementos de la sexualidad como son la perspectiva de género, el vínculo y el erotismo como componentes fundamentales de la sexualidad humana, que de ser considerados, aportaría mucho al logro efectivo de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos y no sólo a estos últimos, entendidos como corporalidad de la mujer y no como sujeto de derechos.

Si nos paramos en la orilla del nasciturus, el derecho natural que le asiste para nacer, dentro del ordenamiento jurídico, tiene la vida humana como derecho, la cual constituye el ser mismo del hombre; que, si se estudia desde el derecho como la cosa justa, no como la norma, ni la facultad moral de exigir un derecho subjetivo, ni el valor, sino estrictamente lo que es debido, la vida, sin importar su condición o calidad, es de por sí un derecho. No debemos olvidar que el objeto de estudio del jurista es el ius, y como tal en el estudio de la vida humana, la norma positiva se limita a reconocer dicho bien, que es un derecho, no lo crea, pues la vida humana se crea por un principio independiente de la voluntad como lo concibe la teoría realista del derecho expuesta filosóficamente por Aristóteles y Tomás de Aquino y que trató de opacar Ockham.

Si contemplamos la vida como un derecho, y no como un bien, el cual tendría la connotación de transable, y por tanto sería susceptible de ponerle precio y condiciones contractuales en función de estimaciones subjetivas y consideraciones de calidad, se pone de manifiesto que es un don o derecho que debe ser protegido y respetado por el Estado y la sociedad civil. Siendo así, se pregunta Francisco José Herrera: “¿Hay algún título jurídico que permita la destrucción de la vida humana inocente? El estudio mismo de lo que es un título jurídico- aquello en cuya virtud algo pasa al dominio de alguien- nos permite contestar que no existe ningún título jurídico que permita la eliminación de la vida humana inocente, al paso que todo hombre tiene un título jurídico que le da derecho a ser y existir conforme a su dignidad de persona y que proviene de su naturaleza humana.”

Así las cosas, considera el mismo autor que el aborto, es sin duda alguna, la conducta homicida que ha encontrado más eco en la civilización contemporánea y que no se está analizando suficientemente con argumentos estrictamente jurídicos sino con sentimientos, que han permitido elaborar leyes generales a partir de casos y vivencias particulares, que más parecen reivindicaciones sociales, que Derechos Humanos.

Dentro de éste contexto se podría calificar el aborto como un homicidio agravado por el estado de indefensión de la víctima, si nos atenemos al orden jurídico natural. En cuanto socio, portador de los genes, descendencia de la especie y como tal, miembro de la comunidad humana al que nos unen lazos de corresponsabilidad y solidaridad, la especie ha realizado adaptaciones evolutivas y la Cultura, a través de los fundamentos de la medicina ha desarrollado múltiples conocimientos científicos, comportamientos sociales

y tradicionales, así como desarrollos tecnológicos que nos permiten cuidar a las crías y a las madres embarazadas, prever los riesgos, administrarlos y hacer frente a los eventos que pongan en riesgo la vida, tanto del nasciturus como de la madre y por extensión, la permanencia de la familia y de la especie humana como la conocemos hoy. En esta protección a la madre y la permanencia de la especie, la norma juega un papel protector y sancionador al agresor, que no se explica fácilmente al señalar como sujeto de castigo al más indefenso del grupo, imponiéndole una pena como la capital en función del bienestar de otro miembro de la sociedad. En consecuencia, los programas de formación médica y los principios éticos y morales de la medicina llevan a los galenos a dilemas éticos ante la exigibilidad por parte del Estado, de la realización de un aborto en función de unos derechos en detrimento de otros, dando cabida a la objeción de conciencia como salida a dichos dilemas, que la sociedad y el Estado han tratado de supeditar a la ley y que es menester de las facultades, academias y sociedades científicas de Medicina y otras ciencias de la salud y escuelas de jurisprudencia, discutan en su seno desde las perspectivas culturales, ética, legal, social y epidemiológica, entre otras aproximaciones, para lograr una formación ética sólida en el estudiante, el profesor y el profesional de la salud.

Visto lo anterior, como sociedad debemos reflexionar más sobre la naturaleza humana, la concepción de la vida, la responsabilidad que tenemos como especie con el nasciturus, los derechos sexuales y reproductivos de la población, el papel de la familia en la toma de decisiones, los fines de la medicina en la sociedad, el papel de los sistemas de creencias y las representaciones sociales en los comportamientos humanos y sobre la real protección de los derechos humanos, sexuales y reproductivos con las normas, jurisprudencia existente y el sistema sanitario actual.

Bibliografía

1. Universidad Nacional de Colombia. Implicaciones Éticas, Jurídicas y Médicas de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional. Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas. Editorial Kimpress Ltda. Bogotá, D.C. 2007
2. Herrera Jaramillo, Francisco J. EL Derecho a la Vida y el Aborto. Centro Editorial Universidad del Rosario., Santafé de Bogotá, 1999; págs. 15-23

Bogotá, agosto 31 del año 2004

SALA PLENA SESIÓN No.797 DEL TREINTA Y UNO (31) DE AGOSTO DEL AÑO 2004

REF: Proceso No. 1406 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca
Denunciante: Fiscalía General de la Nación Unidad Delegada ante los
Jueces penales del Circuito de Girardot Seccional Cundinamarca

Denunciado: Dr. G.A.R.R

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Alberto Gaviria Neira
Providencia No.44 -04

VISTOS

La Fiscalía General de la Nación Unidad Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Girardot mediante Oficio 385 de Mayo 15 de 2002, en calidad de denunciante de Oficio emite notificación de investigación adelantada por dicho ente en contra del Doctor G.A.R.R, ante el Honorable Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca.

El HTEM de Cundinamarca inicia diligencias de instrucción propias del proceso disciplinario No. 1406 a cargo del Honorable Magistrado Doctor Ruiz Peláez en Junio 4 de 2002, diligencias que concluyen mediante fallo del día 27/05/03, del mismo Tribunal, a través del cual se formula pliego de cargos contra el Dr. R.R. por infracción en contra de los artículos 1 numerales 1 y 9 del capítulo primero, 2 del capítulo 2 y contra el numeral 6 del Artículo 54, de la Ley de Ética Médica.

ARTÍCULO 1. *La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico – 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.*

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.*

Artículo 2º. *Juramento Médico: Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas.*

ARTICULO 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:*

... (....)

6. Aborto.

El fallo definitivo del HTEM Cundinamarca posterior a las diligencias de descargos, de fecha 26/11/03, que se presentan por parte del Dr. R.R. con una argumentación que es rebatida en su totalidad por parte del mismo ente disciplinario (Folios 403-410), y producto del análisis de las numerosas declaraciones, testimonios y pruebas, sanciona entonces al Doctor R.R. con suspensión en el ejercicio de la medicina por un período superior a los seis (6) meses, con fecha junio 15 de 2004 en ponencia que reza desde el folio 389 y culmina a folio 412 y, en consecuencia envía el cuaderno único mediante oficio 379-04 de fecha 16 de Julio del 2004, al TNEM siendo recibido el día 26 de Julio y sometido a reparto, corresponde por sorteo realizado en la sesión del

día 27 de Julio al Doctor Carlos A. Gaviria N. quien procede en consecuencia a realizar el análisis correspondiente.

Se reciben posteriormente folios en Número de 43 (que se constituyen en el segundo cuaderno, que se entregan de igual manera en fecha 3 de Agosto al Dr. Gaviria como parte integral del proceso mediante oficio adicional 401-04 de fecha Julio 27/04. Documentación allegada posteriormente por parte del Juzgado tercero Penal del Circuito de Girardot que a la vez remite fallos de primera y segunda instancia dentro del proceso 2003-0012 contra el mencionado profesional. Dichos fallos incluyen auto mediante el cual se declaró desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Doctor José Gilberto Castro Roa, abogado del inculpado, una vez vencidos los términos legales, contra el fallo de abril 12 de 2003 de dicha sala, que había sido impugnado, e interpretado por lo mismo como solicitud del recurso extraordinario de casación por el mencionado ente.

HECHOS

El día Viernes 12 de Abril de 2002 a las 08:30, R.S.G. con embarazo de cerca de tres (3) meses es sometida a aborto consentido por el profesional mencionado en su consultorio de Girardot. La también sindicada reconoce en dos de las declaraciones que lleva a cabo, que el único propósito por el cual acudió a la consulta mencionada fue la realización de aborto por motivos personales, ante una relación que le impedía continuar llevando a cabo el embarazo. Ella cumple la cita previos contactos de una familiar suya mediados a la vez por el Doctor J.E.L.S. de quien se reconoce la voz a través de comunicación interceptada con el implicado el día 11 de Abril, (F189) y quien sin duda alguna conocía de la situación de la confesa paciente si se sigue el texto de la misma.

Ella poseía pruebas de su embarazo en primera instancia ciertas por el evidente retraso, siendo mujer de ciclos muy predecibles y las pruebas correspondientes, en varias ocasiones incluidos Ecografía y niveles de gonadotropina coriónica. Posterior a la realización de dicho procedimiento se hizo evaluación clínica por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que igualmente es compatible con el mismo hecho (además por parte del IMLCF se agrega como conclusión a F 34: “puede afirmarse entonces, basados en la información disponible, los elementos encontrados en el consultorio médico allanado y los métodos que se describen en la literatura médica disponible, que estos son los que comúnmente se utilizan para practicar procedimientos con fines abortivos”). La suma cancelada, diez veces la suma de una consulta habitual, los

medicamentos prescritos (Advyl, syntocinón, provera, amoxicilina y Stilnox) el material incautado en el allanamiento que permitía la realización de este tipo de procedimientos (Jeringa de 50 ml con llave de tres vías, dilatador de cuello, pinzas de Hallix etc.), sin duda indicaban que las sospechas eran bien fundadas. En suma, es el testimonio de la también inculpada el que no deja duda alguna al respecto,

Agrega esta sala que a folio 286 la abogada R.S.G. declara que se halla cubierta en asuntos de salud por la compañía Humana Vivir, lo que genera otra circunstancia que hace ver una vez más que la consulta por ella solicitada no era una consulta convencional por irregularidad menstrual ya que esta última hubiere sido realizada con un mínimo costo por su EPS, en contraste con el monto cobrado por el implicado, lo que habla no solamente de costo sino de una evidente premeditación acerca del hecho punible.

Además en la fecha señalada, la fiscalía lleva a cabo diligencia de allanamiento del mismo consultorio siendo capturados allí el profesional inculcado, la persona objeto del procedimiento, inmediatamente realizado éste, y la secretaria del consultorio.

A ello se llega por cuanto la fiscalía tenía conocimiento de la realización en el mismo consultorio de abortos clandestinos razón por la cual, a través de interceptación telefónica previa, se llevaron a cabo las dos diligencias mencionadas.

En lo que compete a la justicia ordinaria y dentro del proceso adelantado por la Fiscalía y a Folio 19 de la documentación adjunta, reza, con fecha 26/08/03:

- 1. Condenar a G.A.R.R de condiciones civiles y personales conocidas, a la pena de dieciocho (18) meses de prisión como autor responsable del delito de aborto consentido en R.S.G., cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, descritas en el proceso.*
- 2. Condenar a G.A.R.R a las penas accesorias de inhabilitación del ejercicio de la profesión de la Medicina por un lapso de seis (6) meses y para el ejercicio de derechos y funciones públicas igual al de la pena principal.*
- 3. Conceder a G.A.R.R la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los términos y bajo las condiciones consignadas en la parte motiva de esta providencia.*

Considera esta sala de interés transcribir los siguientes apartes contenidos en el Folio 409, que corresponde a parte de las consideraciones finales del HTEM de Cundinamarca:

“Todos los hechos anteriormente relacionados, tienen carácter de indicios, serios, graves, concordantes y convergen a demostrar con carácter de certeza el hecho del aborto.

Son los indicios, las pruebas de carácter lógico, intelectual que surgen de los procesos de inducción y deducción, frente al análisis en conjunto de hechos indicadores plenamente comprobados y que guardan relación de causa a efecto con el hecho indicado.

“...La prueba por indicios es, pues, de carácter lógico, intelectual, razonador. De ahí el que los indicios – como las presunciones – se consideren pruebas intelectuales, razonadoras o indirectas, a diferencia de todas las demás, que son directas. En éstas predomina la percepción y la representación; en las indirectas, el razonamiento, la inducción-deducción ...”

“...El campo amplísimo de aplicación del indicio en el proceso penal lo explica así BURKE: “ Todo acto del procesado, todo lo que pueda hacer luz en su conducta, todas las acciones, de otras personas relacionadas con el asunto, todo lo que llegó al conocimiento del procesado y pudo ejercer influencia sobre él; sus relaciones amistosas u hostiles; sus promesas; sus amenazas; la veracidad de sus justificaciones, pretensiones y aclaraciones; su apariencia; el tono de sus declaraciones; su silencio cuando tenía que hablar; hallar todo lo que tiende a establecer la conexión existente entre estos detalles, y, por último cada circunstancia precedente, contemporánea o subsiguiente al delito, todo ello constituye los indicios o pruebas circunstanciales”

Se permite esta sala agregar aquí que la abogada R.S.G. fue procesada y declarada culpable, con sanciones similares a las descritas para el profesional de la medicina que llevó a cabo el procedimiento. Las demás personas que declararen durante el proceso no fueron sujeto de sanción por el ente regular, incluida la secretaria del inculpado y las personas que contribuyeron de manera circunstancial con la cita a través de la cual se impetraran los hechos conocidos y motivo de este análisis disciplinario.

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS

Llama la atención de esta sala el que a pesar de los argumentos en contra y de los innumerables documentos del acervo probatorio que significan sin duda alguna el hecho motivo del presente proceso, el profesional inculpado jamás haya reconocido su falta. De manera que si bien el caso no permite dudas acerca de las faltas en contra de la Ley de Ética Médica, obliga, ahora, siguiendo a Guzmán-Franco en texto de reciente rúbrica, a añadir que¹

“...Nada mas equivocada la argumentación del defensor, porque debe recordarse que el legislador estableció en el Código de Procedimiento actualmente vigente no solamente la no taxatividad de los medios de prueba (art248) sino la libertad probatoria, (art.253) y la sala crítica 8art 254) que implica la libre y racional apreciación de los medios de convicción por parte de los jueces.

Lo anterior significa que los medios de convicción enunciados en el artículo 248 no son taxativos y que tanto el funcionario puede acudir a otros distintos de los allí señalados; significa igualmente que la existencia del hecho, y la responsabilidad del imputado, pueden ser probados “con cualquier medio probatorio” y lo anterior quiere decir que un caso de aborto desde la perspectiva enteramente judicial podrá probarse documentalmente (con la historia clínica); con prueba científica (la prueba de laboratorio realizada previamente para demostrar el estado de embarazo); con peritazgo médico (el dictamen médico-legal quien determina que por los síntomas se puede diagnosticar un embarazo interrumpido); por medio testimonial de los médicos que atendieron a la mujer embarazada; o de las personas que lo sabían del estado de gravidez; o por la declaración de quienes se enteraren de las practicas abortivas; o por cualquier otro medio de convicción; porque se haría interminable la enumeración de los medios de prueba que podrían ser tenidos en cuenta para efectos de demostrar la realización de un aborto.

Finalmente, la apreciación probatoria de conformidad con las reglas de la sana crítica, quiere decir que el juez no tiene porque regirse por valoraciones probatorias previamente establecidas en la Ley, sino que en análisis individual y conjunto de la totalidad de los medios de convicción el funcionario, respetando las reglas de la experiencia, de la naturaleza y de la lógica las valora de conformidad con su recto criterio y llega a una convicción.

1 - Guzmán F., Franco E. Derecho Médico Colombiano, elementos Básicos. Medellín. Ed. Dike, 2004, pág 39 y 40.

Es lo que sucedió con el análisis formulado por el tribunal de primera instancia que esta Corporación comparte y por ello accede a la solicitud de imposición de máxima sanción.

En las condiciones anteriores pare este Tribunal la prueba obtenida de tal manera, como lo fue para la justicia ordinaria que no condenó por delito de aborto, es perfectamente válida y por lo tanto tiene capacidad probatoria para la demostración de la práctica médica en contravía de las normas éticas y para la demostración de la responsabilidad del imputado...”

Lo anterior se considera aquí con este doble énfasis, el ofrecido por el HTEM de Cundinamarca y el que de acuerdo con los autores mencionados permite también significar. Ello es necesario ya que pareciera que el Doctor R. ignora la contundente demostración que los documentos hablados, grabados y escritos poseen acerca de la grave falta cometida, obligando a mostrar que, para el presente caso, no haría falta prueba ninguna diferente a la que los meros indicios brindan, dentro de un contexto que resalta los hechos de manera innegable. Por otro lado, existe falsedad de documento, ya que la HC clínica exhibida a Folio 46,47 claramente lo es. (Art. 34 La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente) ...

Así las cosas, a más de la ya caracterizada violación a los artículos mencionados y puesto que se ve como que el implicado no posee atenuantes circunstanciales o de otra índole, se hace entonces necesario sancionar a dicho profesional con una sanción por tres años de suspensión en el ejercicio profesional de la medicina.

En consecuencia, esta sala, en uso de las atribuciones que le confiere la ley.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer al Doctor G.A.R.R., identificado con la cédula de ciudadanía número ...de... suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por el término de tres (3) años por los hechos por los cuales fue acusado. ARTÍCULO SEGUNDO: Oficiar a las salas de la justicia ordinaria sobre la sanción motiva de esta providencia ARTÍCULO TERCERO. Solicitar al Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca que se analice la actuación del Doctor J.E.L.S. en relación a la llamada registrada de fecha 11 de abril de 2002 a folio 189 sostenida por él y el profesional implicado. ARTICULO CUARTO: COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio

de la Protección Social, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana, para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Decreto 3380 de 1981. ARTICULO QUINTO: Contra esta providencia proceden los recursos de ley. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

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

Bogotá, junio trece (13) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA - SESIÓN No. 875 DEL TRECE (13) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: Proceso número 229 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico
Contra el doctor R.P.R.
Denunciante: Sra. L.P.F.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 28-2006

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en providencia del 27 de Julio de 2005, decide no aceptar los descargos al doctor R.A.P.R., identificado con cédula de ciudadanía No.... expedida en ... y Registro Médico No. ... expedido por el Ministerio de Salud, por violación de los artículos 3, 10, 34 de la Ley 23 de 1.981. En consecuencia, impone sanción de suspensión de 30 días del ejercicio profesional.

El apoderado defensor del Dr. R.A.P.R. formula ACCIÓN DE REVISIÓN de la providencia proferida el 27 de Julio de 2005 en SALA PLENA No.359 dentro del proceso ético disciplinario de la referencia, por medio de la cual se impone sanción de suspensión al encartado, para que se revoque por no hallar mérito para adoptar tal determinación y en su lugar sean aceptados los descargos presentados en su oportunidad por el Dr. R.A.P.R. en consonancia con los razonamientos técnico jurídicos que se sustentan.

El proceso es remitido al Tribunal Nacional de Ética Médica, correspondiendo por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS:

Tienen su origen la investigación disciplinaria como consecuencia de la queja presentada por la señora L.E.P.F., ante la OFICINA DE SEGURIDAD SOCIAL de la SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL, queja remitida al Honorable Tribunal De Ética Médica, mediante oficio recibido en ese Tribunal el día 12 de Noviembre de 2002, por la Directora General del Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, solicita se investigue y establezca la responsabilidad por parte del médico R.A.P.R. por la pérdida de su bebé, calificando que hubo falta de atención adecuada por parte del mencionado Galeno.

La paciente L.P. denuncia al doctor R.A.P.R., relatando los siguientes hechos (folio 19):

“...el día 2 de julio de 2002 me comuniqué con el Dr. E. P., médico general quien me atendió en la unidad “PROGRESO” ubicada en la Carrera 53 con calle 55 y le manifesté que presentaba unas manchas vaginales y me encontraba embarazada. Me ordenó reposo absoluto, pero mis familiares angustiados me llevaron al servicio de urgencia de la I.P.S. SALUD TOTAL y fui atendida por el Dr. R.A.P.R.. Le mostré la prueba de embarazo y el Dr. R.A.P.R. me recetó acetaminofén 500 mg cada seis horas y estrógenos conjugados dos pastillas por dos días y me ordenó reposo. El día 3 de julio de 2002 en la mañana presenté fuertes cólicos y sangrado abundante; fui nuevamente a la unidad médica y encontré al Dr. R.A.P.R. manifestándole mi estado de salud y que la droga que me formuló me había producido sangrado, me contestó que no me podía atender. Entonces el médico de turno me atendió y me remitió a la clínica LA MERCED. Allí fui atendida por el Médico C. a quien relaté mi caso y la droga tomada y me dijo respecto a la droga que debía estar equivocada; posteriormente me trasladaron a la sala de maternidad donde me practicaron un legrado...”

El doctor R.A.P.R., en diligencia de descargos expresó:

“...En cuanto al primer artículo, respeto la decisión de tan honorable tribunal en proferir el pliego de cargos; en cuanto a las violaciones o presuntas violaciones de los artículos mencionados por tan honorable tribunal, soy el primer extrañado en que no cuenten en la sala con la historia clínica pertinente, por que ésta sí fue hecha en la fecha de atención de la paciente. Y es ella génesis de la imputación de que se me hace, puesto que allí esta la valoración clínica del

primer nivel hecha a esta paciente. Le recuerdo a tan honorable tribunal que no soy el tenedor de dicho documento, ya que esta es como lo determina muy bien la ley, del uso de la entidad promotora de salud de la paciente misma, si la solicita, o de algún organismo judicial o competente, si también la solicita. Doy fe de que sí la realicé en fecha y hora oportuna de la atención y que esta debe encontrarse en los archivos de la EPS, ya que es bien sabido que es un documento fundamental, tanto científico como legal, del cual se puede desprender cuestionamiento o pertinencias de lo allí actuado.

Quiero aclarar, no sé si entendí mal, que cuando un honorable miembro del tribunal me imputa impericia e inhabilidad, siendo estos términos puramente quirúrgicos de los cuales yo no hice parte y el no recordar una historia clínica se refiere a los incisos allí escritos en su elaboración, no al hecho de no haberla realizado.

En ese hecho en particular en una conciliación hecha por la paciente y mi persona, después de casi 3 años de sucedido esto, me refirió ante otro ente administrativo este mismo articulado, a lo que le respondí que en su segunda visita a la estación de urgencias yo me encontraba en el servicio de filtro, donde solo pude catalogarla como triage uno, hecho que según ella misma desencadenó todo este alegato en todas las instancias pertinentes, me reafirmó ese día su rabia por no haberla atendido yo mismo, a lo que le dije que por encontrarme en esa área mi misión era dirigirla hacia un médico que pudiera atenderla oportunamente.

Siendo este honorable tribunal parte de esa rama que puede pedir este documento es a lo que me refiero en el primer inciso, no soy tenedor de historia clínica, ya que ésta se la confiere como propiedad la EPS. Incluso yo mismo desde que la realicé no la volví a ver más. Este hecho me llama la atención, me encuentro sorprendido por el no encontrarse dentro del proceso. Ya que en otros entes no fui objetado por ello. Ellos como que sí la tienen...”

La sala plena del 6 de julio de 2005, no aceptó los descargos del doctor R.A.P.R., por las siguientes consideraciones:

No aportó la prueba material para desvirtuar la imputación que se le hizo por no haber elaborado la historia clínica cuando atendió en la sala de emergencia a la señora L.P., por lo tanto, se le sostuvo el cargo de violación del artículo 34 de la Ley 23 de 1981 que reza: “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente.” Por la falta de ese documento importante

se deduce por tanto que no pudo establecer un diagnóstico por escrito ni un plan de tratamiento, este solo aparece escueta y parcialmente en un recetario con su firma, acto que no se compadece con el manejo correcto que debió dar a la amenaza de aborto que presentaba la señora L.P., independientemente de la evolución futura del caso en mención, por lo tanto no pudo demostrar que dispensara a la paciente los beneficios de la medicina que consagra el artículo 3 de la Ley 23 de 1981. En este mismo orden de ideas, consecuentemente por la falta documental ya referida no probó que dedicara a la enferma el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud, no indicó los exámenes indispensables y necesarios para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente como lo exige el artículo 10 de la Ley 23 de 1981. Por lo que consideramos que se debe suspender por 30 días del ejercicio profesional.

En cuanto a la formulación de los estrógenos, acto que él aceptó haber realizado y lo hizo inadecuadamente por la mala racionalidad lógico-científica (violación al artículo 10), concluimos que dicha droga no incidió para nada, como factor determinante en la aparición del aborto incompleto que presentó la señora L.P.

EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL ATLÁNTICO, RESUELVE No aceptar los descargos al doctor R.A.P.R., identificado con cédula de ciudadanía No...expedida en... y Registro Médico No... expedido por el Ministerio de Salud. Por violación de los artículos 3, 10 y 34 de la Ley 23 de 1.981. En consecuencia, imponer sanción de 30 días del ejercicio profesional..."

No se interponen recursos dentro de los términos de ley y, por tanto, la sentencia queda ejecutoriada.

El doctor Edgardo Vélez Fontalvo, apoderado del Doctor R.A.P.R. solicita se sirva decretar la ilegalidad de la providencia proferida por los Hs. Magistrados el día 27 de julio de 2005, notificada por edicto el día 2 de agosto del año en curso, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

"...En dicha providencia, los Hs. Magistrados se basan para sancionar a mi mandante en el hecho de que el denunciado no aportó a dicho Tribunal, la correspondiente Historia Clínica, que dieron motivo a la presente investigación (sic).

En la diligencia de descargos, al ser indagado el Dr. R.A.P.R. respecto a la Historia Clínica de la paciente señora L.P., manifiesta:

“...no soy el tenedor de dicho documento, ya que esta es como lo determina muy bien la ley del uso de la entidad promotora de salud de la paciente misma, si la solicita, o de algún organismo judicial o competente si también lo solicita. Doy fe de que si la realice en fecha y hora oportuna de la atención y que esta debe encontrarse en los archivos de la EPS. Ya que es bien Sabido que es un documento fundamental, tanto científico como legal, del cual se puede desprender cuestionamiento o pertinencias de lo allí actuado. Quiero aclarar no sé si entendí mal, cuando un honorable miembro me imputa impericia e inhabilidad, siendo esos términos puramente quirúrgicos de las cuales yo no hice parte y el no recordar una historia clínica se refiere a los incisos allí escritos en su elaboración, no al hecho de no haberla realizado...”

Más adelante, el Dr. R.A.P.R. en la misma diligencia de Descargos, manifiesta:

“...me reafirmó ese día su rabia por no haberla atendido yo mismo a lo que le dije que por encontrarme en esa área mi misión era dirigirla hacia un médico que pudiera atenderla oportunamente. Siendo este honorable tribunal Parte de esa rama que puede pedir este documento es a lo que me refiero en el primer inciso, no soy tenedor de la historia clínica, ya que esta se la confiere como propiedad la EPS, incluso yo mismo desde que la realicé no la volví a ver más. Este hecho me llama la atención me encuentro sorprendido por el no encontrarse dentro del proceso. Ya que en estos entes no fui objetado por ello...”

Continúa el defensor diciendo que, en ninguna parte del expediente, aparece un auto u oficio, donde el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, solicite copia de historia clínica de la señora L.E.P.F., tal como lo hizo la Fiscalía General de la Nación-Unidad Vida- Fiscalía No. 42, según oficio No. 3198, calendado octubre 11 del 2002.

“...Se le violó al médico R.A.P.R. el derecho al debido proceso, ya que ese ente disciplinario ni siquiera tuvo la delicadeza, de solicitar la historia clínica, que contiene documentos importantes, que arrojan la realidad de los hechos. Y es así ya que esa entidad disciplinaria en las consideraciones de la Sala, literalmente expresa:

“La sala plena del 6 de julio de 2005, no aceptó los descargos del doctor R.A.P.R., por las consideraciones basadas en la afirmación siguiente: “Por la falta de ese documento importante se deduce por tanto que no pude establecer un diagnostico por escrito ni un plan de tratamiento...”

El Tribunal Seccional se declara inhibido de conocer de la solicitud, por hallarse vencidos todos los términos y ejecutoriada la providencia.

El Doctor Diego Maldonado Vélez, nuevo apoderado del Doctor P.R., formula ACCIÓN DE REVISIÓN de la providencia proferida el 27 de Julio de 2005 en SALA PLENA No.359 dentro del proceso ético disciplinario de la referencia, por medio de la cual se impone sanción de suspensión a su representado, para que se revoque por no hallar ciertamente mérito para adoptar tal determinación y en su lugar sean aceptados los descargos presentados en su oportunidad por el Dr. R.A.P.R. en razón a que las consideraciones que a bien tuvo el honorable Tribunal de ética médica del Atlántico, para sancionar al acusado se basaron en que “no aportó la prueba material para desvirtuar la imputación que se le hizo por no haber elaborado la historia clínica cuando atendió en la sala de emergencia a la señora L.P, por lo tanto se le sostuvo el cargo de violación del art. 34 de la ley 23 de 1981 que reza: la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Por falta de ese documento importante se deduce por tanto que no pudo establecer un diagnóstico por escrito ni un plan de tratamiento, este solo aparece escueta y parcialmente en un recetario con su firma, acto que no se compadece con el manejo correcto que debió dar a la amenaza de aborto que presentaba la señora L.P., independientemente de la evolución futura del caso en mención, por lo tanto no pudo demostrar que dispensara a la paciente los beneficios de la medicina que consta el artículo tercero de la ley 23 de 1981. En este mismo orden de ideas, consecuentemente por la falta documental ya referida no probó que dedicara a la enferma el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud, no indicó los exámenes indispensables y necesarios para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente como lo exige el art. 10 de la ley 23 de 1981. Por lo que consideramos que se debe suspender por 30 días del ejercicio profesional...”

Continúa el abogado defensor acudiendo al principio de integración (Art. 82 ley 23/81) “...que permite aplicar lo normado en el código de procedimiento penal, en lo no previsto en la ley ética, me permito alegar como casual de la presente acción extraordinaria, de revisión la del numeral 3 del art. 220 del C. de P. P. el cual es del siguiente tenor: Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su in- imputabilidad.

Corno quiera que existe una prueba posterior al fallo que establece que mi representado es inocente de los cargos que se le imputan es a todas luces

pertinente alegar la causal de marras para el caso que nos ocupa. En efecto la Dra. CLAUDIA STERLRNG POSADA, en su calidad de representante legal de la sociedad SALUD TOTAL S. A, E.P.S. allegó al TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL ATLÁNTICO, el día 19 de Diciembre de 2005, mediante comunicado de fecha Dic. 12 de 2005 la historia clínica de urgencia cuando el Dr. R.A.P.R. atendió en la sala de emergencia a la señora L.P.F.

Surge como consecuencia de lo anterior un hecho nuevo y una prueba nueva. Un hecho nuevo ya que de lo consignado en la historia clínica se desprenden hechos nuevos que no pudieron establecerse con precisión, por no recordar mi representado con exactitud el acto médico realizado frente al estadio de la patología puesta de presente de la que padeció su paciente. Al respecto ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, Cas. Penal, Sent, Dic 19/83: El hecho nuevo previsto como causal de revisión es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal pero que no se conoció en ninguna de las etapas de actuación judicial de manera que no puede ser controvertido; no se trata pues de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero que ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de un suceso ligado al hecho punible materia de investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo de itinerario procesal por que no penetró al expediente.

Asimismo, es evidente que La historia clínica aportada con posterioridad al fallo, objeto de la presente acción de revisión surge de igual manera como prueba nueva y de la cual nuestra corte hace una distinción frente al hecho nuevo. Así tenemos que la prueba nueva es, en cambio, como dice la corte aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concrete en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento ante entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba ex novo demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

No pretendo entonces Honorables magistrados a través de la presente acción de revisión conocida también como recurso extraordinario de revisión,

establecer una continuidad procesal sobre hechos ya debatidos y agotados en su oportunidad natural ya que sería actuar contrario al principio de economía procesal y a la lealtad que deben guardar las partes dentro del juicio. Pero si pretendo cuestionar la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, provocando para ello un nuevo proceso sobre el proceso ya fenecido que es la naturaleza misma de la acción de revisión.

De esta manera se hacen efectivos el debido proceso, el principio de solidaridad, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y así poder fundamentar un juicio de responsabilidad. Parte del Derecho constitucional contemplado en el artículo 26 de la CN es el de ser oído, pedir pruebas lograr que estas se practiquen, pues sin esta última circunstancia las partes quedan imposibilitadas de probar los supuestos fácticos de la demanda o contestación, como garantía para culminar con éxito el debate procesal dentro de un proceso garantista y no eficientista. Respondiendo éste al principio de la necesidad de la prueba. Para de allí sí acceder a verificar los hechos el derecho y Poder sustentar los descargos, con lo que finalmente el Honorable tribunal podrá convalidar al desatar la litis.

Y es que si bien el médico tratante es el autor intelectual de la historia clínica. La ley no le permite sino el derecho de acceder a ella y para el caso que nos ocupa mi prohijado no tuvo la oportunidad de consultarla lo que ocasionó imprecisiones durante el debate por parte de mi defendido, habida consideración de que la EPS., cuando fue requerida en dos ocasiones por el Honorable Tribunal de Ética, no remitió la historia clínica concreta para el caso que era objeto de debate y que servía como fuente primigenia para que el Dr. R.A.P.R. , pudiera nutrir con propiedad al Tribunal y este llenarse de elementos de convicción para finalmente establecer un juicio de responsabilidad.

El Art. 34 de la ley 23/81, Código de Ética Médica, establece: “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”.

De conformidad con el artículo primero de la resolución 1995 de 1.999 emanada del ministerio de salud, “La historia clínica es un documento privado obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización

del paciente o en los casos previstos en la ley” Y de conformidad con lo misma resolución 1995 de 1999, la custodia de la historia clínica le corresponde a la institución donde el médico tratante elabora la historia clínica, que para el caso que nos ocupa le corresponde a la E.P.S. Salud Total S.A.

Fluye de las normas arriba citadas que el orden jurídico le permite a las I.P.S. y a las E.P.S. conservar en depósito la HC, garantizando la debida reserva. Si bien es cierto que la valoración médica, el diagnóstico y el tratamiento, son producto intelectual del profesional de la medicina, ‘y corno tal, tiene derecho de propiedad sobre este tipo de reflexiones, que son producto de su conocimiento, no es menos cierto que la custodia de la HC corresponde por ley a las I.P.S o E.P.S, de suerte que el médico como autor intelectual de la HC solo tiene el derecho de accesar a dicho documento, para consultar garantizando la reserva del mismo.

Del análisis de la historia clínica aportada con posterioridad al proceso v el cual nos ha allanado el camino para presentar el presente recurso extraordinario de revisión, podernos denotar prima facie que mi representado Dr. R.A.P.R., le realizó a la paciente el interrogatorio pertinente, exámenes físicos, estableciendo por consiguiente una impresión diagnóstica de amenaza de aborto acorde con los datos acoplados e hizo tina formulación terapéutica pertinente según la recopilación semiológica del momento, según se consigna en la mencionada historia clínica de urgencia. Nótese Honorables magistrados que el quid del asunto como se diría, en buen romance y el cual ya fue objeto de debate lo constituyó la no elaboración de la historia clínica por parte de mi prohijado, lo que lo sirvió de basamento al honorable tribunal para fallar en contra del Dr. R.A.P.R.

Aquí vale la pena entonces recordar lo manifestado por el Tribunal en la parte motiva del fallo. Podemos colegir entonces sin necesidad de darle mayor esfuerzo alguno a la razón que al quedar demostrado que mi poderdante si elaboró la historia clínica de urgencia, no queda incurso su conducta en la vulneración de las normas que rigen la materia de ática médica.

Siguiendo con el hilo histórico frente a la actuación del Dr. R.A.P.R. con relación a la patología de la Sra. L.P., lo cual se rescata de la historia clínica de urgencia aportada como prueba posterior, tenemos que cuando la paciente fue atendida por primera vez por el Dr. R.A.P.R., ya presentaba un diagnóstico previo de amenaza de aborto. “La amenaza de aborto consiste en un cuadro clínico caracterizado por sangrado de origen uterino, generalmente escaso que

se presenta en las primeras semanas de gestación, acompañado de Dorsalgia y dolor típico cólico menstrual. Al examen Obstétrico se encuentra el cuello largo y cerrado. Se considera que el 50% de las amerizas de aborto, terminan en aborto a pesar de cualquier medida terapéutica; esto probablemente está relacionado con las causas de aborto espontáneo individual. El tratamiento es reposo absoluto en cama, con sedación de acuerdo al estado de ansiedad del paciente. También pueden utilizarse analgésicos antiespasmódicos para aliviar el dolor'. (Texto de Obstetricia y Perinatología. Universidad Nacional de Colombia, facultad de Medicina Departamento de Ginecología y obstetricia). La principal causa de amenaza y posterior aborto son de origen genético por desórdenes cromosómicos estadística que se encuentra en un 80%. Luego se encuentran causas infecciosas y anatomopatológicas.

De suene que mi representado ante la evidencia del cuadro le recomendó reposo absoluto, más analgésico (acetaminofén) más progestágenos según la HC de urgencia. Se explica señales de alarma control con médico familiar. Así mismo en la historia clínica de urgencia se consigna la atención integral del paciente, incluida su parte ginecobstétrica y así tenemos: 'que presenta cólicos leves en región hipogástrico, sangrado tipo manchas escasa. Rojo oscuro. Cuello cenado posterior largo indurado.

Nótese señores magistrados que no obstante haberse consignado en la HC de Urgencia como prescripción progestágenos. El galeno receta estrógenos conjugados (2 tabletas) y acetaminofén, lo cual a las claras constituye un lapsus involuntario, el cual si bien es cierto no es la terapia indicada (estrógenos conjugados) tampoco incidió ni en la amenaza ni en la producción del aborto según se establece de los comités seleccionados para el estudio del presente caso. ¿Podría establecerse históricamente ante lo divino lo humano como juzgar la perfección ante un hecho evidentemente involuntario?

Así tenemos que el hecho productor de la incriminación o reproche en que se fundamenta la acusación que se hace contra mi representado es totalmente lejana a la realidad fáctica ya que no hubo por parte de mi defendido en su actuar vulneración alguna a la lex artis. En efecto el Dr. R.A.P.R., obró con la mayor discrecionalidad científica y en la historia clínica dentro del más claro rigorismo de la ley 23 de 1981, cuya regulación propende por el ejercicio responsable, correcto y honesto de la medicina, y en donde constan todos y cada uno de los pasos y procedimientos aplicados a la paciente, de donde no podemos menos que deducir que la conducta de mí prohijado, fue ejercida en forma diligente y técnicamente apropiada.

Todo lo anterior confluye en la consideración indefectible de que mi representado actuó de conformidad a la *lex artis* y no vulneró con su conducta las normas que rigen la materia de ética médica. Por ello considero que el fallo debe ser desestimado, dictando esa honorable corporación la determinación que en su sana sabiduría corresponda, conforme a lo aquí expuesto...”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- LA ACCIÓN DE REVISIÓN

La Ley 906 de 2004 determina:

Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

1. Cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.
2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.
3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.
4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.
5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero.
6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones.
7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.

Parágrafo. Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria.

Artículo 193. Legitimación. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto.

Artículo 194. Instauración. La acción de revisión se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener:

1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo.
2. El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.
3. La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.
4. La relación de las evidencias que fundamentan la petición.

Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de única, primera y segunda instancias y constancias de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda.

Artículo 195. Trámite. Repartida la demanda, el magistrado ponente examinará si reúne los requisitos exigidos en el artículo anterior; en caso afirmativo la admitirá dentro de los cinco (5) días siguientes y se dispondrá solicitar el proceso objeto de la revisión. Este auto será notificado personalmente a los no demandantes; de no ser posible, se les notificará de la manera prevista en este código.

Si se tratare del absuelto, o a cuyo favor se ordenó preclusión, se le notificará personalmente. En caso de contumacia, se le designará defensor público con quien se surtirá la actuación.

Si la demanda fuere inadmitida, la decisión se tomará mediante auto motivado de la sala.

Si de las evidencias aportadas aparece manifiestamente improcedente la acción, la demanda se inadmitirá de plano.

Recibida la actuación, se abrirá a prueba por el término de quince (15) días para que las partes soliciten las que estimen conducentes.

Decretadas las pruebas, se practicarán en audiencia que tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes.

Concluida la práctica de pruebas, las partes alegarán siendo obligatorio para el demandante hacerlo.

Surtidos los alegatos, se dispondrá un receso hasta de dos (2) horas para adoptar el fallo, cuyo texto se redactará dentro de los treinta (30) días siguientes.

Vencido el término para alegar el magistrado ponente tendrá diez (10) días para registrar proyecto y se decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Artículo 196. Revisión de la sentencia. Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente forma:

1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda cuando se trate de prescripción de la acción penal, ilegitimidad del querellante, caducidad de la querella, o cualquier otro evento generador de extinción de la acción penal, y la causal aludida sea el cambio favorable del criterio jurídico de sentencia emanada de la Corte.

En los demás casos, la actuación será devuelta a un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se trámite nuevamente a partir del momento procesal que se indique.

2. Decretará la libertad provisional y caucionada del procesado. No se impondrá caución cuando la acción de revisión se refiere a una causal de extinción de la acción penal.

Artículo 197. Impedimento especial. No podrá intervenir en el trámite y decisión de esta acción ningún magistrado que haya suscrito la decisión objeto de la misma.

Artículo 198. Consecuencias del fallo rescindente. Salvo que se trate de las causales de revisión previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 191, los efectos del fallo rescindente se extenderán a los no accionantes.

En lo que respecta a las jurisprudencias de las Altas Cortes a este respecto, vale mencionar la C-142 de 1993 que dice:

Impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena. Conviene no olvidar que el artículo 29 utiliza el verbo impugnar, que es genérico, y no se refiere a una forma de impugnar en particular. Como tampoco menciona recurso alguno. En el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de impugnación de las sentencias. Haciendo uso de uno o más de los recursos que existen, todo reo puede impugnar la sentencia condenatoria.

...

El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, y sus principios fundamentales son cuatro:

- a). Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa;
- b). Ese juzgamiento sólo lo puede realizar el juez o el tribunal competente;
- c). El juez o el tribunal competente debe realizar el juzgamiento con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio;
- d). Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En materia penal existen requisitos adicionales para que se configure el debido proceso, lo cual se explica por tratarse de actuaciones que eventualmente pueden desembocar en la privación de la libertad. Por ello, además de los genéricos, los elementos del debido proceso penal son los siguientes:

- a) La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable;
- b) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable;
- c) Todo sindicado tiene derecho a la defensa;
- d) Todo sindicado tiene derecho a la defensa y asistencia de un abogado escogido por él, o designado de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;

- e) Todo sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;
- f) Todo sindicado tiene derecho a presentar pruebas;
- g) Todo sindicado tiene derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra;
- h) Todo sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria; y,
- i) Todo sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Dentro de todos los derechos que conforman el debido proceso, en materia penal, importa destacar este: el de impugnar la sentencia condenatoria. Pues la prosperidad de la demanda depende de la inexistencia de tal derecho en la legislación colombiana.

Además, si se han relacionado todas las garantías o derechos que conforman el debido proceso, es porque, como se verá, la impugnación de la sentencia condenatoria se basa, principalmente, en la violación, supuesta o real, del debido proceso.

C). LA IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Como se ha visto, el artículo 29 de la Constitución establece que quien sea sindicado tiene, entre otros derechos, el de “impugnar la sentencia condenatoria”. (la negrilla no es del texto).

Lo anterior nos lleva a definir qué se entiende por “impugnar la sentencia”.

Impugnar, según el Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española, es: “Combatir, contradecir, refutar. ll 2. Der. interponer un recurso contra una decisión judicial”.

Puede, en consecuencia, afirmarse que impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena.

Desde ahora conviene no olvidar que el artículo 29 utiliza el verbo impugnar, que es genérico, y no se refiere a una forma de impugnar en particular. Como tampoco menciona recurso alguno.

Hay que decir esto porque, como se verá, en el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de impugnación de las sentencias. En efecto, veamos.

1). Acción de Revisión.

Está, en primer lugar, la acción de revisión. Esta procede, al decir del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

“1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

“2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

“3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

“4. Cuando con posterioridad a la sentencia, se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.

“5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

“6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

“Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación”.

Como se ve, la norma se refiere a las “sentencias ejecutoriadas”, sin distinguir si se han dictado en primera, en segunda o en única instancia. Además, las causales comprenden múltiples motivos, entre los cuales está aun el cambio de jurisprudencia de la Corte (numeral 6, artículo 232).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce “ De la acción de revisión cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta Corporación”, como expresamente lo prevé el numeral 2 del artículo 68, del decreto 2700 de 1991. Como también conoce de la misma acción contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores.

Estos últimos, por su parte, conocen de la acción de revisión “contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces del respectivo distrito”.

Como se ve, no hay sentencia ejecutoriada que no sea impugnabile mediante la acción de revisión.

Puede, en consecuencia, concluirse que con la acción de revisión se cumple la exigencia de la Constitución relativa a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias.

Según la legislación anterior, la acción de revisión era un verdadero recurso, pues se denominaba “recurso extraordinario de revisión”. Y, no tenía, como no tiene hoy, límite de tiempo para su interposición.

En alguna oportunidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, vigente el anterior Código de Procedimiento Penal, consideró que el recurso extraordinario de revisión, no era tal, sino una verdadera acción. Doctrina convertida hoy en legislación positiva. Pero, sea recurso o acción, para los efectos de este fallo lo mismo da, pues el resultado es igual, ya que indudablemente es un mecanismo de impugnación de la sentencia...”

Por su parte, la Sentencia No. T-444/94 del Consejo de Estado, expresa:

“...La pretensión esencial del demandante se hace consistir en la necesidad de que la Corte imponga al Consejo Superior de la Judicatura la obligación de “conocer de la revisión (...) y dentro de ella anular el proceso disciplinario No. 413/066-F contra el suscrito por ser abiertamente inconstitucional.”, o en subsidio de la pretensión anterior,

que “se ordene a la Procuraduría cancelar el antecedente disciplinario por ser consecuencia de un proceso inconstitucional...”.

Resulta necesario, antes que todo, precisar la naturaleza del acto del Consejo Superior de la Judicatura que negó la petición de revisión y que es objeto de impugnación, a través de la acción de tutela.

Según los términos del artículo 43 del decreto 1888 de 1989, “las providencias de las salas disciplinarias que impongan sanción de destitución serán revisables de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo II del título V del presente decreto, si así lo solicitare el sancionado o su apoderado dentro de los cinco días siguientes a su notificación”.

La revisión aludida es un recurso extraordinario establecido contra la decisión judicial adoptada por la Corporación Judicial competente que ha impuesto la sanción de destitución al inculpado, el cual se resuelve de plano por la sala de gobierno o disciplinaria (arts. 26 a 31 Decreto 1888 de 1989).

Por la forma como está concebido el recurso, es obvio que no coincide con los lineamientos procesales de la revisión en los procesos civiles, penales y contencioso administrativos que regulan los códigos de la materia, donde se promueve y adelanta un verdadero proceso contra una sentencia que ha resuelto definitivamente la litis y que pretende desvirtuar la presunción de veracidad o fuerza de cosa juzgada que ampara la decisión que se impugna por el accionante.

La naturaleza de recurso extraordinario no se desdibuja por el hecho de que se lo regule en forma diferente a lo que ha sido el diseño tradicional de la acción de revisión civil o penal o contencioso administrativa, en cuanto no se establecen causales específicas para impetrarlo, ni se requiere que la sentencia impugnada haya hecho tránsito a cosa juzgada, ni la petición de revisión da lugar al trámite de un proceso independiente.

Resulta necesario, para la solución del presente asunto, definir la naturaleza jurídica del pronunciamiento que resuelve la petición de la revisión, bien sea acogiendo en decisión estimatoria las pretensiones del recurrente o negándolas, así como el de la providencia que lo inadmite por improcedente.

Las providencias judiciales tienen el carácter de sentencias cuando deciden sobre las pretensiones de la demanda, según el C.P.C. (art. 302) o el objeto del

proceso, como lo advierte el C.P.P. (art. 175-1), cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, así como las que resuelven los recursos de casación y revisión. De ello resulta a su vez, que las demás decisiones judiciales, sean de trámite o interlocutorias, son autos.

Puede concluirse de lo expuesto, que la providencia del 18 de noviembre de 1993 mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura rechazó por improcedente la revisión de su propia sentencia, que destituyó al demandante, es un auto, porque su contenido se limitó a examinar la viabilidad de la impugnación, sin que formulara pronunciamiento alguno sobre el fondo de las pretensiones propuestas por el recurrente con motivo de la revisión.

...

Señala el peticionario que habiéndose agotado todas las instancias procesales tanto en la Procuraduría como en el Consejo Superior de la Judicatura, no fue posible obtener el respeto a sus derechos constitucionales, y que la situación se hizo más grave con la actitud de la Sala Disciplinaria del Consejo, al negarse a revisar la sentencia sancionatoria, desconociendo las garantías constitucionales consustanciales al debido proceso, de suerte que ésta no puede hacer tránsito a cosa juzgada hasta que no se surta la revisión interpuesta, y menos cuando la providencia que la negó no fue notificada personalmente a ninguno de los afectados.

Como todo recurso, el de revisión está sometido a su procedibilidad o viabilidad legal, de manera que no necesariamente y a pesar de que se interponga en oportunidad, puede admitirse como instrumento de impugnación para cuestionar una decisión desfavorable. Los recursos de cualquier laya, ordinarios o extraordinarios, en cualquier especialidad del derecho, son instituciones procesales especialmente regladas por la ley, que operan en el proceso judicial o la actuación administrativa, donde la voluntad del juez o de la administración no juegan un papel discrecional sino reglado y, por supuesto, mucho menos la de las partes o interesados.

La Corte comparte el criterio expuesto por el Consejo Superior de la Judicatura para negar la revisión de la sentencia mediante la cual se sancionó al demandante, porque se ajusta al sentido y voluntad de la normatividad que regula la materia. Dijo en lo pertinente el Consejo:

“Las providencias revisables por disposición del artículo 43 del decreto 1888 de 1989, invocado como sustento jurídico de la petición, lo son, según la

misma norma, de conformidad con lo estipulado en el capítulo II del título V de dicho decreto, el cual señala taxativamente cuáles son posibles de tal recurso, observándose de manera clara que entre ellas no están las que profería el extinto Tribunal Disciplinario, cuyas veces hace ahora la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo superior de la Judicatura. Las revisables son las emanadas de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los Tribunales, cuando impongan sanción de destitución, y en la forma indicada para cada Corporación, que es en unas por la respectiva Sala de Gobierno y en otras por la Sala Plena”.

De otro lado, en Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 78, 192, 327, 330 y 527 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, siendo los demandantes: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha y otros, el Magistrado Ponente Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO dijo en el Expediente No. D-5590, Concepto No. 3815:

4. La acción de revisión es una excepción a la cosa juzgada cuya finalidad es garantizar la justicia material. La protección de los derechos fundamentales hace procedente la acción de revisión cuando a esa finalidad se atienda.

4.1. Señala la demanda que la expresión “absolutorio” del numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, contraviene la Constitución Política porque limita la procedencia de la acción de revisión a los fallos absolutorios dictados en procesos por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, impidiendo la revisión de sentencias condenatorias benévolas que sean resultado de actuaciones amañadas o torcidas de los funcionarios judiciales.

4.2. La jurisprudencia constitucional colombiana ha indicado que la acción de revisión es un mecanismo extraordinario de impugnación que se dirige a destruir el valor de cosa juzgada de la decisión y atiende al interés superior de que las decisiones judiciales correspondan a la verdad real y realicen la justicia no sólo para el procesado, sino también frente a las víctimas y perjudicados con la conducta punible, es decir, tiene por objetivo garantizar la recta administración de justicia, mediante la revisión detallada de hechos nuevos que “afectan en la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana” (sentencias C-264 de 1995, C-680 de 1998, C-551 de 2001 y C-004 de 2003, entre otras).

La Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de enero de 1974, citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-680 de 1998, advirtió que la acción de

revisión es un remedio dirigido a quebrantar la fuerza de cosa juzgada de una decisión judicial que no consulta la justicia en su dimensión positiva, es decir, busca “invalidar por injusta una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho”.

4.3. Pero, como excepción al valor de la cosa juzgada, la revisión sólo procede por las causales taxativamente previstas por el legislador, que deben ser interpretadas y aplicadas en sentido restringido, de tal forma que le es imposible al operador jurídico invocar otras por analogía, ello sin desconocer que algunas, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia T-039 de 1996, requieren pronunciamientos judiciales previos o de requisitos estrictos de procedimiento o de técnicas procesales.

4.4. Esta necesidad de justicia material permite atacar, a través de este mecanismo extraordinario de impugnación, las sentencias judiciales ejecutoriadas, en circunstancias excepcionales, como en el evento previsto en el numeral 4º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, esto es, “Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.”

De acuerdo con esta previsión legal, se configura la causal de revisión con los siguientes elementos:

4.4.1. Fallos absolutorios ejecutoriados,

4.4.2. Dictados sólo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, (restricción por el aspecto material: naturaleza del hecho punible)

4.4.3. No es necesario demostrar que se ha conocido un hecho nuevo o una prueba no arrimada al proceso, (fundamento de las causales de revisión)

4.4.4. Debe existir una decisión de una instancia internacional que declare

que el Estado colombiano es responsable por el incumplimiento protuberante, esto es, manifiesto, de su obligación de realizar una investigación seria e imparcial. En su momento será necesario analizar que ha de entenderse por decisión de una instancia internacional, dado que para el Ministerio Público, como garante de los derechos humanos, aquella puede consistir en la simple admisión del caso o la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de enviar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo que no sea necesario el fallo de la Corte internacional para que las instancias nacionales revisen sus decisiones y hagan prevalecer los derechos que están obligados a proteger.

4.5. Esta causal de revisión, tal como la consagró el legislador de 2004, tiene como antecedente inmediato la sentencia C-554 de 2001, en donde la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 599 de 2000, admitió la necesidad de relativizar el principio de non bis in ídem, cuando los Estados mediante tratados públicos internacionales establecen mecanismos, como la conformación de una jurisdicción independiente de los Estados, encaminados a alcanzar objetivos de interés universal como la paz, la seguridad de la humanidad y la conservación de la especie humana.

4.6. Pero el fundamento inmediato y principal de la norma acusada lo constituye la sentencia C-004 del 20 de enero de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 220 numeral 3º de la Ley 600 de 2000, bajo el entendido que también “procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.”

4.7. La decisión de la Corte Constitucional se fundamenta en que el legislador goza de cierta discrecionalidad en la configuración de los mecanismos de impugnación del proceso penal, que le permite cuando se trata de delitos que no impliquen afectación de los derechos humanos, privilegiar la seguridad jurídica y el principio de non bis in ídem, sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, y por ello, puede la ley autorizar únicamente la revisión de las sentencias condenatorias y

en beneficio del procesado, cuando aparecen hechos nuevos o pruebas no conocidas antes del debate.

4.8. Distinto es el análisis que merece por parte de la Corte la preponderancia del principio en mención cuando se trata de conductas delictivas constitutivas de violación de derechos humanos o de graves infracciones al derecho internacional humanitario, por cuanto una ponderación de los derechos fundamentales comprometidos, lleva a la conclusión según la cual, en aplicación del principio de proporcionalidad debe darse prevalencia a los derechos de las víctimas a la justicia a la verdad y a la reparación, sobre la preservación de una decisión por razones de seguridad jurídica o por el principio de non bis in ídem, toda vez que se trata de comportamientos que por su intensa gravedad, y el daño mayúsculo que causan a las víctimas, deben ser investigados y sancionados con el correlativo mayor rigor por parte del Estado y cuya sanción y erradicación en cuanto involucran derechos fundamentales, interesa y compromete mucho más al Estado y a la comunidad internacional.

Es decir, la gravedad de las conductas delictivas que involucran la afectación de derechos fundamentales obliga a que el conflicto o la tensión que plantea la acción de revisión de sentencias absolutorias, entre la seguridad jurídica y el non bis in ídem, por una parte y los derechos de la víctima y la obligación del Estado de procurar una orden justo mediante la sanción de tales comportamientos, se resuelva a favor de estos últimos.

Por lo anterior, resulta constitucionalmente admisible que frente a tales conductas punibles se admita la procedencia de la acción de revisión contra sentencias absolutorias, como un mecanismo para garantizar que las sentencias penales por violaciones a los derechos humanos resulten acordes con la verdad real, realicen la justicia material mediante la sanción de los responsables y aseguren la reparación de los daños ocasionados a las víctimas.

Pero, además, de acuerdo con la citada jurisprudencia constitucional, la extensión de la causal consagrada en el artículo 220 numeral 3 de la Ley 600 de 2000 a las sentencias absolutorias, también encuentra fundamento en la obligación asumida por el Estado Colombiano, de asegurar la protección de los derechos humanos e investigar y sancionar con seriedad e imparcialidad las violaciones que contra ellos se cometan, de tal forma que, a través de la acción de revisión, pueda corregirse la actuación de la administración de justicia que produce impunidad y desconoce los derechos de las víctimas, por el incumplimiento manifiesto de este deber.

Por ello, puntualiza la Corte Constitucional en la sentencia C-004 de 2003 que, la revisión de esta clase de fallos absolutorios, no constituye en realidad una excepción al principio de non bis in ídem, por cuanto la decisión adoptada con incumplimiento manifiesto del deber de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos, carecen del valor de cosa juzgada material pues no son el resultado de una investigación debidamente adelantada.

Finalmente, con el fin de proteger a los procesados del uso caprichoso de esta causal, la Corte Constitucional precisó que, aunque no se demuestre el hecho nuevo o la prueba desconocida al tiempo del proceso, el incumplimiento del deber de investigar y sancionar con seriedad e imparcialidad las conductas punibles que afectan los derechos humanos debe ser establecido por una autoridad judicial o un organismo internacional encargado del control y supervisión de los derechos humanos. Lo anterior por cuanto “Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente”.

4.9. En este orden, prima facie podría sostenerse que la norma demandada, conforme a la sentencia C-004 de 2003, concreta la exigencia constitucional de excepcionar del valor de la cosa juzgada y del principio de non bis in ídem, a las sentencias absolutorias dictadas por delitos constitutivos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, proferidas cuando se ha incumplido en forma protuberante del deber de investigar seria e imparcialmente, y así ha sido declarado por una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos.

4.10. Sin embargo, en orden a ejercer el control de constitucionalidad de la norma ahora demandada, conviene tener en cuenta que el escenario en que aquel fallo de constitucionalidad tuvo lugar y que determinó que el análisis del artículo 220, numeral 3 de la Ley 600 de 2000, se realizó desde la perspectiva de los derechos de las víctimas en el actual derecho internacional y esencialmente para considerar si la causal procedía también contra sentencias absolutorias. Ese escenario para el caso que plantean los ciudadanos que interponen la acción de inconstitucionalidad, es distinto y como tal exige un nuevo análisis.

En efecto, dentro de la regulación de la acción de revisión prevista en la Ley 600 de 2000, cuando se produjo la sentencia C-004 de 2003, no estaba

contemplada ninguna causal basada particularmente en la existencia de irregularidades en la investigación y sanción de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario así declaradas por instancias internacionales de supervisión y control de los derechos humanos, a saber: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité Internacional de Derechos Humanos de la ONU, y tampoco se permitía la revisión de sentencias absolutorias, (artículo 220 numeral 3º ídem), como ahora sí lo autoriza el artículo 192, numeral 4 de la Ley 906 de 2004, razón por la cual la jurisprudencia constitucional tuvo que fijar el alcance del citado numeral 3ª para armonizarlo con los derechos de las víctimas y la obligación estatal de garantizar un orden justo mediante la correcta investigación y sanción de las violaciones a los derechos fundamentales.

4.11. Partiendo entonces de la constitucionalidad ya declarada e indiscutible de la norma que establece la procedencia de la acción de revisión contra sentencias absolutorias ejecutoriadas, proferidas en procesos en donde una instancia internacional, reconocida por Colombia, ha determinado que hubo incumplimiento protuberante del deber estatal de investigar seria e imparcialmente la violación de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, corresponde establecer si la efectiva protección de los derechos de la víctima y la realización de la justicia material, también obliga a reconocer la procedencia de este mecanismo de impugnación cuando aquel incumplimiento ha arrojado como resultado una sentencia condenatoria nimia, injusta o desproporcionada.

Refuerza lo anterior la Sentencia No. C-418/94

“...el recurso extraordinario de revisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fue una innovación del decreto 01 de 1984, pues antes no existía como tal. En efecto, la ley 167 de 1941, relativa a la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, consagraba una acción de revisión que sólo procedía en dos casos, denominados por la misma ley, como juicios especiales: la revisión de cartas de naturaleza, artículo 149, y la revisión de los reconocimientos, artículo 164. Esta acción de revisión de la ley 167, no era equiparable al recurso extraordinario de revisión, tal como se aplica hoy, pues si bien era una acción que se dirigía contra sentencias, sólo operaba contra aquellas que impusieran al Tesoro Nacional la obligación de pagar una suma periódica, acción que, por lo mismo, era procedente en cualquier tiempo, (artículo 164 de la ley 167 de 1941).

En cambio, el recurso extraordinario de revisión tal como quedó estructurado en el decreto 01 de 1984, procede contra todas las sentencias ejecutoriadas dictadas por los Tribunales Administrativos y por el Consejo de Estado. Este recurso es una innovación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero su origen inmediato está en el recurso extraordinario de revisión existente en la jurisdicción civil. Su finalidad es el restablecimiento de la justicia, y como se dirige contra sentencias ejecutoriadas, se convierte en una limitación a una de las características de la cosa juzgada: la inmutabilidad.

Vale la pena citar el auto de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 25 de abril de 1986, en relación con este tema, en el que se dijo:

“ Es evidente que el recurso extraordinario de revisión no existía en la ley 167 de 1941. Los capítulos XVII (Revisión de las Cartas de naturaleza) y XVII (De la revisión de los reconocimientos), no son recursos y se limitan, como indican con toda claridad, a los asuntos y procedimientos que allí mismo se mencionan. En cambio, el nuevo C.C.A, creó la figura especial del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Así las cosas, no puede hablarse de caducidad de recursos frente a fallos pronunciados y ejecutoriados antes de la vigencia del último código, porque en relación con tales pronunciamientos, sencillamente no existía el recurso extraordinario.” (negrillas fuera de texto)

Otra cosa, muy distinta, es que al entrar en vigencia el decreto 01 de 1984, y en especial, el artículo 187, se hubiesen variado las condiciones para obtener la revisión de las sentencias dictadas en los procesos especiales mencionados, pues a ellas también las comprende el recurso de revisión. Es decir, que el decreto 01 de 1984, al introducir la figura del recurso extraordinario de revisión, reformó el procedimiento existente para la revisión de las sentencias dictadas en los juicios especiales de la ley 167 de 1941.

Ahora bien, si la actora considera que el recurso de revisión que introdujo el decreto 01 de 1984, es contrario a la revisión *sui generis* que consagraba la ley 167 de 1941, en especial, la de las sentencias de reconocimiento contra el Tesoro Nacional, artículos 164 y 165 de la ley en mención, ha de entenderse entonces, que dichas normas quedaron derogadas con la entrada en vigencia del decreto en mención, pues, es un principio general de la vigencia temporal de las leyes, que si una norma anterior es contraria a la posterior, aquélla ha de considerarse derogada. Aspecto éste que es totalmente independiente del

hecho mismo de que las facultades otorgadas al Presidente de la República sólo fueran para modificar la normatividad existente, pues la derogación tácita de todo lo que sea contrario a lo que se ha modificado o reformado, es un efecto inmediato de esa facultad. Por tanto, cuando esto sucede no puede, como lo hace la demandante, hablarse de un exceso en las facultades extraordinarias.

En relación con este tema, y a propósito de una demanda en contra del decreto 01 de 1984, del cual hace parte la norma que aquí se revisa, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, consideró que, aunque era cierto que el Ejecutivo sólo estaba facultado para modificar el Código Contencioso Administrativo, era apenas obvio que las normas que fueran incompatibles con las reformas introducidas al procedimiento administrativo, debían entenderse derogadas. Por esa razón, declaró exequible la expresión contenida en el artículo 268 del decreto 01 de 1984, según la cual quedaban derogadas las demás disposiciones que fueran contrarias a ese código, e inexecutable la referencia a la derogación total de la ley 167 de 1941. (Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de julio de 1984. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Patiño Roselli).

Estas razones son suficientes para declarar improcedente el primer cargo esgrimido por la demandante en contra del artículo 187, del decreto 01 de 1984.

En relación con el segundo cargo, la Corte considera que no puede argumentarse válidamente que se desconoce el derecho de acceso a la justicia, en el presente caso, cuando el mismo legislador ha previsto un medio para atacar las decisiones injustas que tengan por fundamento fraudes procesales, falsedades, el desconocimiento del debido proceso de terceros o de quienes fueron parte en el proceso, etc., es decir, cuando ha consagrado una verdadera acción, cuyo fin es el restablecimiento de la justicia, a través de una sentencia ajustada a derecho. Por tanto, en concepto de la Corte, no existe forma más expedita de garantizar este derecho, que el permitir la existencia de una acción o recurso extraordinario, llámese como se quiera llamar, en contra de las sentencias ejecutoriadas, que por estar amparadas por el principio de la cosa juzgada obligan tanto a los particulares como a la administración, tal como lo dispone el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo.

Por otra parte, considera la Corte que la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión en cualquier tiempo, tal como lo pretende la demandante, no sólo vulneraría los derechos al debido proceso y pronta administración de justicia de las personas en favor de quien se dictó la respectiva sentencia, sino la seguridad y la certeza jurídicas en que se basa el Estado de derecho.

Recuérdese que el legislador está facultado para establecer no sólo un límite para la interposición de acciones y recursos, tal como lo ha reconocido esta Corporación en varios de sus fallos, sino las causales para su procedencia, pues la posibilidad de que, en cualquier tiempo, o por cualquier causa, se ataquen sentencias firmes, atenta contra la seguridad y la certeza jurídicas.

Así las cosas, la posibilidad de establecer términos para la interposición de acciones o recursos, tal como sucede en el presente caso, siempre y cuando ellos sean razonables, es constitucional.

En relación con este tema, vale la pena citar una providencia de esta Corporación, en la que se dijo:

“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. ... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta.” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. Magistrado ponente, doctor Hernando Herrera Vergara.)

Finalmente, debe decirse que la caducidad establecida por el legislador para la interposición del recurso de revisión en contra de las sentencias dictadas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en concepto de esta Corporación, tiene una finalidad distinta a la del resto de los recursos y acciones, pues si la caducidad en general, es una especie de sanción para quien teniendo la posibilidad de acudir a la justicia fue negligente y no lo hizo, en el caso del recurso extraordinario de revisión ante lo Contencioso Administrativo, el término de caducidad busca que las sentencias ejecutoriadas adquieran la inmutabilidad que haga realidad los principios de seguridad y certeza jurídica en que se basa la administración de justicia, con el único fin de lograr el mantenimiento de la paz y el orden social.

A esta conclusión se llega, después de analizar las causales por las que se puede solicitar la revisión de una sentencia, ya que la mayoría de ellas suponen la configuración de unos hechos nuevos que no dependen de quien está legitimado para solicitar la revisión y, por tanto, mal podría hablarse en esos

casos, de que la caducidad para la interposición de este recurso extraordinario sea una sanción para la parte que teniendo la oportunidad para interponerlo, no lo hizo debido a su negligencia o inactividad.

En el presente caso salta a la vista el absurdo conceptual del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, cuando deposita en el acusado Dr. R.A.P.R. la obligación de entregar la Historia Clínica del caso en mención como material probatorio. Y, adicionalmente, al no aparecer dicha Historia, presume que el servicio médico no fue prestado y que violó de esa manera varios artículos del Código de Ética Médica.

Para profundizar un poco en este exabrupto jurídico, analicemos lo concerniente a la Carga Probatoria

2- LA CARGA DE LA PRUEBA

La presunción de inocencia es una trascendental garantía que hace parte del concepto constitucional del debido proceso, precisamente establecido en el artículo 29 al determinarse: "...El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas..." y que **"...Toda persona se presume inocente MIENTRAS NO SE LA HAYA DECLARADO JUDICIALMENTE CULPABLE..."**

Igualmente aparece consagrado en el Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968) al precisarse:

Artículo 14º.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **MIENTRAS NO SE PRUEBA SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY.** (Lo destacado no lo es en el texto). -

Igual sucede en la Convención Americana de Derechos humanos (Ley 16 de 1972) al señalarse:

Art. 8o. Garantías judiciales 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA LEGALMENTE SU CULPABILIDAD.** - (Lo destacado no lo es en el texto). - Aparece como una de las grandes conquistas de los revolucionarios franceses que la consagraron en el artículo 9 de la Declaración Francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 al determinarse:

“...9º. Debiendo presumirse todo hombre inocente **MIENTRAS NO SEA DECLARADO CULPABLE**, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley. - (Lo destacado no lo es en el texto). -

Hace parte igualmente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 al señalarse:

“Art. 11º.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD**, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa. - (Lo destacado no lo es en el texto). -

Este principio es reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá en 1948 al determinarse:

“Art. XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, **HASTA QUE SE PRUEBE QUE ES CULPABLE**. - (Lo destacado no lo es en el texto). -

No ha sido un principio pacífico, porque la verdad es que son muchos los autores que lo han atacado, considerando que no es una verdadera presunción, que se constituye en un obstáculo para la persecución penal, o que en la legislación donde sea reconocida no puede existir la detención preventiva, porque la primera excluye la posibilidad de la privación de la libertad. -

Vélez Mariconde en relación con los enemigos de la presunción de inocencia destaca:

“Las primeras censuras partieron de Garófalo, según recuerda Longhi:” Considero que el principio debilita la acción procesal del Estado, porque constituye como un obstáculo para tornar eficaces resoluciones en contra de los inquiridos, especialmente en materia de detención preventiva, hasta favorecer la libertad de los imputados, aun cuando ella pudiese constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, aun cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia “o hubiese sido solemnemente proclamada por decisiones jurisdiccionales aún no firmes”. A quienes repiten la sólita vanidad y absurda frase de la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, respondo que muchas veces el juicio es anticipado

y la condena pronunciada por el Tribunal de la opinión pública “Por eso estima Garófalo que “en el juicio, al imputado no se lo debe presumir inocente ni culpable. Es lo que es: imputado, es decir, que existen razones por las cuales el magistrado que lo envía ante los jueces lo ha creído culpable”. -

Una opinión semejante fue expresada por Berenini, mientras que Ferri la reafirmó hasta cierto punto, demostrando su incomprensión. Sostiene en efecto, que la “presunción de inocencia, y con ella la regla más general, in dubio pro reo, tiene seguramente un fondo de verdad y hasta es obligatoria cuando se trata del período preparatorio del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples suposiciones o indicios. Esta presunción, derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se prueba lo contrario, goza por ella de una base positiva incontestable, puesto que los delincuentes no son más que una escasa minoría en comparación con el numeral total de la gente honrada. -

Pero esta presunción – dice Ferri – ilógica cuando es absoluta y no se hace distinción alguna, sólo puede “valer en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado. Cuando se trata de un flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece que tenga la misma fuerza lógica o jurídica. Y todavía la tiene menos cuando el procesado no es un delincuente ocasional... que entra en los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión.....el autor de una forma de criminalidad atávica. -

Radical y cortante, en cambio, es la voz de Manzana cuando niega categóricamente la existencia de una presunción de inocencia a favor del imputado. “Si es erróneo – escribe - el criterio de que las normas procesales penales son esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que el procedimiento penal valga (más aún: “milite “; como se dice en jerga forense) a favor del imputado deberá ser considerado inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable condena “. -

“Nada más burdamente paradójico e irracional. Basta pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de delincuencia, ella debería constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia ...”? -

“Las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta – agrega – por los que se llega a un determinado convencimiento, absoluto o relativo, sobre la base de la común experiencia. Ahora bien, ¿de qué inocencia se trata? ¿O lo uno y lo otro a la vez? Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no abolir la detención preventiva? -

En el mismo equívoco incurren Mortara y Aloisi cuando se ocupan del “ritornello che canta doversi presumere linnocenza delli mputato”. “Es una máxima errónea – dicen – que ha seducido a muchos intelectos proclives a la debilidad, y que ha tenido una suerte que no merecía. Podemos y debemos estar de acuerdo en que el imputado no es un delincuente declarado; pero decir que la delincuencia no se debe presumir en su daño es azas diverso que decir que se debe presumir su inocencia. La presunción de inocencia protege a todos los sujetos que no sean sospechados de haber cometido un delito. Quien es sospechado de haberlo cometido cesa de ser protegido por aquella presunción... Tomada a la letra haría imposible el ejercicio de la acción penal porque siempre es absolutamente ilícito obra contra el inocente. Un individuo resulta imputado precisamente cuando viene a menos la presunción normal de inocencia que existe a su favor. -

Ha tenido igualmente acérrimos defensores entre los que debe destacarse al maestro de la Escuela Clásica, Carrara hace un gran elogio de la presunción de inocencia cuando afirma:

“Hay a favor del imputado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción es asumida por la ciencia penal, que hace de ella su bandera para oponerla al acusador y al inquisidor, no con el fin de detener el movimiento de ellos en su legítimo curso, sino con el fin de restringirlos en sus modos, encadenándolos a una serie de preceptos que sean freno para el arbitrio, obstáculo para el error y, por consecuencia, protección del ciudadano. He aquí el fin del rito procesal, que forma el objeto de la segunda parte de la ciencia penal. El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia y así la negación de la culpa... Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente; así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad.....con los modos y las formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón “.

El rito penal es, pues, la salvaguardia de los hombres de bien; la ciencia en esta parte ejercita la protección de los honestos. -

Obsérvese que ya el pensamiento de Carrara – más valioso que su expresión – coincide en sustancia con el que más adelante enunciaré, desde que el maestro admite que el imputado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario... por sentencia firme. -

Por su parte y en igual sentido Lucchini enseña que “no ya por consideraciones unilaterales o por motivos sentimentales, sino en obsequio a los principios de razón y evaluando los intereses sociales en su esencia y plenitud, frente al estado de imputación del individuo perseguido surge y se contrapone la “presunción de inocencia “, que en todo el curso del procedimiento debe atemperarlo y equilibrarlo...”, la cual es “corolario lógico del fin racionalmente asignado al proceso. Si tal fin práctico consiste en el descubrimiento de la verdad con respecto a la imputación del delito, es natural que se contraponga a él la hipótesis de que el imputado sea inocente, es decir, que todo ciudadano debe reputarse tal hasta que no sea demostrada su culpabilidad. Cuando ésta no se demuestre, pues, el imputado debe ser absuelto sin exigir la demostración de su inocencia y debe reintegrarse a la sociedad sin mancha alguna, precisamente porque... su inocencia es presunta”. -

Entiende el autor citado, por lo tanto, que “la presunción de inocencia constituye la primera y fundamental garantía que la ley de procedimiento asegura al ciudadano, presunción iuris, como suele decirse, o sea, válida hasta la prueba en contrario, hasta que no se haya demostrado la verdad de la imputación mediante la sentencia de condena “. A su criterio, el principio produce dos efectos: “primero, tener despierto y vigilante el interés represivo en torno al fin práctico a conseguir: la demostración real y concreta de la culpabilidad; segundo, que cuando se presente el eventual conflicto entre los dos supremos intereses procesales, en el curso del procedimiento o en su definición, no se abandone el in dubio pro reo. -

Del principio de la presunción de inocencia se derivan dos trascendentales garantías a favor del procesado: a) el in dubio pro reo y b) la carga de la prueba. -

Para que pueda producirse una sentencia condenatoria es menester que en el intelecto del juez se haya formado la certeza de la culpabilidad y la responsabilidad, es decir que debe tener la íntima convicción de que se produjo la infracción a la norma penal y que la persona o personas procesadas son los autores de la misma y que por los medios de convicción allegados al proceso se tiene la certidumbre que sobre ellos debe recaer un juicio de responsabilidad penal. -

Cuando por una investigación deficiente, exista incertidumbre, o duda respecto a la existencia del hecho, vacilaciones, indecisiones o perplejidades, respecto a la realización de la conducta, sombras sobre alguno de los elementos del delito, el juez en el cumplimiento de sus deberes debe dictar sentencia absolutoria dando aplicación al principio del in dubio pro reo, según el cual todo tipo de dudas o incertidumbres sobre alguno de los aspectos antes destacados debe llevar al juez a reconocer la duda a favor del procesado.-

Debe precisarse que la garantía del in dubio pro reo, surge no solo del principio de la presunción de inocencia, sino de los también constitucionales derechos de tener acceso a la justicia y a un proceso sin dilaciones injustificadas. -

Bien se sabe que el derecho a tener acceso a la justicia no solo significa el poder denunciar, querellar o participar como sujeto procesal, testigo o denunciante dentro del proceso, sino que de él dimana el derecho ciudadano a que el Estado decida el proceso con la mayor prontitud por medio de una decisión firme y definitiva. -

Este principio tiene una estrecha relación con el derecho ciudadano a tener un proceso sin dilaciones injustificadas, que impide la posibilidad que en el pasado se dio, cuando una persona podía estar indefinidamente vinculada a un proceso. -

El in dubio pro reo surge en el derecho moderno ante la imposibilidad del non liquet, posible en el proceso penal romano y que hoy constituiría una verdadera denegación de justicia; lo que fue una realidad en el pasado, daba la posibilidad infame de que el ciudadano pudiera estar de por vida vinculado a un proceso, sin esperanzas de que el mismo le fuera fallado definitivamente. - El segundo principio que se deriva de la presunción de inocencia es el de la carga de la prueba, que surge de una sencilla interpretación gramatical tal como el principio es postulado en los diversos ordenamientos superiores. -

En la Constitución aparece redactado así: Toda persona se presume inocente **MIENTRAS NO SE LA HAYA DECLARADO JUDICIALMENTE CULPABLE**

En el Pacto Universal de derechos humanos así:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **MIENTRAS NO SE PRUEBA SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY.** (Lo destacado no lo es en el texto). -

Y en la Convención Americana de Derechos humanos así:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA LEGALMENTE SU CULPABILIDAD.**- (Lo destacado no lo es en el texto). -

Como se puede observar de la enunciación del principio en las diversas normatividades surge con claridad que al presumirse a los ciudadanos inocentes, la destrucción de esta presunción corresponde al Estado, porque es este que como expresión de la soberanía interna quien ejerce el ius puniendi, y es por tanto, quien tiene el monopolio de la fuerza, de la represión y del castigo y quien tiene el deber y la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia de que gozan todos los habitantes del territorio nacional.-

Es por ello que, dentro de las diversas normatividades analizadas, el ciudadano seguirá presumiéndose inocente:” mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.....”, tal como se estipula en la Constitución; o “.....mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley.....” como se determina en el Pacto Universal; o “.....mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” como se señala en la Convención Americana. -

De todas las anteriores expresiones gramaticales surge con nitidez, que el ciudadano no tiene que demostrar su inocencia, sino que es el Estado, quien con todo su poder represivo debe demostrar la culpabilidad. -

Es a este deber u obligación que se ha denominado como “carga de la prueba “, que si bien es un principio que surge como expresión de los deberes procesales que les incumben a los actores dentro del proceso civil, fue trasladado al campo del derecho penal donde ha tenido plena receptividad, entendiéndose por carga de la prueba la noción que con anterioridad se ha dado. -

Recuérdese que en el proceso civil el juez limitado por la imposibilidad del fallo ultrapetita que, lo obliga en principio a fallar de conformidad a lo pedido y probado por los diversos actores del proceso. Lo anterior deriva del hecho de que tanto demandante como el demandado deben precisar muy claramente en la demanda o en la contestación a la misma, cuáles son sus pretensiones procesales y de conformidad con ellas producir todo el acervo probatorio que sea indispensable, para que el juez en la sentencia les reconozca lo que han pedido y demostrado. -

Es por las razones precedentes que al interior del proceso civil siempre se ha hablado de la carga de la prueba, entendiendo por tal el deber procesal que tienen demandante y demandado de producir o aportar todos los medios de convicción necesarios para que sus pretensiones les sean reconocidas en la sentencia. -

Tal concepto trasladado al ámbito del proceso penal se debe traducir en la obligación que tiene el Estado de demostrar la existencia del hecho, la infracción a la norma penal, la autoría y la responsabilidad y los atenuantes o agravantes, y los eximentes de la misma, de conformidad con la obligación legal impuesta de la investigación integral. -

No debe olvidarse que las normas constitucionales e internacionales de los Tratados sobre Derechos Humanos, no consagran el concepto del debido proceso como privativo o propio del derecho procesal penal, sino que lo hacen extensivo a toda clase de actuaciones procesales y administrativas. Es así como nuestra Carta Política dispone en el artículo 29 en relación con la universalidad procesal y administrativa del debido proceso:

“El debido proceso se aplicará **A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS.** (Lo destacado no lo es en el texto). -

Por su parte el Pacto Universal dispone en relación con la misma temática:

“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.** (Lo destacado no lo es en el texto). -

La Convención Americana por su parte dispone en relación con la universalidad del concepto del debido proceso:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro 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, **O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, LABORAL, FISCAL O DE CUALQUIER OTRO CARÁCTER.** - (Lo destacado no lo es en el texto).-

Como se puede observar la garantía del debido proceso como protección del ciudadano frente a la persecución del Estado, no solo es en el ámbito del proceso penal, sino en toda clase de ordenamientos procesales o administrativos y si ello es así, se tiene que llegar a la conclusión que en el ejercicio de ésta especial acción de extinción de dominio deben garantizarse los derechos fundamentales de los ciudadanos y en tales circunstancias ha de concluirse que es al Estado y a sus funcionarios a quienes les corresponde demostrar que el crecimiento injustificado del patrimonio es consecuencia de actividades ilícitas y de manera concreta, derivada de alguna de las infracciones a la ley penal que especialmente aparecen consagradas en el parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 793 .-

Estimamos que además de los argumentos de naturaleza superior dados en precedencia, la obligación de la carga de la prueba tiene mayor justificación en este tipo de procesos, porque como consecuencia de la sentencia que se dicte no solo la persona puede perder todo o gran parte de su patrimonio, sino que como efecto de la decisión, el principio de la presunción de inocencia – pese a no ser un proceso penal -, queda destruido, puesto que la sentencia de extinción de dominio implica como consecuencia de su propia naturaleza, una declaración de responsabilidad penal sui generis, puesto que al despojar de su patrimonio a un ciudadano se le está diciendo que la pérdida del mismo a favor del Estado, surge como consecuencia de haberlo adquirido por medios ilícitos.-

Y se afirma que la decisión que se dicte como final ejercicio de la acción de extinción de dominio es una declaración de responsabilidad sui generis, porque por no ser una sentencia penal no conlleva declaratoria de responsabilidad penal, ni tampoco imposición de pena, tal las contempladas en la norma penal, no afecta el pasado judicial del ciudadano y por tanto no puede tenerse como un antecedente ; pero es igualmente una realidad que la declaratoria de extinción de dominio conlleva una declaración indirecta de responsabilidad en cuanto se está decretando mediante sentencia judicial que el demandado adquirió los bienes por medios o con recursos ilícitos, declaración que evidentemente tiene profundas repercusiones negativas respecto a la sociedad en general; porque es obvio que tal declaración conlleva una grave afectación del honor y del buen nombre y sus consecuencias sociales estigmatizantes son similares a las de una sentencia condenatoria de naturaleza penal.-

Dándose tan especiales circunstancias es que con mayor razón se predica que el ejercicio de tal acción debe adelantarse dentro del más estricto cumplimiento del concepto del debido proceso constitucional, que

comprende como es apenas lógico intuirlo el concepto de la carga de la prueba, como un deber y responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, los que ejercen la represión penal. -

En similar sentido ha sido el criterio de la Corte al sostener:

“La sentencia mediante la cual, después de seguidos rigurosamente los trámites legales y una vez observadas las garantías del debido proceso, se declara la extinción del dominio, DESVIRTÚA LA PRESUNCIÓN DE QUE QUIEN EXHIBÍA LA TITULARIDAD DE LA PROPIEDAD DE UNO O VARIOS BIENES, QUE SE PROCURÓ EN CONTRA DEL ORDEN JURÍDICO, la tenía de manera legítima. Se trata, entonces, de una providencia judicial que no crea a partir de su vigencia el fenómeno de la pérdida de una propiedad que se tuviera como derecho, sino que declara -como el artículo 34 de la Constitución lo estatuye claramente- que tal presunta propiedad, dado su irregular origen, nunca se hizo merecedora de la garantía ofrecida por la Constitución, ni a la luz del artículo 30 de la Carta Política anterior, ni con arreglo al 58 de la hoy vigente. Estos preceptos han partido del esencial presupuesto de la licitud para cobijar bajo el manto de la legitimidad y la tutela jurídica el derecho alegado por alguien. Resulta, entonces, que la sentencia es meramente declarativa: aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio. .- (Lo destacado no lo es en el texto).-

No podemos menos que compartir el criterio expresado por el profesor Edgar Escobar López quien critica las concepciones de algunas leyes que han pretendido invertir la carga de la prueba, especialmente en relación con delitos como el enriquecimiento ilícito y el testaferrato y de las viciosas prácticas judiciales, impulsadas por el eficientismo, que estiman o consideran que es el procesado quien debe proceder a demostrar la licitud de sus bienes y obviamente su inocencia. -

Creemos que además de los argumentos que se han dado, de la propia redacción del inciso segundo del artículo 34 constitucional lleva a la conclusión que en el ejercicio de esta especialísima acción, también al Estado le corresponde demostrar la procedencia ilícita de los bienes. -

En este sentido el Dr. Edgar Escobar López ha sostenido:

“Y en el derecho procesal penal de hoy, con las excepciones que mencionaremos

luego, impera el criterio de que en el proceso penal no puede tener aplicación la doctrina de la carga probatoria, porque es el Estado, por medio de sus agentes, el fiscal y el juez, “a quien corresponde el deber y el peso de la prueba, no siendo sino una manera impropia de hablar, tomada del derecho civil, aquello de que sólo compete tal deber al acusado o al acusador”. “A la copiada máxima de la obligación de probar del que afirma hay que añadir la presunción de inocencia, merced a la cual nadie tiene obligación de probarla cuando resulte gratuitamente negada, aunque sí debe hacerlo cuando se contradice en virtud de delincuencia probada. Cree, pues, que el imputado tiene la obligación de probar su inocencia cuando la prueba independiente ha destruido la presunción que le protege, errando así cuando admite una excepción”.

Esas excepciones al deber de probar la acusación por parte del Estado, a través de sus agentes, son numerosas en la legislación colombiana actual, donde se invierte el principio de la carga de la prueba y queda la obligación de demostrar su inocencia al procesado, desconociéndose de tajo el estado o condición de inocencia que se viene analizando. Veamos esas excepciones:

a) En el delito de Enriquecimiento Ilícito contemplado por el artículo 10° del Decreto 2266 de 1991, corresponde al sindicado y a su defensa la carga probatoria de demostrar la legalidad de la propiedad sobre los bienes y la lícita procedencia de los dineros con que fueron adquiridos. Pero la prueba del incremento patrimonial no justificado corresponde a la Fiscalía, organismo estatal que debe aportar la prueba en ese sentido y, por eso, la carga de la prueba es relativa en ilicitudes como estas. El procesado debe demostrar la legalidad de la propiedad sobre el bien y la procedencia lícita de los dineros, mientras que al Estado corresponde la demostración del nexo con la actividad ilícita y el incremento patrimonial injustificado.

b) En el testaferrato, consagrado por el artículo 7° del Decreto 2266 de 1991, el canon 4° del mandato 2390 de 1989, convertido en legislación permanente por el dispositivo 6° del Decreto 2272 de 1991, adiciona el primero de los mencionados mandatos al decir que quienes aleguen propiedad sobre los bienes decomisados u ocupados, deben comparecer “dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a su citación o emplazamiento, con el fin de que demuestren su propiedad sobre ellos, su procedencia legítima y el fin para el cual estaban destinados” Fuera de ello, autoriza al juez para que en la sentencia decida “en forma definitiva la destinación (sic) de dichos bienes y su devolución en caso que se demuestre plenamente la licitud de su procedencia y destinación”. Y termina el Decreto diciendo que, si “los terceros no se

presentaren dentro del lapso señalado, se considerará como un indicio grave sobre la ilicitud de la procedencia y destinación de dichos bienes”.

En fin, la práctica judicial en la instrucción y fallo de procesos nos ha enseñado que no son pocos los textos legales donde se abre paso la presunción de culpabilidad porque, con la sola sindicación a un ciudadano de haber cometido un hecho punible, se le obliga a aportar los elementos de juicio probatorios demostrativos de su inocencia, es decir, que no es cierta la imputación que sobre el recae. Ello convierte al Estado y a los agentes encargados de administrar justicia, en fácil instrumento de los malvados con deseos de vindicta, de proclives intereses, mezquinos sentimientos, que atentan contra los derechos básicos de los buenos ciudadanos, de las personas indefensas, a quienes muchas veces se les imputan ilícitos en los que nada han tenido que ver o, por situaciones del destino, se ven abocados a un proceso penal y, al final de cuentas, se hallan atrapados en una red, en una maraña probatoria a veces pre-ordenada de la cual difícilmente pueden encontrar la salida.

Es que si el Código Penal de 1980, que entró en vigencia el 29 de enero de 1981, tiene teóricamente una orientación culpabilista, porque en verdad ello no es exacto, echó de menos el derecho penal de autor y acogió la moderna teoría del derecho penal de acto o de hecho, contemplado en el artículo 21 de la normatividad y característico de los estados de derecho social democráticos, derecho penal de acto o de hecho que se desconoce impunemente al invertirse la carga de la prueba en esas conductas mencionadas, que en nuestro criterio no son mas que desafortunadas normas de presunción de culpabilidad, donde la obligación de probar pesa en el sindicado y su defensa, y no en el Estado por medio de sus funcionarios judiciales. Esos rezagos del peligrosismo o positivismo deben erradicarse de una legislación moderna como la nuestra y de todas aquellas donde existan porque, si desaparece la presunción de culpabilidad que las normas consagran, se fortalece el derecho de defensa y el estado de inocencia.

Es que la concepción moderna de la carga de la prueba del delito en cabeza del Estado, por intermedio de sus agentes, tiene como fundamento el carácter de interés público que determina el proceso penal, lo que significa que la obligación de investigar la verdad incumbe al Estado, sin que la actividad probatoria que al mismo le corresponde y el objeto de la prueba, del cual no puede disponerse por el mismo por ser de orden público, puedan encontrar límites derivados de la conducta de los sujetos procesales. Y si el proceso penal tutela la libertad personal y el imputado es inocente hasta que no se acredite y declare su culpabilidad

mediante sentencia en firme, nos PARECE INDUDABLE QUE EL DOGMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 29 EXCLUYE EN ABSOLUTO LA CARGA PROBATORIA DEL IMPUTADO. ESTE NO TIENE EL DEBER DE PROBAR NADA, AUNQUE TENGA EL DERECHO DE HACERLO, PUES GOZA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE NO REQUIERE SER CONSTRUIDA, SINO QUE DEBE SER DESTRUIDA. Y SI NO SE LE PRUEBA SU CULPABILIDAD SEGUIRÁ SIENDO INOCENTE Y, POR LO TANTO, DEBERÁ SER ABSUELTO, simplemente porque no se le ha probado la autoría o participación en el delito que se le imputa, máxime que según el ordinal 5° del artículo 250 de la Constitución Política, los fiscales, en todos sus niveles y especialidades, están en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos básicos y las garantías procesales que le asisten. - (Lo destacado no lo es en el texto).-

Acudamos a la doctrina para tener un mejor entendimiento de lo que ha de entenderse por carga de la prueba:

“En el proceso civil, el principio de la carga de la prueba significa que quien afirma un hecho en el cual descansa su pretensión tiene el deber jurídico (para consigo mismo) de probarlo, de modo que – produciéndose una repartición formal de la carga probatoria entre el actor y el demandado – el Juez debe considerar inexistente el hecho cuando no lo ha probado quien tiene el deber de hacerlo; su incumplimiento perjudica al titular de la carga. El magistrado carece normalmente de un poder autónomo de investigación. La doctrina moderna aspira a concedérselo, por lo menos en cierta medida. -

En lo penal, esta doctrina fue antiguamente afirmada lo mismo que en el civil, pero después fue decayendo poco a poco hasta ser abandonada. Bonnier morigera ya la máxima reus excipiendo fit actor cuando concluye que “el acusado que alega un hecho justificativo o una excusa, no está obligado a justificarlo de una manera tan precisa, debiendo bastar la posibilidad del hecho alegado para motivar la absolución “. Framarino, por su parte, llega a considerar que “el acusado que opone una justificación o una excusa, no tiene la obligación de la prueba completa (como el demandado sobre la excepción); le basta haber hecho creíble su afirmación “. En la actualidad, salvo alguna extraña excepción, impera el criterio de que en el proceso penal no puede tener aplicación la doctrina de la carga probatoria. -

Es cierto que esta concepción moderna reposa en el carácter público del interés que determina el proceso penal, lo que significa que la obligación de investigar

la verdad incumbe a los órganos del Estado, sin que la actividad probatoria (que a ellos les corresponde, en primer lugar) y el objeto de la prueba (indisponible) puedan encontrar límites derivados de la conducta de las partes; pero si el proceso tutela la libertad personal, y el imputado es inocente hasta que no se acredite y declare su culpabilidad, ME PARECE INDUDABLE QUE EL DOGMA CONSTITUCIONAL EXCLUYE EN ABSOLUTO LA CARGA PROBATORIA DEL IMPUTADO; ESTE NO TIENE ÉL DEBER DE PROBAR NADA, AUNQUE TENGA EL DERECHO DE HACERLO, PUES GOZA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE NO REQUIERE SER CONSTRUÍDA, SINO QUE DEBE SER DESTRUÍDA; SI NO SE LE PRUEBA SU CULPABILIDAD SEGUIRÁ SIENDO INOCENTE, Y POR TANTO, DEBERÁ SER ABSUELTO. - (Lo destacado no lo es en el texto).-

Leo Rosenberg en relación con esta temática ha sostenido:

“El juez sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la existencia de las circunstancias que constituyen los presupuestos del precepto.

De ello resulta que la norma jurídica deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la no-existencia de estos presupuestos sino también cuando le han quedado dudas acerca de su existencia. Los inconvenientes de esta incertidumbre recaen sobre la parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión. De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o - dicho más brevemente - soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. Soporta esta carga, porque aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos. Como se ha visto, la esencia de la carga de la prueba reside, precisamente, en la resolución con respecto a esta duda. La sentencia del juez se pronunciará en tal caso necesariamente en contra de la parte; no porque ella soporta la carga de la prueba, sino al revés: decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte porque en caso de incertidumbre sobre una característica definidora del precepto legal debe decidirse en perjuicio de esa parte. Solo al apreciar adecuadamente esta relación de causa y efecto, se comprenderá la coherencia de nuestro problema con la doctrina de la aplicación del derecho y se reconocerá la exactitud de nuestro punto de partida. -

El Tribunal del Reich ha tenido varias veces la oportunidad de expresar claramente que para el resultado del pleito surge igual efecto el hecho de que el juez esté convencido de la no existencia de los presupuestos del precepto jurídico a aplicarse, que la circunstancia de que no esté convencido ni de su existencia ni de su no existencia. -

Así, por ejemplo, en un caso en que el tribunal de apelación consideró no probado el que el derecho reclamado haya sido adquirido a base de una transacción, rechazando por eso la demanda, el tribunal supremo ha contestado a los ataques elevados contra esto por la revisión:

“Esto basta completamente, porque el demandante tiene la carga de la prueba y, en consecuencia, no puede triunfar, si no suministra la prueba que le incumbe, sin que el tribunal de apelación tuviera que comprobar positivamente lo contrario, esto es, que el derecho no haya sido otorgado”. - (Lo destacado no lo es en el texto).-

Micheli reflexionando sobre el mismo tema nos indica:

“El dogma de la carga de la prueba, como se verá en el desarrollo de esta primera parte, estudia precisamente los medios ofrecidos al juez para evitar un pronunciamiento de duda, cuando el derecho ofrecido no admita excepcionalmente fórmulas dubitativas, o para excluir la omisión de pronunciamiento, salvo cuando el non liquet dentro de determinados límites, es admisible (por ejemplo, absolutio ab instantia). Pero obsérvese que en la primera serie de casos existe ya una regla de juicio, la cual da contenido definitivo (ya sea de aceptación, ya sea de rechazo) a un juicio de duda, y en la segunda decisión no incide en general sobre el contenido de la controversia, dejando sin prejuzgar el mérito de ella. Sentado esto, no me parece, por tanto, admisible el planteamiento del problema propuesto por Sarraceno, según el cual el juez emite siempre una decisión, también cuando pronuncia un non liquet, puesto que el juez, como todo mortal, debe tomar siempre una decisión y esta puede concretarse, por tanto, también en una denegación para decidir, lo que equivaldría a un pronunciamiento negativo. Una decisión semejante, siempre para Sarraceno, contiene un pronunciamiento sobre la carga de la prueba, en cuanto la decisión negativa constituye el contenido de una providencia negativa, en lo que se comprende también la denegación de conceder la tutela jurídica a quien la solicite. -

A mi entender, sin embargo, la doctrina de la carga de la prueba se plantea sobre bases más amplias y diversas de las que en hipótesis establece Sarraceno. Más

amplias puesto que el programa que el legislador se propone resolver al dictar las reglas de juicio de la carga de la prueba no concierne solo a la prohibición del non liquet, de la omisión de pronunciamiento, en lo que se especifica el deber del juez de pronunciar en todos los casos, sino también la eliminación de pronunciamientos de contenido dudoso, esto es, de decisiones, las cuales, aun conteniendo un juicio lógico, no definen la materia de la controversia. .-

Carlos Climent Durán, comentando la relación existente entre la presunción de inocencia y la carga de la prueba sostiene:

“La presunción de inocencia opera en el juicio penal imponiendo a los acusadores la carga de probar la perpetración de un hecho delictivo por parte del acusado. **ESTO SIGNIFICA QUE EL ACUSADO QUEDA EXENTO DE PROBAR SU PROPIA INOCENCIA O SU FALTA DE CULPABILIDAD, COSA QUE OBTIENIENDO LE RESULTARÍA MUY DIFÍCIL, POR NO DECIR IMPOSIBLE:** hoy día nadie admite que haya de ser el acusado quien tenga que probar su propia inocencia o la no realización del acto delictivo que se le imputa. Aunque, como luego se verá, esto no quita que el acusado tenga la carga de probar los hechos imputativos o extintivos que aduzca a su favor. - (Lo destacado no lo es en el texto). -

Orlando Alfonso Rodríguez en relación con el tema de la carga de la prueba sostiene:

“En el campo punitivo, no existe el concepto de la distribución de la carga de la prueba, que caracteriza los procedimientos privados, como el civil, sino que es del resorte exclusivo del acusador. Tiene entonces, importantes repercusiones *en relación con la carga de la prueba, que por su consagración constitucional de este principio le corresponde enteramente al Estado, a través de organismos especializados, con jurisdicción y competencia, dentro de los marcos del debido proceso, el deber, la obligación social y política en aras de defender los intereses generales de entrar a demostrar la existencia del hecho, la infracción a la ley penal, como la culpabilidad y consecuente responsabilidad del procesado.* Es el onus probando entendido como obligación, interés, facultad o deber jurídico del Estado de probar, para desvirtuar la premisa menor de la presunción, en el sentido que el imputado no es inocente, y así debe declararse en sentencia. -

Por el contrario, *el ciudadano procesado, titular del derecho primigenio de inocencia, está dispensado de probar su inocencia,* porque con base en la premisa mayor de la presunción, la generalidad de los hombres no delinquen

y el imputado por el hecho de ser integrante de esa sociedad, le da derecho a ser tratado como inocente, correspondiéndole a ésta – a través de sus instituciones – probarle que delinquirió; de acuerdo con el axioma: quienes acusan deben tener pruebas, qui accusare volunt, probationes habere debent.

Esta generalidad, se manifiesta como una garantía judicial con raigambre constitucional y legal, que presume la inocencia del ciudadano; su condición dentro del proceso es la de ser titular del derecho político fundamental, protegido con una presunción relativa en su favor, que admite prueba en contrario. La organización social, a través del Estado, tiene el deber, la obligación de demostrarle que violó la disciplina social, afectó uno de los intereses política y jurídicamente apuntalados, garantizándole un proceso judicial legal, justo y debido, acreditando la prueba mínima en contrario, con la suficiente vocación y capacidad para derribarla. *Es lo que en la semántica procesal se denomina la carga probatoria, esto es, la obligación estatal de probar que ese hombre en concreto afectó intereses que protege la sociedad en general, al no respetar las leyes vigentes, que estaba en el deber de observar.* -

ESTA DISPENSA DE LA CARGA DE LA PRUEBA, PERMITE QUE EL PROCESADO PUEDA ASUMIR UNA POSICIÓN PASIVA, INCLUSO, COMO PARTE DE UNA ESTRATEGIA DEFENSIVA, QUEDANDO A LA ESPERA QUE EL ENTE ACUSADOR DESARROLLE SU ACTIVIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE ALLEGAR LA PRUEBA DE CARGO, EN LA PRETENSIÓN DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN LEGAL QUE AMPARA SU CONDICIÓN DE INOCENTE. Esa prueba debe reunir todas las condiciones de legalidad para que legítimamente sea apta para construir un eventual fallo de condena. El “derecho a la presunción de inocencia impone todo un conjunto de garantías constitucionales de la actividad probatoria en el proceso penal, esto es, la presunción de inocencia conlleva toda una serie de reglas de la actividad probatoria”, dice el tratadista español Ignacio Díez-Picazo Jiménez - (Lo destacado no lo es en el texto). -

Es una realidad que tanto la Constitución como los Tratados sobre Derechos Humanos crean un concepto del debido proceso aplicable no solo a los procesos penales, sino a todo tipo de procedimientos judiciales y administrativos, sobre todo en aquellos por medio de los cuales se ejerce por parte del Estado cualquier tipo de actividad sancionatoria, no solo de naturaleza penal, sino en la disciplinaria o en la simplemente administrativa. -

Finalmente debemos volver a la Sentencia No. C-176/94, del 12 de abril

con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero, mediante la cual se determinó la inexequibilidad de la reserva que el Congreso de la República había hecho al contenido del párrafo 7° del artículo 5° de la Convención de Viena (Ley 67 de 1993), norma en la que se invita a los Estados miembros a invertir la carga de la prueba. En tal sentido se sostuvo:

“c. La reserva sobre la inversión de la carga de la prueba.

3. COLOMBIA, EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 7° DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONVENCIÓN, NO SE CONSIDERA OBLIGADA A ESTABLECER INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

ESTA TERCERA RESERVA DEJA SIN EFECTO EL NUMERAL 7° DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONVENCIÓN, QUE PREVÉ LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA “RESPECTO DEL ORIGEN LÍCITO DEL SUPUESTO PRODUCTO U OTROS BIENES SUJETOS A DECOMISO”. ESTO ES CONTRARIO AL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA (DEBIDO PROCESO), AL ARTÍCULO 14, NUMERAL 2° DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LAS NACIONES UNIDAS Y DEL ARTÍCULO 8°, NUMERAL 2° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

El sistema penal y procesal colombiano se encuentra edificado sobre el principio de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

De la lógica del proceso surge que la carga de la prueba está a cargo del Estado, claro está, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer su iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos.

Es una autoridad de la República, únicamente conforme al debido proceso, la que puede declarar culpable a una persona cuando se demuestre la imputabilidad del hecho al autor. En efecto, no se puede prescindir de la imputabilidad para efectos de condenar judicialmente a una persona. Ello desconoce las garantías mínimas para hacer efectivos los derechos humanos, que son uno de los fines del Estado, al tenor del artículo 2o. de la Carta. Sobre la presunción de inocencia, la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente forma:

La garantía del debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. *TODO ELLO DESCANSA SOBRE EL SUPUESTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LA CUAL TIENE QUE SER DESVIRTUADA POR EL ESTADO PARA QUE SE HAGA POSIBLE LA IMPOSICIÓN DE PENAS O DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS* Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1992. Magistrado Ponente Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO en Gaceta de la Corte Constitucional. 1992, Tomo 3, p 446 y 447... Sobre la presunción de inocencia ver también Corte Constitucional, Sentencia C-007/93. Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO en Gaceta de la Corte Constitucional. 1993, Tomo 1, pp 118 y ss. -

Se puede entonces concluir que la presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; PARA DESVIRTUARLA ES NECESARIO DEMOSTRAR LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA CON APOYO EN PRUEBAS FEHACIENTES DEBIDAMENTE CONTROVERTIDAS, DENTRO DE UN ESQUEMA QUE ASEGURE LA PLENITUD DE LAS GARANTÍAS PROCESALES sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones. -

Así pues, Colombia no puede de ninguna forma aprobar un texto que invite a la inversión de la carga de la prueba, por lo cual esta tercera reserva es conforme con el texto constitucional. (Lo destacado no lo es en el texto). -

Si existiese la más mínima duda respecto de las obligaciones y cargas probatorias por parte del Estado, debemos finalmente citar la más reciente decisión de la Corte Constitucional, en la cual por control automático de constitucionalidad se revisó el Decreto 1975 de 2002, dictado en virtud de las facultades legislativas extraordinarias que los Estados de Excepción confieren al Presidente de la República para dictar normas con fuerza de ley en relación

con los motivos determinantes de la perturbación del orden público y por medio del cual se suspendió la vigencia de la Ley 333 de 1996 que regulaba lo relacionado con la extinción de dominio y dictaba normas especiales sobre el mismo tema.-

En dicho decreto aparecían normas con redacción equívoca, porque del contenido de las mismas podía concluirse que en el ejercicio de tales facultades legislativas extraordinarias, el ejecutivo había querido invertir la carga de la prueba y que debían de ser los ciudadanos los que justificasen o demostrasen la procedencia o adquisición lícita de tales bienes. -

Afortunadamente la Corte Constitucional haciendo una interpretación de la norma sobre la que ejercía un control automático de constitucionalidad, determinó que tales expresiones gramaticales no debían de entenderse como una inversión de la carga de la prueba a cargo del ciudadano sometido a ésta acción constitucional, sino que se reafirmaban los derechos de probar y de contradicción probatoria que aparecen consagrados para todos los ciudadanos en la Carta Política. -

La verdad es que la norma es equívoca y fue afortunada la interpretación que la Corte Constitucional hizo de ella, rechazando clara, rotunda y terminantemente que con tales mandatos legislativos extraordinarios no se estaba invirtiendo la carga de la prueba. -

Por otra parte, la Corte hará algunas precisiones en relación con la carga de la prueba tanto más y en cuanto, para algunos intervinientes en este proceso de constitucionalidad, del texto del artículo 9 del decreto legislativo se desprende que ésta se invirtió a favor de los intereses del Estado. Más sin embargo no comparte la Corte estas conclusiones por las razones que se expresarán a continuación.

El decreto legislativo no regula *expressis verbis*, el tema de la carga de la prueba, razón por la cual la Corte considera procedente recurrir a la Constitución en cuanto a lo que dispone sobre debido proceso en su artículo 29, al artículo 6 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y a los principios cardinales de la teoría del proceso, tal como lo ha expuesto el tratadista Antonio Rocha.

La carga o peso de la prueba, o el onus probandi, quiere indicar, en palabras de Rocha, “la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que basan las afirmaciones de la demanda

o de la defensa”. Las reglas que informan la carga de la prueba, que no escapa a ninguna legislación antigua ni moderna, son las siguientes: (i) Onus probandi incumbit actori, es decir, el demandante debe probar los hechos en que se funda la acción; (ii) Reus, in excipiendo, fit actor, o sea, que el demandante debe probar, a su turno, los hechos que alega en su defensa; y, (iii) Actore non probare, reus absolvitur, vale decir, que el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda.

3- LA PRUEBA DE LA CULPA

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse responsabilidad civil.

Pero, según el caso, la carga de la prueba (onus probandi) será distinta: En un contrato que contenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera “responsabilidad objetiva”. Así, si el médico no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar. El paciente que demande, debe probar el perjuicio. La culpa del profesional de la medicina y la relación causal se dan por existentes.

En cambio, en las obligaciones contratadas como “de medio”, el médico adquiere una “responsabilidad subjetiva” y responderá por los danos y perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión esta a cargo del paciente. El médico se liberará a su vez, si en el proceso demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex Artis ad-hoc)

En las obligaciones surgidas por fuera de los límites de un contrato de prestación de servicios médicos (responsabilidad extracontractual), el médico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa, de cualquier entidad que esta sea (grave, leve o levísima)

En cualquiera de los tres eventos, el médico no será civilmente responsable si demuestra que el daño se ha presentado por una de estas tres causales de exculpación: fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente. Lo anterior, siempre y cuando pruebe que empleo la diligencia o cuidado para hacer posible la ejecución de su obligación

Fuerza mayor, entendida como un hecho sobreviniente que no había podido calcularse y que resulta imposible de evitar; hecho de un a tercera persona que no se encuentra bajo la subordinación del médico y que produce el daño;

culpa del paciente, con la condición de que el comportamiento del médico haya sido impecable (Lex Artis).

En general corresponde al acusador probar que el profesional actuó en forma errónea e incurrió en alguna de las causales de culpa. Si se parte de esta base, el médico es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Las disposiciones especiales de las leyes son, tratándose de responsabilidad civil, las que contienen el mismo Código Civil y el Código de Procedimiento Civil que, al desarrollar el principio de “onus probandi incumbit actori”, disponen:

“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta” (C Civil art 1757)

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Código de Procedimiento Civil, art 177)

Lo anterior quiere decir que, tratándose de un contrato del que han nacido obligaciones para las partes, la responsabilidad del médico por su inejecución defectuosa se genera si el paciente demandante prueba los tres elementos (Daño, culpa y relación de causalidad entre uno y otra).

Ante una demanda, es natural que el médico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (sí esto es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado, este será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: “Actore non probante, reus absolvitur”

Si se trata de un daño causado sin que haya mediado el contrato, se dará responsabilidad extracontractual por el hecho jurídico que lo provocó. (Ejemplos: En el curso de una cirugía se produce lesión a un órgano que no debía tocarse. O cuando al explorar el abdomen se encuentra una anomalía diferente a la que causa los síntomas, la cual es intervenida por cuenta y riesgo del médico (Obviamente sin haber tomado el consentimiento del paciente, pues tal anomalía no era conocida) y a consecuencia de ello se genera un daño en el enfermo.

Todo lo anterior se basa en el mismo Código Civil:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización” (Art 2341 CC)

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño si fue causado, que la culpa es del médico y que existe el mencionado nexo de causalidad.

La excepción a la regla la constituye la prueba en las llamadas “actividades peligrosas”, pues en ellas el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto, se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por error de un tercero.

El ejercicio de la medicina no constituye una “actividad peligrosa”. Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo.

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad médica constituya una actividad peligrosa (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancourt).

No hay obligación sin causa. Nadie esta “ligado” civilmente a otra persona sino por una razón determinada (razones que en nuestro sistema jurídico se enumeran como: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley). Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos mas obligaciones que las nacidas de esas fuentes.

La mayoría de las legislaciones admiten que la culpa no se presume. Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que, quien demanda, pruebe la responsabilidad del demandado. Como única excepción a esta regla, como se ha mencionado, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una “actividad peligrosa”.

Los fallos del Consejo de Estado de Julio 30 y Agosto 24 de 1992 trasladan la carga de la prueba al médico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y por consiguiente la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico.

El Consejo de Estado, después de recordar que “Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda”, gira en una forma intempestiva al afirmar:

“...con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible las comprobaciones respectivas. Tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría mas beneficioso para la Administración de Justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al actor, normalmente el paciente o sus familiares, a la demostración en las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formularan...

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a estos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa”

En igual sentido, otra providencia con ponencia del magistrado Carlos Betancourt Jaramillo, de la que se extracta el siguiente párrafo:

“...Cuando se habla de falla presunta, se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta en el servicio como en el evento de la falta en el servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración, porque esta se presume. En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los danos producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que

no juega ya la noción de falla ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero también exclusivo y determinante y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar a la administración demostrando la diligencia y cuidado...”

La carga de la prueba es diferente según el tipo de obligación que se haya adquirido.

“...En las obligaciones determinadas el exclusivo hecho de que no se haya logrado el resultado por las partes...permite presumir la culpa del deudor; corresponde a este, para liberarse, demostrar que un caso de fuerza mayor le ha impedido, aunque haya puesto por su parte la diligencia que debía, obtener el resultado querido. En las obligaciones generales de prudencia y diligencia, por el contrario, es sabido que el resultado anhelado por las partes permanece exterior a la obligación; el hecho de que no se haya obtenido no puede justificar, pues, una presunción de responsabilidad, y pertenece al acreedor demostrar que el deudor ha faltado a su obligación...”

A esta teoría se opone Vallejo, quien considera que la carga de la prueba debe ser obligación del médico. Este mismo autor, al preguntarse sobre cual es la prueba del “pago” para un médico expresa:

“...demostrar que ejecuto la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámenselos “medios”, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió; que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc...”

El “invertir” la carga de la prueba y presumir la culpa del médico o de la institución asistencial, con el argumento de que al particular le resulta difícil probar la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo, es asimilar la responsabilidad médica a la objetiva y dejar a los profesionales de la medicina en condiciones desventajosas

4- CONTINUACIÓN DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con la Ley Procesal Penal:

Artículo 195. Trámite. Repartida la demanda, el magistrado ponente examinará si reúne los requisitos exigidos en el artículo anterior; en caso afirmativo la admitirá dentro de los cinco (5) días siguientes y se dispondrá solicitar el proceso objeto de la revisión. Este auto será notificado personalmente a los no demandantes; de no ser posible, se les notificará de la manera prevista en este código.

Si se tratare del absuelto, o a cuyo favor se ordenó preclusión, se le notificará personalmente. En caso de contumacia, se le designará defensor público con quien se surtirá la actuación.

Si la demanda fuere inadmitida, la decisión se tomará mediante auto motivado de la sala.

Si de las evidencias aportadas aparece manifiestamente improcedente la acción, la demanda se inadmitirá de plano.

Recibida la actuación, se abrirá a prueba por el término de quince (15) días para que las partes soliciten las que estimen conducentes.

Decretadas las pruebas, se practicarán en audiencia que tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes.

Concluida la práctica de pruebas, las partes alegarán siendo obligatorio para el demandante hacerlo.

Surtidos los alegatos, se dispondrá un receso hasta de dos (2) horas para adoptar el fallo, cuyo texto se redactará dentro de los treinta (30) días siguientes.

Vencido el término para alegar el magistrado ponente tendrá diez (10) días

para registrar proyecto y se decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Artículo 196. Revisión de la sentencia. Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente forma:

1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda cuando se trate de prescripción de la acción penal, ilegitimidad del querellante, caducidad de la querella, o cualquier otro evento generador de extinción de la acción penal, y la causal aludida sea el cambio favorable del criterio jurídico de sentencia emanada de la Corte.

En los demás casos, la actuación será devuelta a un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique.

2. Decretará la libertad provisional y caucionada del procesado. No se impondrá caución cuando la acción de revisión se refiere a una causal de extinción de la acción penal.

Artículo 197. Impedimento especial. No podrá intervenir en el trámite y decisión de esta acción ningún magistrado que haya suscrito la decisión objeto de la misma.

Artículo 198. Consecuencias del fallo rescindente. Salvo que se trate de las causales de revisión previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 191, los efectos del fallo rescindente se extenderán a los no accionantes.

EN CONCLUSIÓN: No es admisible jurídicamente el basar el análisis de la conducta médica cuando ni siquiera se tiene copia de la Historia Clínica, en el caso de existir este documento, el cual se encontraba en custodia en la institución de salud a la cual se encontraba adscrito el médico acusado.

Y mucho menos, cuando a partir de la ausencia de la mencionada Historia Clínica (la cual sí existía), se infieren hechos hipotéticos que constituyen violación a la Ley 23 de 1981. Esto es un verdadero exabrupto jurídico, como también lo es el imponer la carga de aportar dicha prueba al acusado, tratándose de una paciente institucional, cuya historia reposaba en la entidad prestadora de servicios o en la promotora de salud

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico no puede basar su juicio en pruebas inexistentes. Y cuando aparece el documento que demuestra la diligencia del médico, es evidente que cabe la acción de revisión.

SON SUFICIENTES LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES PARA QUE EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, EN USO DE LAS FACULTADES LEGALES CONFERIDAS POR LA LEY

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. Aceptar el recurso de revisión elevado por el defensor del doctor doctor R.A.P.R., identificado con cédula de ciudadanía No expedida en y Registro Médico No... expedido por el Ministerio de Salud, por violación de los artículos 3, 10,34 de la Ley 23 de 1.981. **ARTÍCULO SEGUNDO.** Revocar la providencia del Tribunal de Ética Médica del Atlántico por considerar procedente la acción de revisión. **ARTÍCULO TERCERO.** Devolver la actuación a un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique. Para este efecto, se designa al Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar. **ARTÍCULO CUARTO.** Instar al Tribunal de conocimiento designado por este Tribunal Nacional a atenerse a la Ley Procesal Penal, especialmente a la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, en lo referente a la actuación a seguir. **ARTÍCULO QUINTO.** Remitir el proceso al Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico y al Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, abril veintiocho (28) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.998 DEL VEINTIOCHO (28) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: Proceso No. 2502 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

DENUNCIANTE: C.B.G.

DENUNCIADO: DOCTOR R. R.O.P.

Magistrado ponente: Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA
Providencia No. 33-2009

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá resuelve declarar que el doctor R.O.P. , identificado con cédula de ciudadanía No. de ... y Registro Médico No.... de la Secretaría Distrital de Salud, incurrió en violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y del artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año. Como consecuencia de lo anterior, decide sancionar al doctor R.O.P. , con suspensión de un (1) mes en el ejercicio de la profesión de conformidad a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 83 de la Ley 23 de 1981.

Tampoco acepta el recurso de reposición y concede la apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Dentro de los términos legales se procede al reparto y corresponde por sorteo al Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA.

Se procede a fallar teniendo en cuenta los siguientes

HECHOS

Con fecha 24 de Mayo de 2005, la señora C.B.G. formuló queja ante este Despacho en contra del médico doctor R.O.P., por presuntas irregularidades en la atención obstétrica a ella dispensada, narrando que asistía desde mediados del 2004 a controles prenatales al Centro de Salud San José Obrero durante su tercer embarazo. Allí le fue detectado una toxoplasmosis, por lo cual decidió consultar en la Clínica Magdalena al Gineco-obstetra doctor R.O.P., quien confirmó el diagnóstico y le propuso practicarle una amniocentesis con dos fines: primero confirmar la toxoplasmosis mediante la práctica de PCR (reacción en cadena de polimerasa) y segundo realizar cariotipo para detectar eventuales anomalías congénitas dada la edad de la paciente, que para entonces era de 41 años. Con tal fin, previa información a la paciente y a su esposo, se programó la amniocentesis para el 12 de abril con un embarazo de aproximadamente 20 semanas.

El procedimiento se realizó en la Clínica de la Magdalena mediante guía ecográfica, pero después de 6 punciones negativas se consideró fallido y se formuló Diclofenaco como útero inhibidor. La paciente venía siendo cubierta con Rovamicina. Dos días después la señora B. presentó cuadro febril y al ser examinada por el doctor O. no se le encontró ningún signo de infección en los sitios de punciones ni síntomas respiratorios, digestivos ni ginecológicos, todo lo cual le sugirió que se trataba de una virosis por lo cual la dejó en observación. Posteriormente presentó salida de líquido por vagina por lo que asistió inmediatamente a la Clínica, donde fue examinada por la Ginecóloga de Turno doctora M.C. quien encontró un cuadro de aborto inevitable posiblemente infectado. La doctora en mención, inició antibioticoterapia, inducción con Misoprostol y atendió la expulsión de un feto muerto ya macerado. Había también fetidez tanto en el feto de la placenta y las membranas ovulares, y el cordón umbilical se encontraba trombosado. Practicó finalmente revisión uterina.

Durante el postoperatorio, la paciente desencadenó un cuadro clínico que fue catalogado por el personal médico como de sepsis de origen obstétrico con compromiso de la función hepática, que fue manejado con antibioticoterapia (Clindamicina-Gentamicina), hidratación y antiinflamatorios. Al persistir la gravedad la paciente fue trasladada al Hospital Simón Bolívar donde ingresa el 20 de abril y con diagnóstico de endometritis es tratada con Clindamicina - Amikacina, lográndose su mejoría y su salida a los 4 días (abril 24). En ausencia del doctor O.N, la señora B. fue atendida por la Doctora C., y el 19 de

abril se hizo presente el galeno, quien ratificó el manejo dado por la Doctora C. y aceptó el traslado de la paciente al Hospital Simón Bolívar. Allí tuvo la evolución ya descrita lográndose su recuperación, pero a consecuencia de la situación vivida desarrolló un estado depresivo para el cual se recomendó atención psicoterapéutica.

En la Diligencia de indagatoria rendida por el doctor R.O.P., acompañado de apoderado, manifestó ser médico graduado de la Universidad del Bosque y especialista en Ginecología y Obstetricia. Explicó su participación en el caso y señaló que le sugirió la posibilidad que sobre la semana 16 se realizará una Amniocentesis para revisar cariotipo y descartar la posibilidad de alteraciones cromosómicas, explicándole en esa oportunidad los riesgos y posibles complicaciones que implicaba el procedimiento. Agrega que la paciente regresó en abril refiriendo que “...uno de los exámenes que le tomaron en el lugar donde le hacían el control prenatal había salido alterado y era un resultado de IgG Toxoplasma positivo, por lo cual le expliqué que se debería confirmar el resultado tomando una IgM para Toxoplasma y confirmar o descartar la presencia de infección reciente, trayendo un resultado de IgM positivo por lo cual se le explicó la necesidad de practicar una PCR (prueba confirmatoria de reacción en cadena de polimerasa)...” Agregó que la paciente aceptó realizarse el procedimiento para lo cual el le recordó nuevamente los riesgos a los cuales se sometía.

Indicó igualmente que el 12 de Abril, se llevó a cabo el procedimiento en las horas de la mañana y que la paciente acudió con su esposo y una hermana, a los cuales se les indagó sobre el conocimiento que tenían del procedimiento y se les explicó sobre los riesgos y complicaciones. El procedimiento fue fallido después de seis intentos, por lo cual se suspendió dejando antiinflamatorio. De otra parte informó el facultativo, que sí explicó la necesidad también del consentimiento informado por escrito para lo cual ellos siempre refirieron que si iban a firmar, que les dejara el documento el cual nunca entregaron. Relató que en la historia sí esta consignado el hecho de haberle informado a la paciente los riesgos además de la descripción del procedimiento donde le practicó las seis punturas. En el folio 42 del expediente aparece una nota que dice “paciente 42 años con embarazo de 19 semanas quien ingresa para amniocentesis por IgM toxoplasma positiva y además desean cariotipo. Se explican a la paciente y el esposo el procedimiento, los riesgos que incluyen, aborto, sangrado, la paciente acepta el procedimiento”. Y en la parte inferior “nota de amniocentesis se practicó asepsia y antisepsia de la pared abdominal, se realizan 6 punciones con Espinocat 22 las cuales no son satisfactorias se suspende procedimiento y se formula Diclofenaco”.

Finalmente afirmó que lo que lo llevó a practicar el procedimiento fue la búsqueda de un diagnóstico temprano de toxoplasmosis. (fls. 193 a 198 del c.1).

En copia de los dictámenes practicados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se concluye que: “ Mujer de 42 años con antecedente de miomatosis incipiente y tercera gestación luego de inducción de la ovulación. Por títulos positivos para toxoplasmosis consulta a las 20 semanas a médico especialista de la Clínica Magdalena quien programa e intenta realizar amniocentesis. No se encontró historia completa por dicho médico realizada antes del procedimiento como tampoco consentimiento firmado del procedimiento ni constancia de autorización del procedimiento por parte de la paciente. Tampoco se encontró constancia de vigilancia fetal antes y después del intento fallido de amniocentesis. La paciente consulta días mas tarde del procedimiento es hospitalizada en la Clínica Magdalena por fiebre, taquicardia salida de líquido amniótico con impresión diagnóstica de aborto inminente séptico. Se manejo con antibióticos y control de ecografía pélvica -abdominal. Por compromiso hepático secundario a la infección y evolución tórpida se traslada a la institución de III nivel de donde al parecer egresa cuatro días más tarde. Recibió solamente manejo médico (no necesitó ninguna intervención quirúrgica) ... Respecto al manejo médico recibido por la paciente C.B.G. con base en los folios enviados puede decirse que el manejo dado a la paciente en la Clínica magdalena los días 12 y 14 de abril de 2.005 no fue adecuado...’ En dictamen posterior aclara: “Respecto al manejo inadecuado dado a la señora C.B. en los días 12 y 14 de abril del año en curso se hace tal conclusión con base en:

- no se realizó historia clínica para la atención dada a la señora C.B. el 12 y el 14 de abril.
- no se realizó ecografía previa al procedimiento de amniocentesis
- no se hizo consentimiento informado.
- no se realizó evaluación del bienestar fetal ni se programó después del intento de procedimiento el día 14 de abril de 2.005 que consultó por fiebre y dolores, dos días después del procedimiento.
- No existe constancia de la realización de un examen físico completo y paraclínicos para descartar infección intra amniótica, entre otras; como tampoco se aseguró que existiera bienestar o viabilidad fetal.

Mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2007, el Magistrado Instructor presentó su informe de conclusiones, con base en el cual, el 14 de marzo siguiente, este Tribunal formuló pliego de cargos al doctor R.O.P., por posible violación del artículo por 15 de la Ley 23 de 1981 en concordancia con el Artículo 90 del Decreto 3380 del mismo año, normas que indican:

Artículo 15: El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en los que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. Conc. Artículo 9 Decreto 3380/81: Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo.

Estos cargos fueron debidamente sustentados y justificados en su momento. En la resolución de cargos este Tribunal luego de hacer un recuento de los hechos que se investigan y de las actuaciones realizadas, consideró que existió falta de cuidado en descartar cualquier proceso infeccioso previo a la realización de la amniocentesis, pues la paciente presentaba un cuadro de vaginosis por Gardenellas que no mereció atención y el mismo investigado reconoció no haber tratado esa infección (Fl. 245 del c.1). Igualmente, que se excedió en el número de punciones creando soluciones de continuidad como vías de infección exógena y que subvaloró el cuadro febril que presentó la paciente a las 48 horas del procedimiento y no se cercioró del estado del feto en esa oportunidad.

El 6 de febrero de 2008, se practicó la correspondiente diligencia de descargos con el médico investigado y su apoderada. El mencionado doctor, durante la diligencia, solicita la práctica de prueba testimonial de la auxiliar de enfermería que participó en la atención que se le dispensó a la señora C.B. el 12 de abril de 2.005 con la finalidad de que manifieste al despacho las herramientas o elementos necesarios para la práctica de este procedimiento y de los cuales puede dar fe, así como solicita la historia clínica anterior al mes de abril de 2.005, de los sitios de atención como JESUCRISTO OBRERO para conocer tanto la condición médica como los antecedentes médicos de la paciente con la finalidad de conocer más detenidamente las condiciones clínicas de la misma. Posteriormente, los Magistrados de la Sala procedieron a interrogar al investigado, respecto de la razón por la cual realizó 6 punciones siendo el número adecuado el de 4, respondió que no se encuentra en la literatura un número determinado descrito de punciones.

El doctor R.O.P. en su escrito de descargos manifestó que valoró integralmente a la paciente de acuerdo a sus condiciones clínico patológicas, enseñándole en que consistía esta parasitosis que se evidenció con su primer y segundo positivo en toxoplasmosis y explicando de manera clara y precisa las posibles repercusiones en su bebé. Alegó que no es razonable que se le reproche que no utilizó el instrumento adecuado, puesto que la vigilancia fetal la hizo bajo visión ecográfica directa con el ecógrafo portátil y que no existen diferencias entre un ecógrafo tradicional y un ecógrafo portátil. En cuanto a la atención posterior al procedimiento de amniocentesis argumentó que no subvaloró el cuadro febril de la paciente sino que al evidenciar los síntomas en la consulta del 14 de abril, fue enfático al recalcar que no se encontró compromiso obstétrico por lo cual lo interpretó como un cuadro viral al cual le dió tratamiento adecuado y que no tenía por qué sospechar una posible infección amniótica puesto que la amniocentesis fue fallida y por lo tanto nunca se penetró la cavidad amniótica ni se generaron soluciones de continuidad que de haberse generado no serían atribuibles a mala praxis profesional. Solicitó finalmente el profesional, que se le exonerara de toda responsabilidad ético disciplinaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA

En primer lugar debe pronunciarse la Sala respecto de las pruebas solicitadas por el médico investigado y no conceder la práctica de las mismas, por ser estas improcedentes pero además innecesarias. Lo primero, por cuanto este Despacho considera que con posterioridad a los descargos ya no existe lugar para la solicitud de pruebas. Si el médico investigado consideró durante la investigación o durante el juzgamiento que existían pruebas dignas de ser practicadas y que aportaran algo realmente importante a la investigación ha debido hacerlo en su momento oportuno, y no al finalizar el juzgamiento con la audiencia de descargos. En esta materia, y ante el vacío existente en la ley 23 de 1981, es relevante remitirnos a lo dispuesto en materia penal, pues ya al momento de la diligencia de audiencia pública, las partes no pueden solicitar pruebas a menos que se hallen en una circunstancia especial y específica contemplada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, que expresa que si de las pruebas practicadas en la audiencia pública o previamente a la misma surgen otras necesarias para el esclarecimiento de los hechos, deberán ser solicitadas y practicadas antes de que finalice la audiencia pública.

Por ello no es procedente su solicitud en este momento procesal, pero además tampoco está demostrada su pertinencia puesto que vemos que las pruebas testimoniales hacen referencia a la enfermera que se encontraba de turno para

el día de los hechos para que declare sobre una situación que se encuentra suficientemente clara como es lo relacionado con las herramientas o elementos necesarios para la práctica de este procedimiento, lo que seguramente ni recordará tanto tiempo después. En cuanto a la historia clínica anterior de la paciente, tampoco aporta mayores elementos de juicio a la situación actual y frente a la cual este Despacho tiene suficientes elementos de juicio con los cuales dictar el fallo correspondiente.

Por otra parte y en lo que atañe a la responsabilidad del doctor O.P. frente a los cargos formulados, considera ante todo la Sala que están llamados a prosperar y como tales deben ser sancionados. Al disciplinado se le formularon cargos por posible violación al Artículo 15 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el Artículo 9 del Decreto 3380/81. La Providencia emitida por este Tribunal se basó en dos puntos esenciales sobre el manejo dado por el profesional disciplinado a su paciente la señora C.B.G. de 41 años de edad, quien presentaba un embarazo de 18 semanas y unas pruebas inmunológicas positivas para toxoplasma. Los dos puntos considerados fueron: 1) El haberla sometido a seis punciones fallidas para practicarle una amniocentesis, y 2) No haberle tratado previamente una vaginosis. Otras quejas motivo de la denuncia que presentó en su contra la señora B, como presuntas irregularidades en el proceso del Consentimiento Informado y la falta de una valoración del estado fetal antes del procedimiento, fueron desestimadas por el Tribunal al encontrarse constancia escrita en la historia clínica sobre información previa y evidencia de controles ecográficos durante el procedimiento. Por lo tanto, no se encuentran pertinentes las observaciones de la defensa consignadas al respecto, por haber sido objeto de señalamiento alguno por parte de la Corporación.

Con referencia a la omisión de tratamiento de la vaginosis, si bien es cierto que no ha debido dejarse pasar desapercibida, lo pertinente del caso, como factor adyuvante en las complicaciones infecciosas que se presentaron, no puede invocarse como factor de causalidad, pues ésta es una infección localizada y no ascendente, razón por la cual no pueden prosperar los cargos en este sentido, en contra del médico disciplinado.

El punto crucial en este caso se refiere a la indicación y a la práctica de la amniocentesis, en cuya ejecución se presentan las fallas que motivaron la formulación de cargos. Debe reconocerse que en el análisis del caso no se cuestionó la indicación del procedimiento y por tal motivo, éste sólo se enfoca a lo que se consideró como falta de prudencia del profesional al insistir en 6 oportunidades en la obtención del líquido amniótico. Por lo tanto, es

conveniente hacer algunas precisiones que aclaren lo que la defensa interpreta como falta de “certeza objetiva” dando crédito a “suposiciones, probabilidades, o testigos versátiles” (folio 325, c.1).

En primer término, en presencia de una paciente de 41 años, con toxoplasma positivo, se encontró lógica la conducta indicada por el doctor O. no sólo para confirmar el diagnóstico y de paso aclarar posibles lesiones fetales, sino para adecuar el tratamiento, ya que en caso de confirmarse el diagnóstico se debe emplear medicación protectora del feto del tipo sulfadiazina o pirimetamina. Por esa razón, no se cuestionó la conducta seguida por el disciplinado. Otra cosa fue su actuación durante el procedimiento en el transcurso del cual, y pese a efectuarlo bajo guía ecográfica, realizó 6 intentos fallidos tratando de obtener una muestra representativa. Si bien no existe una norma inflexible que fije el número de punciones permitidas, la tendencia actual en todos los centros de reconocida competencia, es aconsejar el menor número de intentos ya que está plenamente demostrada la relación que existe entre la cantidad de punciones y la aparición de complicaciones tales como sangrado, filtración de líquido amniótico, aborto y corioamnionitis.

En este punto es pertinente resaltar lo consignado en el informe enviado a la Fiscalía 125 de Bogotá, por la ginecóloga forense del Instituto Nacional de Medicina Legal que a la letra dice: “se recomienda no pasar de tres punciones. Se sabe que los riesgos de ruptura de membranas, sangrado del sitio de la punción, infección y pérdida del producto de la gestación, es de 1 /125 cuando se hacen tres punciones a 1/300 cuando sólo se realiza una punción” folio 227, c.1. Esto apoya la tendencia ya mencionada que recomienda en forma unánime por parte de los especialistas mas calificados en el tema reducir el número de punciones a un máximo de tres por sesión. Invoca el disciplinado en su defensa que el número de punciones “no es un número que esté dado como Lex Artis para el procedimiento”. Al respecto debe aclararse que pretender que la Lex Artis cuantifique el número de punciones es desconocer su esencia. La Lex Artis se debe entender como el conjunto de reglas decantadas por la experiencia en una profesión y como tal es cambiante de acuerdo con el proceso técnico y las peculiaridades de la población.

De ahí la necesidad de consultar cuidadosamente las tendencias actualizadas sobre procedimientos similares al del caso en estudio, que abogan por recomendar la reducción en el número de punciones en razón a que el riesgo de complicaciones es directamente proporcional al trauma ocasionado por el exceso de éstas. Resulta por lo tanto incomprensible, cómo un especialista

como el doctor O., desconozca el “Estado del Arte” vigente en el momento en que se presentaron los hechos motivos de esta investigación. . Lo cierto es que en este caso, la paciente presentó un aborto después de haber sido sometida al procedimiento invasivo practicado por el disciplinado y posteriormente desarrolló un proceso infeccioso que puso en peligro su vida.

Este hecho no es cosa de poca monta, pues desde una perspectiva ética resulta claro que la falta de prudencia con que se actuó en este caso, provocó un daño, infringiendo así uno de los principios fundamentales de la ética médica, cual es el de la No-Maleficencia, que por su misma naturaleza es considerado como un deber de “prima facie”, es decir, de aquellos que son considerados en palabras del español Pablo Simón, no tanto como “meras reglas empíricas o simples máximas prudenciales, sino proposiciones con carácter claramente normativo, que establecen las condiciones de permisibilidad, obligatoriedad, corrección o incorrección de las acciones afectadas por ese principio”. Ampliando lo dicho por el tratadista: “una de las positivizaciones legales fundamentales del principio de la No-Maleficencia es la que establece la obligatoriedad de las personas de tener el cuidado debido cuando realizan tareas en las que pueden poner en peligro a otras y la ruptura de ese deber jurídico de No-Maleficencia es lo que denominamos “negligencia”. En el mundo sanitario y en relación al comportamiento de los profesionales sanitarios, ese deber se conoce como deber profesional de cuidado y su ruptura total puede dar lugar a la llamada negligencia o “Mal Practice”.

En este orden de ideas, no puede este Tribunal concluir otra cosa que el doctor O. actuó de manera imprudente frente a la paciente, excediéndose en el número de punciones, colocándola de esta manera en una situación que favorecía, como ya se ha dicho, la aparición de complicaciones tales como sangrado, filtración de liquido amniótico, aborto y corioamnionitis.

Así las cosas, esta Colegiatura no encuentra valederos los argumentos esgrimidos en la Diligencia de Descargos por el médico disciplinado doctor O., y concluye que su conducta fue imprudente al haber sometido a su paciente a riesgos injustificados, razón por la cual deberán prosperar los cargos por violación del Artículo 15 de la Ley 23 de 1981 concordante con el Artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año.

EN MERITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL DE ÉTICA MEDICA DE BOGOTÁ, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que el doctor R.O.P., identificado con cédula de ciudadanía No. ... de ...y Registro Médico No.... de la Secretaría Distrital de Salud, incurrió en violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y del artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, sancionar al doctor R.O.P., con suspensión de un (1) mes en el ejercicio de la profesión de conformidad a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 83 de la Ley 23 de 1981.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La abogada MAYERLY GARCÍA CORREAL, obrando como abogada defensora del Dr. R.O.P., investigado dentro del proceso ético disciplinario de la referencia, sustenta recurso de reposición y en subsidio apelación, así como nulidad del proceso por la no práctica de pruebas.

1- Considera que la diligencia de descargos es la oportunidad procesal en la que se le confiere al imputado la facultad real de ejercer los derechos de defensa y contradicción; precisamente para garantizarle la posibilidad de desvirtuar la acusación que en su contra recae. En efecto las pruebas solicitadas en la diligencia de descargos fueron: oír en declaración a la enfermera que para la fecha de los hechos presenció el procedimiento practicado por el DR.O., en la Clínica Magdalena, prueba que fue solicitada por medio de apoderado. Seguidamente el Dr.O., ejerciendo su derecho constitucional defensa material solicitó que se ordenará al Hospital Jesucristo Obrero, la remisión de la Historia Clínica de la Señora C.B., para conocer tanto la condición médica como los antecedentes de la misma.

2- El 12 de abril de 2007, la quejosa introdujo prueba trasladada del proceso penal que adelanta la Fiscalía 125 de Bogotá, consistentes en:”-fotocopia aclaración al Instituto Nacional de Medicina Legal, fotocopia del 1er y 2do dictámenes emitidos por el Instituto de Medicina Lega V; es decir dichas pruebas fueron aportadas posterior a la formulación de cargos y especialmente fueron inventariadas y valoradas por el H. Tribunal al proferir fallo de fondo contra el Dr.O., desconociendo las garantías procesales que le asisten a mi prohijado para hacer uso del derecho de contradicción. Como puede observarse, el Tribunal pretermitió valiosas oportunidades procesales a esta Defensa al no trasladar en tiempo el dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, puesto que sólo hasta la notificación del fallo de fondo, se tuvo conocimiento de dicho documento.

Según lo anterior a la conclusión que podemos llegar es:

Primero: El informe pericial que aportó la quejosa y que fue objeto de valoración por el H. Tribunal al proferir fallo de fondo contra el Dr. O. no es plena prueba, puesto que no ha sido objeto de debate.

Segundo: El informe pericial, no es la prueba pericial como tal, según lo contemplado en la Ley 906 de 2004, puesto que dicho informe es la base de la opinión del perito. Pero para que tenga el carácter de prueba este debe comparecer a audiencia pública, oral y concentrada, emitir allí su concepto y ser objeto de debate y contradicción por los demás sujetos procesales.

Tercero: de acuerdo a lo anterior el mencionado informe pericial no puede ser fundamento del fallo sancionatorio del Dr. O..

3- EN EL CASO QUE SE EXAMINA EXISTE CERTEZA? Dice que la misma Corporación, se contradice y no tiene un criterio científico concreto sobre el cuál se pueda inferir certeza objetiva, al indicar que el Dr. O. sobrepasó o excedió el número de punciones permitidas en el procedimiento de amniocentesis.

Así las cosas, podemos colegir H. Magistrados que no existen criterios claros y unánimes decantados en la ciencia médica, sobre cuál es el número de punciones recomendadas para realizar el procedimiento de amniocentesis. Frente lo anterior esta defensa se pregunta si existe un protocolo específico que indique cual es en número de punciones permitidas para realizar un procedimiento de Amniocentesis? ante lo cual indicaremos que NO, puesto que no existe pauta específica que trate el tema. De tal manera que Si no existe un criterio unánime respecto de un procedimiento como el de la Amniocentesis, no puede tomarse el restrictivo o desfavorable para pretender endilgar responsabilidad en un profesional.

Por otra parte, la H. Sala, argumenta que las punciones sugeridas para realizar el procedimiento de amniocentesis eran cuatro (4), y mi prohijado realizó seis (6), es decir por dos (2) punciones más que de por cierto fueron fallidas, No se excedió de forma grosera el Dr. O. . No podemos olvidar que las punciones que realizó mi prohijado fueron fracasadas o fallidas, como se registró en la historia clínica, aclarando que como el mismo lo manifestó en su diligencia de versión libre y posterior diligencia de descargos: “la claridad que en un primer intento con una aguja fue fallido por lo cual interpreté que la aguja estaba taponada, motivo por el cual reinicié el procedimiento con una nueva

aguja realizando 3 punciones. Por esta razón fueron 3 con una aguja y 3 con la otra y en ninguna obtuve líquido amniótico por lo cual se decidió suspender el procedimiento y se indicaba a la paciente que lo repetiríamos en 1 o 2 semanas”, de tal modo que no podemos colegir con certeza que existe nexo causal entre el procedimiento de amniocentesis con la infección que llevó al desenlace fatal de hijo de la paciente. C.B.

Si bien es cierto que la H. Sala, argumenta. “que lo cierto es que en este caso, la paciente presentó un aborto después de haber sido sometida al procedimiento invasivo practicado por el disciplinado y posteriormente desarrolló un proceso infeccioso que puso en peligro su vida”, no es menos cierto que la paciente presentaba otros factores de riesgo como: un embarazo de alto riesgo por su avanzada edad, un pronóstico de toxoplasmosis que es malo de por sí (trastornos congénitos graves para el recién nacido), que tenía una posible vaginosis bacteriana, es decir no existe relación de causalidad comprobada con el daño corioamnionitis y aborto séptico puesto que la Señora C.B. tenía varias causas probables que hubiesen desencadenado el lamentable desenlace.

4- MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE En el mismo sentido, podemos reafirmar que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento de la responsabilidad ética del acusado, más allá de toda duda razonable. Ahora bien, la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente: en pruebas ilegalmente trasladadas, sobre las cuales no han tenido oportunidad esta defensa de ejercer el derecho de contradicción o en meras hipótesis y extrañezas subjetivas del funcionario investigador sin ningún asidero científico. No sobra recordar sobre el particular, que en este momento procesal es plenamente operante y de forzosa aplicación el principio constitucional del empleo de la duda a favor del investigado ó en este caso disciplinado (in dubio pro reo), con base en el cual, de no existir certeza probatoria indicadora de responsabilidad en contra del disciplinado éticamente, se debe proceder a eximirlo de responsabilidad en la investigación que se le adelanta, para el caso que nos ocupa, absteniéndose de imponer sanción en su contra.

5- PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN respetuosamente solicito al Despacho se analice, bajo criterios de proporcionalidad, ponderación y necesidad, la sanción impuesta al Dr. O.P., toda vez que la ausencia de antecedentes disciplinarios, penales y éticos deben remitir indefectiblemente al Despacho Instructor a moverse dentro de los criterios de menor punibilidad, que lejos están de la imposición de una sanción como la suspensión del

ejercicio por el lapso de un mes. La proporcionalidad y razonabilidad de una pena como la que se impuso a mi prohijado, desconoce no solo cualquier criterio modulador procesal garantista, sino criterios de tipo humanitario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA RESPECTO DE LA APELACIÓN.

En primer lugar debe pronunciarse la Sala respecto de la solicitud de nulidad impetrada por la apoderada de la defensa, solicitud que no comparte y en tal virtud despachará desfavorablemente con fundamento en lo siguiente:

Como bien se explicó en el fallo de fondo, el Despacho consideró que las pruebas solicitadas por el médico investigado eran improcedentes pero además innecesarias y con fundamento en ello, negó la práctica de las mismas. Se expuso en su momento que con posterioridad a la diligencia de los descargos ya no existe lugar para la solicitud de pruebas, pues es precisamente en esta audiencia de descargos que como máximo se deberán practicar las pruebas que hubieren sido decretadas. Si el médico investigado consideraba durante la investigación o el juzgamiento que existían pruebas dignas de ser practicadas y que aportaran algo realmente importante a la investigación debió hacerlo en su momento oportuno, esto es antes de la audiencia de descargos y no al finalizar el juzgamiento.

No comparte por esto el Despacho la apreciación de la apoderada en cuanto a que en la diligencia de descargos pueda el investigado solicitar pruebas pues estas deben solicitarlas con la debida anticipación, para que sean practicas durante la audiencia de descargos y antes de la intervención del investigado y su defensor o antes de la audiencia si son pruebas que no son susceptibles de ser practicadas durante la misma.

Frente a lo argumentado por la defensora acerca de la providencia del Tribunal Nacional de Ética Médica, en la cual se hace referencia a la audiencia de descargos como medio de defensa y de prueba, debe aclarar este Despacho que leída con detenimiento, se debe concluir que esa providencia se refiere como lo señala en su propio texto concretamente a la versión libre y espontánea o a la indagatoria, diligencias en las cuales luego de conocer lo que se le imputa, el profesional de la salud puede exponer sus apreciaciones y defenderse.

Es importante determinar que en materia de nulidades y ante el vacío existente en la Ley 23 de 1981, es relevante remitirnos a lo dispuesto en materia penal, y dar aplicación a lo dispuesto en los Artículos 305 y siguientes de la ley 600

de 2.000, concretamente en el Artículo 309 en los cuales se determina que la solicitud de nulidad debe hacerse con formulación expresa de las normas que se aducen y de la causal de nulidad que se invoca, cosa que no ocurrió en este caso pues la apoderada se limita a solicitar la nulidad de lo actuado sin dar cumplimiento a las formalidades para ello.

Ahora bien, frente al argumento de la defensora de que los dictámenes del Instituto de Medicina Legal solo fueron aportados con posterioridad a los descargos y se tuvieron en cuenta para el fallo, lo cual en su concepto comporta una irregularidad pues no pudieron ser controvertidas, revisada detenidamente la actuación procesal, tenemos que las mencionadas pruebas se incorporaron al proceso por parte de la quejosa junto con un memorial de fecha 31 de julio de 2.006 que obra a folio 203, lo que significa que esta prueba obró durante un año y medio sin que el investigado o su defensa la hubieran controvertido. A este respecto nada puede hacer el Tribunal pues la inactividad del investigado o de su defensora depende exclusivamente de ellos; pero lo cierto es que no puede aducirse en este momento procesal que se hubieran transgredido los derechos del investigado. Si bien en la Resolución de cargos no se hizo específica alusión a la pruebas.

Ley 600 de 2.000. Art. 309: Solicitud. El sujeto procesal que alegue una nulidad deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en la casación.

Significa que no se hubiera tenido en cuenta, ni mucho menos que no se hubiera aportado para ese momento procesal.

Finalmente frente al argumento de la defensa de que la Corporación se contradice y no tiene criterio científico concreto sobre el cual se pueda inferir certeza objetiva al indicar que el Dr. O.P. sobrepasó o excedió el número de punciones permitidas en el procedimiento de amniocentesis es preciso aclarar que el criterio expuesto por el Tribunal nunca se enfocó a fijar un número único e inmodificable de punciones, según se desprende del texto del fallo de fondo aprobado en Sala del 28 de junio del 2008, en el cual se enfatiza la necesidad de consultar cuidadosamente las tendencias actuales sobre procedimientos similares al del caso en estudio, que abogan por recomendar la reducción en el número de punciones en razón a que el riesgo de complicaciones es directamente proporcional al trauma ocasionado por el exceso de éstas”. Consecuente con este principio, la Colegiatura consideró

excesivo el someter a la paciente a 6 punciones, y el hecho de mencionar un número de 4 o 3 intentos, lejos de significar, como pretende la defensa, una contradicción y una inexistencia de “criterios claros y unánimes decantados por la ciencia médica”, representa un llamado de atención para el disciplinado, quien parece ignorar que cada día se hace más evidente la tendencia a reducir el número de punciones y según el American y el Canadian Collaborative Study, el número mayor a 2 punciones aumenta la frecuencia de mortinatos y abortos. Y la monitoría ecográfica (como la utilizada por el Doctor O.P. en la Señora C.B., permitió que sólo el 1.9% de los procedimientos requirieran más de una inserción de la aguja.

En cuanto al argumento traído a cuento por la defensa para exculpar a su poderdante de una relación de causalidad en el proceso infeccioso que sufrió la paciente, invocando la presencia de factores de riesgo como la edad, la toxoplasmosis y la posible vaginosis, éstos, lejos de representar elementos atenuantes en el actuar médico del Doctor O., constituyen causales agravantes de la imprudencia que se le imputa, pues si era consiente de ellos, ha debido proceder prudentemente no insistiendo en el número de intentos, exponiendo así a su paciente a riesgos injustificados.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

1- RESPECTO DE LA PERTINENCIA Y EVALUACIÓN PROBATORIA

La actividad de *valoración*, que duda cabe, es una de las áreas más intrincadas y movedizas dentro del vasto mundo probatorio, y acaso también la de más penoso transitar debido a la gran cantidad de elementos metajurídicos, por añadidura inestables, que la rodean.

Hugo Alsina dice que *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”*⁴.

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*⁵.

Explayándose en el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la

excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, *“las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”*.

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es *“aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”*. El juez -continúa- no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y *“no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”* 6.

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, dice, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero -agrega- es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del

juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya⁷. Las llamadas máximas de experiencia Couture las define como *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”* ⁸.

Para Friedrich Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto *máximas de experiencia*, estas *“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”* ⁹.

Calamendrei, por su parte, las define como aquellas “...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...” y destaca su utilidad pues “las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)...”¹⁰.

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia¹¹.

Digamos, finalmente, que por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

Nuestros tribunales se han pronunciado en forma bastante uniforme sobre qué debe entenderse por sana crítica. Así, han sostenido: “Que, según la doctrina, la ‘sana crítica’, es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto”¹².

Otra sentencia dijo: “Que en conciencia, significa, según el Diccionario de la Lengua Española, arreglado a la conciencia, es decir, con arreglo al conocimiento

interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, términos que en el lenguaje vulgar significan lo mismo; pues cuando se apela a la conciencia de una persona o se le dice que proceda en conciencia, se invoca un noble sentimiento que se ejerce para hacer el bien y para evitar el mal, que es el primer principio de moral;... Que en manera alguna la ley ha querido, con entregar la apreciación de las pruebas a la conciencia, dejarlas al azar, al capricho o a la arbitrariedad. El concepto de la conciencia no es nuevo en las leyes y siempre ha tenido la acepción de una regla de bondad y de justicia y no de maldad o abuso... Cuando la ley habla de que se proceda discrecionalmente o con prudente criterio, tampoco abre las puertas al desorden y a la licencia, ni se hacía esto conforme a las viejas fórmulas ‘según su leal saber y entender’ o ‘a verdad sabida y buena fe guardada’, que siempre han impulsado a tener la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece”¹³.

En resumen “...en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio, y la recta intención”¹⁴.

De lo afirmado por la doctrina, jurisprudencia y normas legales sobre la sana crítica podemos extraer varias cosas.

Lo primero es que el sistema de la sana crítica solo se refiere a la “valoración de la prueba”, luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas reguladoras que nada tienen que ver con su apreciación¹⁵.

En segundo lugar el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen: i) *la lógica* con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y ii) *las máximas de experiencia* o

“reglas de la vida”, a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos iii) *los conocimientos científicamente afianzados* (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y iv) *la obligación de fundamentar la sentencia*, rasgo que distingue a este sistema de la libre ó íntima convicción, que luego analizaremos.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos, a los dos primeros referentes. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica. En efecto se dice que existe “*peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima)*”¹⁶, y lleva la incertidumbre a las partes que intervienen en el proceso; pues, con el sistema tarifario, cada parte conocerá de antemano el valor de la prueba que va a aportar al proceso.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón.

2- RESPECTO DE LA VERDAD PROCESAL Y LA CERTEZA DEL JUEZ

El concepto de verdad hace referencia a la conformidad de la mente con el objeto conocido. Es la igualdad, concordancia o equivalencia de la idea con el objeto. (*Veritas esta dequacio intellectus et rei*). Es la ecuación entre las ideas y el mundo externo. Es la coincidencia entre lo subjetivo y lo objetivo.

Certeza es un estado de la mente. Es la actitud de tener claridad sobre algo (Tengo la firmeza de que lo he conocido sobre algo, corresponde a la realidad). Es la creencia que se puede garantizar como verdadera. Sin embargo, cuando pretendo poseer seguridad de que algo es así, no siempre es verdadero. Por lo tanto, la certeza es algo subjetivo. En el ejercicio quirúrgico, es la adecuación entre la enfermedad que el paciente presenta y aquello que el cirujano interpreta por medio de sus sentidos como susceptible de tratamiento con métodos operatorios.

Contrasta con lo que ocurre en el campo jurídico, en donde la verdad se interpreta como el convencimiento que adquiere el juzgador por los resultados de autos (aquello que está en el expediente) y que se traduce en la apreciación que hace de las pruebas. Por el análisis, puede tratarse de una verdad formal más no real. En el caso del Derecho, el juzgador debe atenerse a lo contenido en las pruebas únicamente. De lo contrario puede entrar en terrenos de la prevaricación (Tomar una decisión contra algo evidente o contra una ley). En una palabra, verdad es en esencia lo que se encuentra probado en el expediente, así se encuentre divorciada de la realidad.

El punto céntrico del problema del conocimiento es determinar si la mente es capaz de llegar al conocimiento de la verdad. Es poder decir con certeza “esto es tal cosa y no otra”. En el proceso de conocer se ubican dos elementos: El sujeto que conoce y el objeto conocido. El intento o pretensión de separar del acto de conocer de la personalidad del que piensa, está abocado al fracaso. Por las razones de error de percepción, algunos filósofos niegan la capacidad de llegar al conocimiento de la verdad.

Antes de conocer las cosas por el conocimiento científico, por su reflexión y por sus causas primeras, lo conocemos a través del conocimiento vulgar. El conocimiento es elitista, pues se ingresa a él cuando se tiene la oportunidad. Se perfecciona a través de la lectura y la investigación.

El Conocimiento verdadero es algo subjetivo-objetivo, es decir, tiene fundamento en la realidad y existe una adecuación entre lo que pienso y esa realidad. Es al parecer lo más evidente y ordinario de la vida psíquica el decir: Esto es esto y no otra cosa. Con todo, es uno de los más misteriosos hechos del ser humano el hecho de llegar al conocimiento de algo. El conocimiento humano es el que logra a través del trabajo de la Razón humana. Para la gran mayoría de los hombres los conocimientos sobre los más variados temas se acumulan de continuo, sin preocuparse nunca de analizar el proceso mismo que los hace posibles.

Planteado inicialmente por Aristóteles, Santo Tomás lo define como una especie de acuerdo universal sobre las realidades elementales. Es algo que pertenece al subconsciente, que indica que algo es de una determinada forma, sin conocer en realidad cual es la razón para que así sea. El Conocimiento científico, en cambio, se ocupa del objeto FORMAL de las cosas, es decir, por sus causas inmediatas o segundas. El objeto formal es aquella razón particular bajo la cual una ciencia estudia la realidad.

La cosa que se estudia es el objeto material en este aspecto existen tres formas de verdad:

verdad ontológica: Verdad como realidad; verdad lógica: Correspondencia del enunciado con la cosa definida; y verdad epistemológica: verdad en cuanto concebida por un intelecto y formulada en un juicio por un sujeto cognoscente.

Se puede hablar de varias etapas en el complicado sistema del conocimiento: Transformación de las sensaciones en percepciones. Lo percibido es asociado con un nombre. Varias percepciones se interrelacionan porque el proceso del pensamiento se combina con las operaciones de memorizar, recordar y reconocer. Las percepciones tienen un denominador común. Las percepciones crean o producen asociaciones directas, estas permiten comparar. Ej. Esta aula de clases tiene menos estudiantes que la otra aula de clases. Las percepciones crean asociaciones indirectas. Ej. Si yo estuviera en la otra aula utilizaría una metodología diferente. Las percepciones crean una especie de asociaciones objetivas. Ej. Este salón es más adecuado que el salón del otro curso. Las percepciones generan asociaciones subjetivas. Ej. Hay más placer permaneciendo en mi hogar que estando de manera impositiva en la cárcel.

En la actividad del pensamiento se combinan las actividades emocionales, intelectuales y de la imaginación. Por eso el abogado debe averiguar, descubrir, quitar el velo de una realidad que está oculta; razonar; tratar de interpretar, conocer algo.

3- EL PRINCIPIO PROCESAL DE “IN DUBIO PRO REO”

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Fecha: Junio 15 de 1999. No. de Rad. 10547-99

Reiteradamente ha sido dicho por la Corte que cuando se plantea violación indirecta de la ley sustancial, por inaplicación del artículo 445 del estatuto procesal penal, que consagra el principio in dubio pro reo, se impone para el casacionista la obligación de demostrar que en el proceso existe duda probatoria sobre la materialidad del hecho punible o la responsabilidad del acusado, y que los juzgadores de instancia dejaron de reconocerla y de aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes, en razón a errores de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos de prueba.

En tratándose de errores de facto, debe ser precisado si la equivocación se presenta por omisión o suposición de una determinada prueba (de existencia), por distorsión de su contenido fáctico (de identidad), o por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la valoración racional de su mérito; y, en tratándose de errores de derecho, si provienen de la apreciación de pruebas que no cumplen los requisitos legales de incorporación al proceso, o cumpliéndolos han sido desestimadas porque el juzgador considera que no los reúne (falsos juicios de legalidad), o del desconocimiento de normas que regulan su valor o eficacia probatorias (falsos juicios de convicción).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Fecha: Septiembre 25 de 1997. No. de Rad. 10072-97

Sobre estos principios descansa precisamente la jurisprudencia de la Corte a la cual alude el Procurador Delegado en su concepto, relativa a la forma como debe ser atacada en sede extraordinaria la infracción del principio *in dubio pro reo*, doctrina que puede sintetizarse de la siguiente manera: Será violación directa, si el juzgador reconoce en el fallo que existe duda probatoria sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, y sin embargo condena; será indirecta, si, por el contrario, niega su presencia, existiendo, y en consecuencia condena, o si la admite, inexistiendo, y absuelve.

La diferencia, como puede advertirse, es bien clara. Mientras en la primera hipótesis, la consecuencia jurídica no coincide con las conclusiones probatorias del fallo, en las últimas, su correspondencia es absoluta, solo que la apreciación de la prueba es incorrecta.

En el caso que es objeto de análisis, el actor dirigió el ataque contra la sentencia por la vía directa, planteamiento que, de acuerdo con lo expresado, presuponía, por razones de técnica casacional, aceptar las conclusiones probatorias de los fallos de instancia, y demostrar que en ellos los juzgadores reconocieron la existencia de dudas probatorias insalvables sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr.: RICARDO CALVETE RANGEL

Fecha: Marzo 24 de 1999. No. de Rad.: 13830-99

Tampoco aciertan en la aseveración sobre la vía para demandar el *in dubio*

pro reo, pues no es cierto que ello deba ser necesariamente por violación directa, también puede serlo por la indirecta, caso en el cual los errores que se denuncian serán sobre la apreciación probatoria. La providencia que citan explica claramente el tema, en la medida en que allí la Corte dice que si el sentenciador admitió la existencia de la duda, y no obstante ello condena, el cargo debe ser por violación directa de la norma.

4- LA IMPRUDENCIA EN MEDICINA

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la PRUDENCIA así:

“(Del lat. prudentia) f. Rel. Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. 2. Templanza, cautela, moderación. 3. Sensatez, buen juicio” (Vigésima Primera Edición, 1992, pág. 1685)

Como puede observarse, dentro de las tres acepciones de la definición se encierran los principios del cuidado. Por ello, todos los miembros de la sociedad tenemos la obligación de cuidar nuestros actos, con el objeto de evitar daños a los demás, en aras del beneficio común.

Ese deber de cuidado de nuestros actos debe ser tanto interno como externo. El primero, es decir, EL CUIDADO INTERNO, se refiere a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia. Y, el segundo, verbigracia EL CUIDADO EXTERNO, se refiere a evitar acciones peligrosas dentro de la medicina y a ejercer dentro de los riesgos previstos (artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1.981). Aunque la medicina NO es una actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro tanto para el médico, como para el paciente.

Cuando nos referimos a la prudencia, siempre estamos pensando en la previsión y la prevención, ya que estos dos conceptos son elementos esenciales de cuidado.

Prever es la capacidad de ver con anticipación, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se ejecuta una acción.

Prevenir consiste en tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca.

Un ejemplo claro de la prevención es el siguiente:

Se sabe que las ondas electromagnéticas de una Resonancia Magnética Nuclear pueden inhibir el funcionamiento de un marcapasos cardíaco y el radiólogo toma las precauciones necesarias para que esto no ocurra (colocando otro marcapaso temporal, constatando que existe una frecuencia cardíaca espontánea por debajo de la del marcapasos o, simplemente, contraindicando el examen y prescribiendo el cambio por uno más adecuado).

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación.

Es importante tener en cuenta que cuando se hable de culpa, al mirarse si la persona fue imprudente, inexperta o negligente, deberá compararse su conducta con la de una persona de iguales características y en igualdad de circunstancias. En el caso médico, diríamos que si se investiga a un especialista en cirugía por negligencia, su conducta deberá juzgarse basados en la conducta de otro cirujano de iguales condiciones.

Cuando por consecuencia de un tratamiento se ocasione un daño en la integridad de la persona, la actuación del médico no será culposa si se encontraba dentro del riesgo previsto.

También es de vital importancia tener en cuenta que en Colombia solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades colombianas.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, sin cumplir este requisito, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

A ese respecto, el artículo 12 de la Ley 23 de 1.981 establece: “el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”

El acto médico prudente se basa entonces en el conocimiento profundo de las condiciones del enfermo, en la aceptación de las propias limitaciones, la planeación reflexiva del mejor camino terapéutico a seguir, la previsión de la mayoría de formas de complicación y la permanente vigilancia de resultados adversos y no deseados.

Analicemos el concepto de imprudencia desde el punto vista lingüístico. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define en los siguientes términos:

IMPRUDENCIA: (Del lat. *imprudencia*.) f. Falta de prudencia. 2. Acción o dicho imprudente. temeraria. Der. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos. (Vigésima Primera Edición 1.992, pág. 1149)

La imprudencia consiste entonces en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos; es un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca sin que el sujeto haya realizado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad, conveniencia o inconveniencia, de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto. Así vemos, que se trata de una falla de la esfera intelectual del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto.

Cuando un conductor guía su vehículo a una velocidad excesiva por una calle bastante concurrida, diremos que su obrar es imprudente.

En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

Refiriéndose al tema que tratamos, el Profesor Carlos M. Arrubla expresa:

“... el criterio objetivo que rige la calificación de una conducta como imprudente, viene dado por la siguiente regla: un resultado perjudicial para un paciente, será objetivamente previsible, si lo hubiera sido para cualquier

otro médico puesto en la situación del actuante, conociendo los antecedentes del caso, y en el mismo estado técnico-científico de la medicina en general, y de la especialidad en particular...”

Si bien la imprudencia se define como un hecho en el cual no media la intención de dañar, el acto imprudente precede a la calamidad pues se acompaña de falta de previsión o de ausencia de precaución. Cuando el acto es de tipo omisivo, prima la negligencia. Cuando se debe a falta de conocimiento de lo que debería saberse, la hipótesis culposa se basa en la impericia. Sin embargo, puede haber violaciones simultáneas (impericia, negligencia e imprudencia) del deber de cuidado que la sociedad exige a cada uno de sus miembros.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema ha dicho:

“el facultativo está obligado a desplegar en pro de cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”

En igual sentido, expresó:

“En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes, con el fin de procurar su curación y su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez, según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a las víctimas del daño causado”.-

Así mismo la Corte ha dicho:

“En las obligaciones de medio, el trabajo de apreciación por parte del juzgador, es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución, sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad”.

Como puede verse, es claro que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado y, por ello, como indicamos anteriormente, la valoración de su conducta debe juzgarse teniendo en cuenta lo que otro profesional de la medicina de iguales calidades y en las mismas circunstancias hubiera hecho en forma prudente en un caso similar.

Volviendo al concepto de imprudencia, diremos entonces que, es la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de pensar evitarlas a pesar de haberlas previsto. Es, por lo tanto, una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual había que abstenerse. Es exceso de acción que coloca al paciente por fuera del riesgo previsto, sea por inobservancia de reglamentos, precipitud, falta de tiempo de dedicación necesaria al paciente, procedimientos temerarios, experimentación ilegal, no aceptación de las limitaciones propias, etc. Es, como algunos lo han denominado, una especie de “culpa consciente”.

Algunos tratadistas afirman que no existe mayor diferencia entre la culpa médica y la culpa común. Aparentemente, la culpa por imprudencia es la menos difícil de evaluar e juzgar, pues en teoría nace de la lógica elemental de los actos humanos.

En efecto, existen actos de imprudencia médica que riñen con la prudencia que observaría cualquier miembro de la sociedad, tales, como presentarse embriagado a intervenir en una sala de cirugía.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, el acto de imprudencia es muy difícil de apreciar al tratar de compararlo con la lente de una persona común y corriente. Tal sucede en casos médicos o clínicos, en los que es indispensable tener un mínimo de conocimientos para evaluar la situación, pues no podría un ciudadano común precisar si es prudente o no exponer a radiación a un paciente de tumor abdominal, o, que hacer al evaluar una complicación secundaria a un tratamiento de radioterapia que ocasiona lesión en alguna visera sana, o cómo podría aquél juzgar si un infarto cardíaco posterior a una cirugía de revascularización miocárdica se haya debido a la colocación de uno de los injertos o puentes en una arteria excesivamente pequeña y por tanto, de pésimo pronóstico en cuanto a permeabilidad temprana?

Es en estos eventos en los que, insistimos, el obrar del médico debe evaluarse comparándolo con lo que otro médico de iguales condiciones hubiera hecho dentro de los términos de la prudencia.

Consideramos entonces, que cuando deba tratarse el tema de la culpa médica, la valoración de cualquiera de los elementos constitutivos de ésta (impericia, imprudencia o negligencia), deber ser realizada por galenos de reconocida probidad, adscritos a facultades de medicina, sociedades o entidades médico-científicas de prestigio, institutos de Medicina Legal y grupos de peritazgo especializado, entre otros.

A este respecto es importante mencionar que, cuando dicho peritazgo se apoya en el concepto de gremio o grupos mencionados, la calidad del mismo es confiable en un alto porcentaje de los casos. En cambio, el sistema de “adscripción” de peritos a los juzgados, ha sido un estruendoso fracaso. Muchas de las personas que generalmente se encuentran en la “lista oficial” y rinde sus opiniones ante los jueces, ni son expertos, ni brindan la suficiente confianza respecto de la delicada misión que les es encomendada. Basta recordar un ejemplo de un peritazgo rendido en un caso de cirugía torácica, en donde las peritos fueron una mediocre médica general y una deficiente especialista en psiquiatría, quienes dieron un concepto de tan flagrante estupidez, que ni siquiera se tuvo en cuenta como pieza procesal.

Este par de “genios”, cuando evaluaron la dificultad en la disección en que se encontraba el cirujano en la resección de una costilla que ocluí a la arteria subclavia a la salida del tórax expresaron: “...No nos parece lógica esa aseveración....porque si a través de una incisión de una cesárea cabe la cabeza de un niño: cómo no se va a poder resear una costilla por una incisión axilar?...”.

Este tipo de “conceptos” hace que quienes se conocen como “auxiliares de la Justicia” caigan cada vez más en descrédito progresivo.

Son “especialistas en todo”, que en vez de garantía procesal, se convierten en un peligro para la recta administración de justicia. Si no es posible ser especialista y conocer a fondo una sola rama de la medicina, ¿cómo se puede ser perito en asuntos tan intrincados como evaluar la conducta de un médico especialista a quien se juzga, cuando quien lo evalúa no conoce la especialidad de aquél?

Dentro de estos criterios de evaluación de impudencia médica, debemos tener en cuenta el apoyo en la denominada Lex Artis Ad Hoc o “Ley del Arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión, es decir, de la evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

La Lex Artis se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene. En resumen, la Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad.

Desde el punto de vista de procedimientos médicos, cuando un paciente es tratado en un Hospital o Clínica, puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad, como en los siguientes casos: bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes, como cuando en una cirugía participan el cirujano, el residente y la instrumentadora.

El primero será el director del grupo y los otros sus dependientes. Otro tipo de situación se presenta cuando intervienen simultáneamente diversos miembros con responsabilidades claramente establecidas, como por ejemplo, el cirujano y el anestesiólogo. En cuanto a los actos asociados, pero independientes, el caso podría darse cuando el paciente requiere de varios servicios, como por ejemplo del ginecólogo, del laboratorio y radiología.

Cuando se ocasiona daño debido a una acción imprudente, la responsabilidad puede imputarse a cualquiera de estos niveles. Así, la culpa originada en imprudencia por parte del director del equipo, presume una responsabilidad que recae en el actor principal del daño. Aquella parte de error no excusable de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director, implica responsabilidad para ambos.

Cuando no se puede delimitar la causa exacta del daño originado en acción imprudente de equipo o no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro en particular del equipo, la responsabilidad es colectiva. se basa en la necesidad de reparar el perjuicio, no obstante la imposibilidad de identificar el causante del daño, por lo complicado del procedimiento; de esta forma, además, la ley previene la posibilidad de un encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.

En el caso de los residentes hospitalarios, las causales de culpa generadora de responsabilidad, inconsciente o negligente, son las mismas que para cualquier otro médico, con el agravante de la que se ha llamado en algunas legislaciones

“responsabilidad vicariante” del jefe del equipo y del profesor responsable del estudiante en entrenamiento. Cuando se produce un daño y se demuestra culpa por la aparición de alguno de sus elementos generadores (impericia, negligencia o imprudencia), serán llamados a reparar solidariamente, tanto el responsable oficial del paciente (especialista), como el médico residente, así se encuentre en proceso de adiestramiento.

La excepción la constituye, claro está, la culpa consciente o actuar temerario del residente, quien en este caso será el único responsable, siempre y cuando su tutor no haya podido impedirlo o preverlo a pesar de haber empleado la vigilancia y la autoridad necesarias, lo cual se desprende de la lectura del artículo 2347 del Código Civil, que a la letra dice:

“... cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho...”

Si la imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño al enfermo, es decir, al efectuar un acto médico sin las debidas precauciones, oponiéndose a lo que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina, cualquier acción que el médico residente lleve a cabo sin tener en cuenta sus limitaciones, su adiestramiento actual, las reglas de la institución docente, las regulaciones de la universidad que respalda sus estudios y, obviamente, las normas jurídicas elementales y de prudencia de un médico cuidadoso colocado en las mismas circunstancias, será susceptible de responsabilidad civil.

Caso claro de una situación de responsabilidad, como la antes mencionada, de un residente, sería aquel en el que el estudiante decide por su cuenta y riesgo abordar una cirugía para la que aún no está preparado y, como consecuencia de ello, el paciente resulta lesionado.

Ahora bien, en relación con las otras personas que intervienen en el cuidado del paciente, estas eventualmente también podrían llegar a responder cuando su actuar hace posible que el paciente sufra un daño. En este grupo se encuentran las enfermeras, quienes además de ser empleadas por la institución hospitalaria y tener labores de tipo administrativo, ejecutan labores de cuidado de los pacientes bajo la dirección del médico tratante y realizando actos de salud a nivel de su competencia.

Existen actos que son patrimonio de la profesión de la enfermería, tales como la administración de los medicamentos ordenados, la toma de algunas mediciones corporales, la vigencia de los signos de los pacientes críticamente enfermos, la observación del estado general de todo paciente a su cargo, etc.

Esta actividad debe ser ejecutada bajo los mismos supuestos de responsabilidad y conocimiento, de manera que la inobservancia por negligencia, impericia o imprudencia puede generar culpa de su parte, cuando era previsible el daño. De acuerdo con lo anterior, cuando la enfermera desatiende las órdenes médicas precisas, resuelve actuar en otro sentido, o cuando sabiendo perfectamente el límite de sus capacidades y conocimientos decide tomar medidas que los sobrepase, estaremos en presencia de un acto culposos.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Declarar que el doctor R.O.P., identificado con cédula de ciudadanía No.... de....y Registro Médico No.... de..., incurrió en violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y del artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año. **ARTICULO SEGUNDO.** Confirmar, como en efecto confirma, la sanción impuesta al doctor R.O.P., de suspensión de un (1) mes en el ejercicio de la profesión de conformidad a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 83 de la Ley 23 de 1981. **ARTICULO TERCERO.** Remítase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá D. C., octubre catorce (14) del año dos mil tres (2003).

SALA PLENA SESIÓN No.762 DEL CATORCE (14) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRES (2003).

REF: Proceso No. 308 del Tribunal de Ética Médica del Meta
Contra el doctor C.N.B.

Providencia No.51-2003
Magistrado Ponente. Doctor Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 13 de Febrero de 2003, la Fiscalía General de la Nación, a través de la Dirección Seccional de Santa Rosa de Viterbo y por medio de la Fiscalía 29 Delegada ante el circuito de Yopal, remitió ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta el oficio que incluía copia del sumario 25352-F29, contra los ciudadanos T.M.M.D. y C.N.B., este último médico de profesión, en donde se les adelantaba investigación por el delito de aborto (Folio 1 del cuaderno principal).

El ciudadano médico C.N.B. fue sorprendido en flagrancia cuando efectuaba las maniobras abortivas, por lo cual la Fiscalía lo detiene e inicia proceso en su contra, compulsando copia al Tribunal seccional de Ética Médica del Meta, para que se investigue si se cometió falta contra la ética médica por parte del sindicado N.B.

El Tribunal Seccional, luego de cuidadosa investigación, decide abrir pliego de cargos contra N.B. y en la diligencia de descargos no se encuentran pruebas que desvirtúen su acusación, por lo cual decide sancionarlo con suspensión en el ejercicio de la medicina por un espacio superior a seis meses.

Concede el recurso de apelación, siendo enviado el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica, correspondiendo por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS

En el expediente se encuentra una constancia firmada por el Capitán Carlos Martínez Hernández P, Comandante de la Estación de Policía de Aguazul, en donde dejaba a disposición de la SIJIN DECAS a los mencionados ciudadanos, luego de la denuncia instaurada ante la Policía por el ciudadano J.M.R.S., quien informó que en esos momentos se encontraban efectuando un aborto en el consultorio ubicado en la carrera 17 N 9-30 de esa localidad. Era el 9 de Noviembre de 2001

Los miembros de la Policía Nacional acudieron de inmediato al sitio del supuesto ilícito y encontraron a la ciudadana T.M.M.D. en una camilla en posición ginecológica, con rastros de sangre en su región perineal y al ciudadano médico C.N.B., portando en sus manos enguantadas un instrumento alargado en forma de “tijera” con el extremo distal ensangrentado. Al ser inquirido por los policiales, respondió que estaba practicando una limpieza a la paciente en cuestión. Igualmente, al ser requisado se hallaron billetes por valor de \$690.000.00 (seiscientos noventa mil pesos), moneda legal colombiana.

De inmediato se procedió, previa lectura de sus derechos, a la detención de ambos sujetos, al cierre del consultorio y al decomiso del dinero. La paciente fue posteriormente remitida al Hospital de Yopal para atención especializada, dadas las condiciones en que se encontraba. Allí confirman los hallazgos de aborto incompleto, por lo cual se le practica legrado.

Adicionalmente, tal como consta en el folio 16 del cuaderno principal, la esposa del médico N.B. se acercó a T.M.M.D. y le advirtió que “...tuviera cuidado, que no lo perjudicara ni involucrara a él...”

En la diligencia de inspección judicial practicada el día 15 de Noviembre al consultorio del ciudadano N.I.B, asistieron el Señor Fiscal 29, la Señora Personera Municipal, el Médico Forense de Yopal, el Comandante de la Estación de Policía de Aguazul y el Jefe de la SIJIN de Yopal. Ellos descubren que los rastros de sangre y líquidos corporales que se describieron en el momento de la captura de los sujetos N. y M., ya no se encuentran en este momento y que tanto el piso como los instrumentos y demás elementos

incluyendo la camilla de examen, se hallan limpios. Tampoco se encuentra lo que se describió como “instrumento como tijera alargada y con la punta impregnada de sangre”, cuya imagen correspondería a una pinza de falsos gérmenes, utilizada en procedimientos ginecológicos.

Al no encontrar evidencias físicas en el consultorio de N.B. y verificando que los sellos de restricción no han sido rasgados, los presentes descubren otra puerta de acceso posterior al mencionado sitio, la cual no había sido sellada por las autoridades en el momento de los hechos que llevaron a la captura de los dos sujetos ya mencionados.

En la diligencia de indagatoria rendida por la ciudadana T.M.M.D., ella confiesa que acudió al consultorio del ciudadano C.N.B. a que le practicara un aborto con su consentimiento y que la Policía ingresó en el preciso momento en que se estaba llevando a cabo (Folio 25 recto).

Posteriormente afirma que llevaba un mes con sangrado vaginal y que una ecografía que le habían practicado en el Hospital de Yopal había reportado “algo raro” en el producto del embarazo. Además confirma que había conversado previamente con N.B. y que llegaron a un acuerdo respecto del procedimiento abortivo y del precio, que se ubicó en \$400.000,00 (Cuatrocientos mil pesos).

Adicionalmente, en el folio 30 se encuentran unos dibujos efectuados por la misma paciente por sugerencia del fiscal que tomó la indagatoria y que corresponden a instrumental quirúrgico de tipo ginecológico, en especial el dibujo segundo de arriba hacia abajo (Pinza de falsos gérmenes) y el tercero, que puede corresponder a una cureta de legrado uterino.

En la indagatoria practicada a N.B., expresa que “...estaba terminando lo que ella había iniciado ocho o diez días antes...” (Folio 32). Que trató de persuadirla para que no se efectuara el aborto. Y que hizo dos diagnósticos: “...una mujer ya enferma mental y una mujer que tenía que interrumpir su embarazo a como diera lugar...” (folio 32).

Avanza en su declaración diciendo que cuando la examinó el día de los hechos, ya tenía el cuello uterino dilatado y que del mismo salían coágulos. Y cuando irrumpió la autoridad en su consultorio “...pegué la protesta, todavía defendiendo mi paciente para defenderle su pundonor, su intimidad...” (sic) (Folio 33).

En Folio 34 se encuentra otra afirmación de N.B, que dice "...con los sucesos que acabo de describir, vi más fácil (sic) salvarle la vida inmediatamente acabándole de sacar esos coágulos..."

En dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses (Dirección Regional Oriente) se concluye que los hechos y hallazgos clínicos son consistentes con un aborto provocado mediante maniobras y que el estado de la paciente al ingreso al Hospital de Yopal no era consistente con peligro de muerte ni amenaza de la vida (Folio61). Todo esto contradice la versión de N.B. respecto de la supuesta urgencia que presentaba la paciente y sus esfuerzos por salvarle la vida.

Examinados los hechos, el concepto de la procuraduría Judicial Penal 222, en calidad de agente del Ministerio Público, concluye que se reúnen los requisitos para proferir resolución de acusación en contra de los sindicados T.M.M.D. y C.N.B., sin que se presenten causales de justificación del hecho ni de ausencia de responsabilidad (Folio61).

Con base en lo anterior y previo análisis exhaustivo de los hechos y los fundamentos jurídicos pertinentes, la Fiscalía emite resolución de acusación en contra de los dos sindicados, como partícipes en delito contra la vida e integridad personal, consistente en aborto. (Folio 77).

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta recibe las copias compulsadas por la Fiscalía 29 Delegada y procede a admitir la queja presentada con la apertura de la correspondiente investigación disciplinaria, para la cual es designada la doctora LUCRECIA MOJICA DE SÁNCHEZ como Magistrada Instructora.

En declaración no juramentada correspondiente a la fase de investigación preliminar, el médico C.N.B se reafirma en su posición de no haber cometido el delito de aborto y que solamente examinó a la paciente y que, al ver que salían coágulos del cuello uterino, decidió sacarlos por iniciativa propia. En ese momento fue sorprendido por la Policía. Y en el Folio 146 dice que, aunque sabía que la conducta (en caso de tratarse de aborto espontánea) habría sido la de remitir la paciente al Hospital "...por mi curiosidad puse el especulo, visualicé y retiré los restos placentarios de la matriz..."

En ese mismo folio 146, cuando le preguntan si tiene la historia clínica de T.M., contesta: "...No señora, pero la tengo aquí en mi cabeza..."

Luego del análisis de la Magistrada Instructora, en donde se encuentran interesantes aspectos científicos sobre el aborto, el Tribunal Seccional de Ética Médica decide abrir pliego de cargos en contra del médico C.A.N.B, por violación a los artículos 1, 2, 6, 15 y 54 del Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981).

Luego afirma que el consultorio en donde sucedieron los hechos sí fue limpiado y reorganizado por su esposa

En la diligencia de descargos el inculpado no aporta ningún dato o argumento que demuestren su inocencia y el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta analiza los siguientes hechos:

- Certeza del embarazo de T.M.M.
- Acuerdo de voluntades entre el médico C.A.N.B y T.M.M. para encontrarse en un día festivo en un consultorio de medicina general, a escasas cuerdas de un centro de atención de nivel superior.
- Confesión por parte de T.M.M. respecto de aceptar que se estaba practicando un aborto en el consultorio de N.B.
- Contradicción respecto de la afirmación de haber atendido a una paciente que ya tenía un aborto en curso.
- Falsedad en la afirmación de haber realizado un procedimiento para salvarle la vida a T.M.M.
- Demostración fehaciente de maniobras abortivas en el útero de la inculpada.
- Muestras clínicas de reacción vaso vagal en el momento de tracción del cuello uterino en el momento de iniciarlas maniobras abortivas.
- Desaparición del instrumental y de la evidencia de restos biológicos dejados en el consultorio de C.N.B por las autoridades de Policía.

El Tribunal concluye entonces que existen pruebas suficientes respecto de la participación de C.A.N.B en práctica de maniobras abortivas de manera ilegal y dolosa, violando la ley y el Código de Ética Médica.

Por lo anterior, y considerando que su conducta es merecedora de una sanción superior a los seis meses de suspensión en el ejercicio de la medicina (Artículo 83 de la Ley 23 de 1981), es enviado el expediente para la respectiva diligencia al Tribunal Nacional de Ética Médica.

Por reparto le corresponde al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- COMPETENCIA

Este Tribunal Nacional de Ética Médica es competente para imponer la sanción solicitada por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, con base en los artículos 83 y 84 de la Ley 23 de 1981

Artículo 83. A juicio del tribunal ético profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

- a) Amonestación privada;
- b) Censura, que podrá ser:
 - 1. Escrita pero privada
 - 2. Escrita y pública
 - 3. Verbal y pública
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;
- d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Artículo 84. El tribunal seccional ético profesional es competente para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 83 de la presente Ley. Cuando, a su juicio, haya mérito para aplicar la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83 dará traslado, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional para que se decida.

2- ASPECTOS MÉDICOS

A- LA VIDA HUMANA

Vida, en general, es un cúmulo de características de seres altamente organizados que les confiere una fuerza sustancial compuesta por una actividad interna (crecimiento y desarrollo) y externa (posibilidad de interrelación con el medio). Esto hace que el ser vivo posea independencia relativa, capacidad de adaptación, posibilidad de desarrollo, y garantía de reproducción, dentro de un principio activo de autonomía y auto preservación en el espacio y en el tiempo.

Un organismo vivo es un sistema integrado en donde el todo controla las partes y estas contribuyen a la unidad del todo. El todo sin las partes es incompleto y las partes aisladas son diferentes al todo. El concepto que la ciencia tenga sobre la vida es fundamental para el comportamiento social. Este concepto influye sobre la conducta médica, la concepción filosófica, el ámbito ético y axiológico, la construcción jurídica y el mismo entorno económico

Muchos aceptan que la vida comienza con el embrión. El espermatozoide y el óvulo son gametos o seres humanos apenas en potencia. La vida coincide con la fecundación. El embrión es concreto, único e irrepetible. Este nuevo ser es un ser vivo capaz de desarrollarse. Tiene autonomía intrínseca en su desarrollo. Y en ese desarrollo hay unidad y continuidad.

Al unirse las dos células madre, se forma el cigoto. A las 32 horas de existir fecundación, el cigoto se divide (cigoto diploide o embrión, que posee ya su propio genoma humano). En el momento de la primera división del cigoto existe un embrión y a las 14 horas existe un embrión de 4 células.

Las células que componen se denominan blastómeros. Un grupo de un 10% sufre degeneración y fragmentación, lo que provoca pérdidas espontáneas (Aborto natural). Pero lo más grave es que menos del 50% de los embriones formados son normales o aptos para sobrevivir como individuos. Se forman aneuploidia (número anormal individual de cromosomas) euploidia (varios juegos de cromosomas) y mosaicos (Problema en las divisiones meióticas). Y solamente un 30% de los oocitos llegan a la fase de feto. El resto se pierde por daño, falta de implante, imposibilidad de sobrevivir, malformaciones, etc. En las transferencias de embrionarias el número es menor.

Entonces, el embrión es un sistema con todas las propiedades y características de la vida humana. No es simplemente una masa de células. Es una unidad diferente a la que le dio origen. Y son de características humanas. Tampoco es un simple tejido. Es heterogéneo y da lugar a varias líneas celulares. Por lo tanto, el cigoto diploide es ya un embrión.

El período embrionario humano va desde la fecundación hasta la semana novena.

Las propiedades del desarrollo embrionario son:

- Coordinación del proceso molecular y celular orquestados por el genoma.
- Capacidad de automovimiento.
- Continuidad en el proceso de desarrollo, paso por paso.

Autonomía o independencia de desarrollo. Anida en el tejido materno para continuar su desarrollo en un entorno favorable de tipo extrínseco. Pero su desarrollo intrínseco continúa de acuerdo con su código genético. Por esto tiene vida propia.

B - PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA

El ilustre jurista Francisco Herrera Jaramillo (qepd), en una conferencia dictada en Bogotá expresó:

“...El derecho a la vida se define como aquel derecho fundamental, originario y primario, que tiene todo ser humano desde el momento en que empieza su vida hasta que muere, a ser y a existir de acuerdo con su dignidad de persona. Derecho fundamental: en estricto sentido fundamento es la base sobre la cual estriba una realidad. Es el fundamental; originario porque tiene su origen en la naturaleza humana; primario porque representa el máximo bien tangible de la naturaleza humana; que tiene todo ser humano, no podemos discriminar a nadie del derecho a la vida; desde el momento de la concepción, no solo porque lo ha reconocido así la Corte Constitucional, no solo porque el artículo segundo del pacto de San José de Costa Rica lo diga, no solo porque el artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos lo diga, no solo porque el artículo 74 del Código Civil lo diga; sino porque la vida racional, que no es lo mismo que el uso de razón, comienza desde el momento en que está especificada la naturaleza humana...”

El Magistrado Ciro Angarita plasmó en la Sentencia T-534-92:

“... En la Constitución de 1991, el derecho a la vida, más que reflejo de una obligación estatal (que aún se mantiene: artículo 2 CN), es un derecho fundamental, con mayor alcance y autonomía, y con la acción de tutela como mecanismo idóneo para su protección... Está consagrado en el artículo 11 como inviolable. Es un derecho absoluto, por lo cual no admite límites, como sí lo hacen otros derechos. Igualmente, constituye la base para el ejercicio de los demás derechos consagrados. Es el presupuesto indispensable para que cualquier sujeto se constituya en el titular de derechos y obligaciones. Así, el primer deber del Estado es el de proteger la vida de los asociados, adoptando las medidas necesarias para garantizar a sus ciudadanos una vida digna, todo ello fundado en el respeto por la dignidad humana, pilar fundamental del Estado Social, y en el objetivo-fin esencial al mismo de garantizar la efectividad de los principios y derechos...”

La primera consideración es respecto de la “humanidad” del embrión. Existen cuatro puntos de vista: El primero que plantea, que desde el momento mismo de la concepción el embrión posee vida humana. El segundo que afirma que, aunque no es aún ser humano como tal, debido a su posibilidad de desarrollo dependiendo de algunas condiciones biológicas y bioquímicas, tiene la potencialidad humana y, el solo hecho de tenerla, debe ser considerado suficiente para asignarle el derecho de humano. La tercera, que enfatiza en que solamente es ser humano aquel que ha desarrollado corteza cerebral demostrable. Por último, los que no creen que deba ser considerado humano en tanto no es persona para muchos ordenamientos jurídicos, antes del momento mismo del nacimiento.

El Código Civil Colombiano define en su artículo 90:

Art. 90. - La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Es claro entonces que el nasciturus no es, jurídicamente, una persona. Y si muere antes de haber respirado “siquiera un momento”, no ha existido jamás como persona.

Esto no quiere decir que la Ley no proteja a la criatura por nacer. Por el contrario, el mismo Código expresa:

Art. 91. - La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

3 - ASPECTOS JURÍDICOS

A- ABORTO

El aborto es la interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto son:

- La existencia real del embarazo

- Que se obre sobre el fruto de la concepción, es decir, en el nasciturus y que este desde luego tenga vida pues si no la tiene hay carencia de objeto.

- Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida.

- Que se realicen maniobras abortivas.

Hay varias posibilidades cuando se practica maniobras abortivas:

- El fruto de la concepción puede abortarse por expulsión o en el vientre materno.

- El resultado (muerte) puede darse antes de la expulsión fuera del útero es decir, en la vagina.

- Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y este sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado, inclusive un infanticidio.

- Si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que esta naciendo la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.

- Si a consecuencia del aborto la madre fallece, se configura un homicidio de tipo culposo, con los agravantes de cada caso en particular

Formas de Aborto

1. Aborto Consentido

- **Auto-aborto:** Mujer que se realiza el aborto, lo cual es técnicamente muy difícil y mucho más peligroso.

- **Con el Consentimiento:** Tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la mujer.

2. Aborto sin Consentimiento de la mujer, también comprende dos formas:

- Sin el consentimiento de la mujer.

- **Aborto Abusivo:** Cuando se realiza en mujer menor de 14 años.

3. Aborto Atenuado o a Honoris Causa

Cuando el embarazo es resultado de acto sexual sin consentimiento o abusivo, inseminación artificial sin consentimiento, transferencia de óvulo fecundado sin consentimiento.-

Las características propias del aborto con:

- Se trata siempre de una situación dolosa.
- Entre el hecho ejecutado y el evento dañoso debe existir relación de causalidad.
- Cuando las maniobras no ocasionan el aborto solo existiría la tentativa por tratarse de una conducta que puede ejecutarse gradualmente.

En cuanto al punto anterior para Carrara y sus seguidores no existía la tentativa, esta primera concepción nos dice que el aborto consiste en ocasionar la muerte o destrucción del feto (feticidio), como lo consideran un delito de resultado y de lesión no admiten la tentativa,

Otra posición distinta entiende por aborto la expulsión prematura y violenta del fruto de la concepción, es de anotar que puede existir el aborto sin expulsión.

Una tercera concepción la cual es adoptada en nuestro medio define el aborto como la interrupción dolosa del proceso de gestación que puede ocasionar la muerte o quedar en la expulsión o interrupción del proceso de gestación sin muerte, en el sentido naturalístico del término, y aquí sí cabría la tentativa.

Para efectos prácticos, el aborto es un delito tipificado por la Ley. El Código Penal vigente expresa:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para

el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Además, de acuerdo con la misma Ley 23 de 1981,

Art 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial...

B- FLAGRANCIA

A este respecto quiero analizar un poco el concepto genérico para el caso específico. Se dice que la flagrancia se presenta cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un Hecho Punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentos que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

Las formas de la flagrancia son tres: Flagrancia Propiamente Dicha: Es la captura que se realiza en el momento en que se desarrolla la conducta punible. Cuasiflagrancia: Se da cuando la persona alcanza a escapar del lugar de donde cometió el ilícito pero es perseguido y capturado. Flagrancia Inferida: Se da cuando el delincuente alcanza a entrar a su casa pero se le encuentran los objetos robados y entonces se infiere que es el autor del ilícito.

La Corte dice a este respecto

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal
Magistrado Ponente: Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA
Fecha: Agosto 19 de 1997 No. de Rad.: 9602-97

A las anteriores razones se agrega una de carácter eminentemente práctico, consistente en que el apremio de la situación hace absolutamente imposible la consecución del mandamiento judicial escrito, de modo que exigirlo resultaría irrazonable e ilógico, como también lo sería permitir la huida de una persona a quien la autoridad misma o los particulares han visto cometiendo un delito.

La expresión flagrancia viene de flagrar que significa arder, resplandecer como fuego o llama.

En el campo del derecho penal se toma, metafóricamente, en el sentido de que el hecho todavía arde o resplandece; y jurídicamente, que aun es actual. Para referirse a esta figura las legislaciones y los autores utilizan, indistintamente, las expresiones “in fraganti” (que proviene de fragancia), “in flagranti” o “flagrante”.

Según el artículo 370 de nuestro estatuto procesal penal, esta figura comprende 3 especies: La flagrancia en sentido estricto, cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, bien sea que éste se encuentre en la fase ejecutiva o en la consumativa.

Con relación a este aspecto, se pregunta si hay flagrancia cuando la persona es descubierta en los actos preparatorios cuando no constituyen, por sí solos, un delito autónomo, como sería el caso de quien armado de un garrote espera a otro, escondido, para golpearlo y lesionarlo o darle muerte.

Aunque hay doctrinantes que afirman que aquí hay flagrancia, si la conducta aparece inequívoca y persistente sin posibilidades de disuasión, la Sala estima que tal hipótesis no se subsume en la definición del artículo 370, citado. En el caso esbozado está autorizada la captura sin orden escrita, pero no por razón de la flagrancia sino por motivo fundado, conforme al artículo 28-2o. de la C.P., denominada también “detención preventiva administrativa”.

...

Ha dicho la Corte Constitucional: “De la reiterada jurisprudencia de estos Tribunales (se refiere a la de otros países) se desprende que los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención.

El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado 1/4Más allá de la simple

sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona esta vinculada a actividades criminales” (Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994).

Este apresamiento, según la mentada entidad, es con fines estrictos de verificación “a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación” y la privación de la libertad no puede pasar de 36 horas, dentro de las cuales la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

Desde luego que este tipo de aprehensión sólo se podrá llevar a cabo por la autoridades de policía.

En la llamada cuasiflagrancia el delito ya se realizó, pero el presunto autor o partícipe es perseguido por la autoridad o por voces de auxilio se pide su captura.

En la flagrancia inferida, la persona no ha sido observada en el momento de cometer el punible, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él.

En lo atañadero a esta especie de flagrancia puede presentarse una situación que no se ubica exactamente en la hipótesis normativa, pues el individuo no es sorprendido con huellas, objetos o instrumentos, sino que de su actitud se deduce, fundada y razonablemente, que acaba de cometer un delito. Tal es el caso de quien huye precipitadamente del interior de una habitación, en la que, en instantes inmediatamente precedentes, se oyó un disparo.

La Sala estima que en esta situación se puede aprehender sin orden escrita, por una inferencia de flagrancia o, en el peor de los casos, por motivo fundado, que no es otro que aquella información o aquél conocimiento, derivado de circunstancias objetivas, no de simples sospechas, que llevan a una persona prudente y razonable a considerar con probabilidad que el que va a capturar está vinculado a actividades criminales.

En cuanto a los requisitos de la flagrancia, la Sala mayoritariamente ha afirmado, como ya se expresó, que se necesitan dos: uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión

del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe.

Con relación a este tema la doctrina ha sostenido: “La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en un hecho punible.”

“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término, la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho.”

“En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho o que sean las propias víctimas o perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación o por lo menos individualización del partícipe, debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe en un hecho punible, siendo por ello indispensable que de tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Así, si en la misma hipótesis del homicidio en el establecimiento público, si el autor del hecho ha cubierto su cuerpo y su cara en forma tal que es imposible siquiera individualizarlo, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia”. (M. P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. 1 de diciembre de 1987).

En lo concerniente al término sorprender que generalmente utilizan las legislaciones, entre ellas la nuestra, para referirse a la flagrancia, es preciso observar que se emplea porque normalmente el delincuente comete el punible de manera oculta o disimulada, en forma tal que es cogido desprevenidamente o descubierto. Pero como no siempre ocurre así, sino que a veces es ejecutado de manera pública y ante la vista de todo el mundo, sin ánimo de ocultamiento, tal expresión no se puede tomar en su sentido gramatical sino jurídico, para significar que el hecho fue visto o presenciado por una o por varias personas, en el momento de su ejecución o instantes después.

Ha dicho la Sala: “Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes esto sostienen, en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, o instrumentos o huellas del mismo.

“De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así nos atuviéramos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería éste un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que éste es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que cualquiera de los allí presentes capturar al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado” (M.P. Dr. Mantilla Jácome, *ibidem*).

Así mismo, ese apercibimiento, visión, descubrimiento o sorprendimiento del autor o partícipe del punible puede ser directo o a través de elementos mecánicos, como las filmadoras, que se pueden disponer para que operen sin necesidad del control inmediato del ser humano.

Por otra parte, como antes se refirió, se ha dicho por algunos Magistrados de esta Sala y por la Corte Constitucional que para que exista la flagrancia es preciso que la persona sorprendida sea capturada en el momento de cometer un hecho punible o que sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes lo ha cometido.

Con referencia a este aspecto, la Sala mayoritariamente reitera su doctrina, en el sentido de que una cosa es la flagrancia, como evidencia procesal, en cuanto varias personas han tenido la oportunidad de presenciar la realización del hecho punible o de ver al delincuente con objetos, instrumentos o huellas indicativos de su participación, y otra la captura, que es apenas su consecuencia.

4- ASPECTOS ÉTICOS

A- QUE ES MEDICINA?

Una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo.

Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral integra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Las tres metas mas importantes de la medicina son : Curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo. Sin embargo para llegar a esta definición de principios, tuvo que recorrerse un largo camino.

El enfermo ha sido considerado por la sociedad en forma diversa. La reacción social frente al enfermo ha sido diferente a lo largo de los siglos. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoníaca de muchas culturas, pasando por el concepto del castigo Divino en Babilonia, la inferioridad social de los griegos y la cruz de redención del Cristianismo.

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida mas fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el medico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto medico.

Si la búsqueda del bien es el fin de la actividad moral, la ética social rige toda actividad dentro del conglomerado de Pueblos y vecinos influenciando en forma directa toda profesión y oficio, incluyendo la Medicina, la cual obedece a ciertos valores considerados como dignos de seguir. Y debe ser así, para que exista congruencia entre toda actividad medica individual o institucional.

Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características

esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona.

Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

El médico, pues, deberá conocer en forma integral a su paciente, esforzándose por sentir empatía con el mismo, sin importar que tan difícil sea su personalidad ni que tan impactante sea su enfermedad. Debe ser un maestro del enfermo, orientándolo en lo que a conciencia debe hacerse y ayudándole a tomar las decisiones como si las tomara para sí mismo. Pero, por sobre todo, deberá sentir una profunda compasión por el ser que sufre, agobiado por una enfermedad a veces sin remedio y ante la cual el médico siempre deberá ofrecer algún tipo de apoyo, especialmente cuando no existe la esperanza.

Pero, desde el punto de vista social, el actuar médico se encuentra regulado por la norma jurídica, dentro de la cual debe actuar, so pena de ser objeto del reproche social y del castigo estatal.

Se transcribirán a continuación las normas infringidas por el médico inculpado y que le ameritaron la formulación de cargos en este proceso disciplinario:

Art 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.”

Art 9. “ El médico mantendrá su consultorio con el decoro y la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional. En él puede recibir y tratar a todo paciente que lo solicite.”

Art 15 “ El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar tratamientos médicos y quirúrgicos para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente “

Art 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud

del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”

Art 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:

1 ...

6. Aborto.

9 ...

CONCLUSIONES

No existe ningún tipo de duda razonable respecto de la comisión del delito de aborto por parte del médico CARLOS ALBERTO NIÑO BENITO. Las pruebas demuestran los actos preparatorios, su objetivo doloso, el daño causado en la vida de un nasciturus, la flagrancia en que fue sorprendido, el ocultamiento de pruebas en su consultorio, las declaraciones falsas que rindió respecto de sus motivaciones científicas y la falta ética cometida.

Este Tribunal no puede admitir que un médico graduado al cual la sociedad le confirió licencia para protegerla cometa este tipo de desatinos. Por eso, la función de este Tribunal, aparte de defender a la sociedad misma, es la de proteger el ejercicio de la Medicina en los aspectos éticos. Y así debe ser, pues nuestra profesión aún goza de la confianza de la comunidad.

Por eso, la sanción a imponer debe ser ejemplar, tanto para el infractor, como para las autoridades que están esperando este pronunciamiento, como para la comunidad médica y la sociedad en general.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Ley.

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: IMPONER cuarenta (40) meses de suspensión en el ejercicio de la profesión médica al doctor C.A.N.B., como infractor

responsable de las previsiones de los artículos 1,2,6,15 y 54 de la ley 23 de 1.981, por los que se le habían formulado cargos.- **ARTICULO SEGUNDO:** COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica y a la Federación Médica para que sea fijado en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 Decreto 3380 de 1981. **ARTICULO TERCERO:** compulsar las copias referidas en la parte motiva con destino a la Fiscalía General de la Nación, Fiscalía 29 Delegada ante el circuito de Yopal. **ARTICULO CUARTO:** CONTRA esta decisión proceden los recursos de ley. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

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

Bogotá, octubre diecisiete (17) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA - SESIÓN No. 891 DEL DIECISIETE (17) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: Proceso No 497 del Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío

DENUNCIANTE: J.P.O.

DENUNCIADO: M.A.P.P.

Providencia No. 53-06

Magistrado Ponente: DR. FERNANDO GUZMÁN MORA

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío decide no aceptar los descargos presentados por la doctora MA.P.P. en proceso iniciado en su contra por la señora J.P.O., e impone una sanción de AMONESTACIÓN PRIVADA, de conformidad con el artículo 83, ordinal a), concordante con el artículo 48 del Decreto 3380 de 1981.

La procesada decide interponer recurso de alzada en contra de la providencia, impugnación que es aceptada por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío y enviada a este Tribunal Nacional de Ética Médica para su decisión.

HECHOS

El día 11 de mayo del 2005, se recibió queja remitida por la Procuraduría Regional del Quindío, presentada ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de

Risaralda y Quindío por la señora J.P.O., contra la doctora M.A.P., del Hospital de San Roque, Quindío. Se declara abierta la correspondiente investigación previa, siendo adjudicada su instrucción a la doctora María Cristina Cardona de Márquez. Por terminación del periodo como magistrada de la doctora Cardona de Márquez, con auto del 02 de noviembre del 2005, se reasignó la investigación correspondiéndole al doctor Juan Diego Villegas Echeverri

La señora J.P.O. bajo juramento expresó:

“Yo desde hacia tres meses tenía atrasos en el periodo menstrual, pero no sentía nada extraño y el día 10 de julio a eso de las diez de la noche, me sentí mal, pues presentaba dolores bajos y sangrado vaginal, el cual me fue aumentando y eran cada vez más seguidos, entonces a la una de la mañana, yo no resistí más y me fui con mi esposo Benjamín, para el Hospital, porque me dio vomito y calambres en las piernas (sic), llegamos al Hospital y no fue posible que me atendieran, pues la médico de turno doctora A.M.P.P., no se encontraba en el Hospital y nos recibió la auxiliar de enfermería ENEIMA MARÍN ZULUAGA, manifestando que esos cólicos no eran una urgencia y que yo debía asistir al día siguiente a las 7 de la mañana para que me atendieran, yo le supliqué a ENEINA, que por favor me atendiera que yo me sentía muy mal y ella dijo que ella no podía darme nada, ni podía aplicarme ningún medicamento, solo me dijo que si yo tenía buscapina en la casa que me aplicara eso que me quitaba el dolor, yo le dije entonces déme el medicamento yo me lo aplico y ella me dijo que no podía sacar ni una pasta de ahí de urgencias, ella no me examinó, solo me dijo que yo que era lo que sentía.

Después de esperar e insistir que me atendieran nos tocó salir del Hospital y regresar a la casa ya eso de las dos y media de la madrugada me volvieron a dar los dolores pero me tocó aguantar y a las seis de la mañana salí al baño y sentí que arrojé algo por la vagina y seguía con el dolor y me aumentó la hemorragia, luego mi esposo echo en un frasco con alcohol eso que arrojé y yo me fui para el hospital a las siete y le mostré a la médico doctora A.M.P., la cual me dijo que eran unos miomas, en ese momento llegó la otra médico también llamada A. y le preguntó que ella qué consideraba que era esa muestra y dijo que si que eso eran miomas, después la doctora P. me insistió en que eran miomas y Que yo tenía más de eso y Que me iba a ordenar una ecografía de carácter urgente, pero no me examinó, sólo me formuló unas pastas supuestamente para la hemorragia”.

En su declaración bajo juramento el señor José Reiber Rodríguez Sánchez, expresó:

“Yo le abrí el portón a ellos, eran como las 12 o 1 y media de la mañana, me preguntaron que si el médico estaba, les dije, un momento yo llamo a la enfermera, llamé la enfermera, los atendió, le preguntó a la paciente qué le pasaba, dijo que ella tenía unos cólicos, que necesitaba que la viera la médica, la enfermera cogió el teléfono y llamó la médica, le dijo, doctora llegó una paciente con unos, cólicos muy enferma, para que usted venga a atender la paciente, la doctora le preguntó qué que tenía, la enfermera le explicó que tenía la paciente, a lo que la enfermera le dijo, la doctora le contestó, no que venga mañana que eso no es una urgencia, la enfermera me dijo que le voy a contestar a la paciente y le dije, dígame lo que le dijo la doctora, que más puede hacer usted, porque ella no puede aplicar droga sin orden médica ni nada, ella le dijo a la paciente lo que había dicho la doctora...”

Ante la pregunta de: “Esos hechos que usted mencionó le constan personalmente?” contestó de manera afirmativa.

Dentro de ese interrogatorio se encuentran las siguientes respuestas:

“...PREGUNTADO. Quién era el profesional de la medicina de turno esa noche? CONTESTO. La doctora A.M.P.. PREGUNTADO. A raíz de esta queja usted ha tenido contacto posterior con la doctora A.M.P.. CONTESTO. No. PREGUNTADO. Por qué tuvieron que llamarla por teléfono? CONTESTO. Porque ella vivía fuera del Hospital. PREGUNTADO. Qué tan lejos o qué tan cerca? CONTESTO. A media cuadra del Hospital...”

La señora Eneina Marín Zuluaga bajo juramento ante este Tribunal, expresó:

“...PREGUNTADA: Por qué si la doctora A.P. estaba de turno por qué no permanecía en el Hospital? CONTESTO. Ellos decidieron pagar una casita que queda al frente del Hospital pero de urgencias queda a una cuadra porque el Hospital ocupa mas o menos una cuadra. PREGUNTADA. El médico que estaba de turno no tenía obligación de permanecer en el Hospital? CONTESTO. Si porque ellos tienen un cuarto, siempre tienen un cuarto y precisamente en urgencias pero en ese entonces había una directora encargada y ella administraba como tres hospitales, todos los días no iba, el encargado era el subdirector que no es médico y no se si se daba cuenta o no de esa situación. PREGUNTADA. En su declaración la doctora A.P., manifiesta que no fue informada por la auxiliar sobre dicho caso. Qué tiene qué decir al respecto? CONTESTO. Se me hace muy raro que ella niegue eso porque el celador es testigo porque se dio cuenta de los hechos porque él

estaba al lado del teléfono, se me hace taro que ella diga eso. PREGUNTADA. Cuál fue la reacción de la paciente cuando usted le manifestó que volviera al otro día? CONTESTO. La paciente no se puso furiosa se puso furioso fue el esposo, la paciente antes me defendía a mi porque yo no tenía la culpa; el esposo decía que iba a poner la queja directamente a la administración. PREGUNTADA. Ha tenido problemas o enfrentamientos con la doctora A.? CONTESTO: Ni antes ni después del caso. PREGUNTADA: Ellos se dieron cuenta de que usted llamó a la doctora? CONTESTO. Yo creo que si porque en esa hora hay mucho silencio, el timbre del teléfono y ellos estaban cerca y escuchaban lo que yo hablaba. PREGUNTADA. Usted la volvió a llamar? CONTESTO. No porque ella me dijo que la citará al otro día a las 8 de la mañana por consulta externa...”

La doctora A.M.P.P., en su versión injurada expresó:

“...Yo no fui informada por la auxiliar sobre dicho caso. PREGUNTADA. Dónde permanece usted cuando está de turno en el Hospital San Roque? CONTESTO. Permanecía en mi casa al frente del Hospital. PREGUNTADA. El movimiento de consultas en ese Hospital, es tan bajo que le permitía estar en casa? CONTESTO. Si. PREGUNTADA Para determinar si es o no es una urgencia, hay que valorar primero a la paciente? CONTESTO. Si. PREGUNTADA. Por qué según los diversos testimonios que existen en la investigación, usted no valoró personalmente la paciente para determinar si era o no una urgencia? CONTESTO. Porque no fui informada para el caso. PREGUNTADA. Ella la tenía que llamar personalmente o por teléfono? CONTESTO. Por teléfono, en el caso de que yo no contestara, ella iba personalmente o enviaba al celador, porque esa noche como a las 11 y media, una paciente consultó por algo que no era una urgencia y yo la atendí. PREGUNTADA. Cuál fue el diagnóstico que usted le dio a la señora J.P. en su segunda consulta en las horas de la mañana, en qué estado llegó y con quién llegó? CONTESTO. El diagnóstico que yo le di a la paciente fue una hemorragia uterina anormal, estaba en buenas condiciones generales y asistió sola a la consulta. PREGUNTADA: Sabe usted si se envió a estudio patológico la muestra y cuál fue el resultado. CONTESTO. Si señora, se envió a estudio patológico cuyo resultado dio un aborto...”

De lo anterior concluye el Tribunal Seccional:

1 - Que la doctora A.M.P., estaba de turno y era su obligación permanecer en la ESE Hospital San Roque, independiente que haya o no pacientes.

2 - Que la auxiliar de enfermería si llamó a la citada profesional, para que atendiera a la señora J.P.O., quedando desvirtuada la afirmación de la doctora A.M.P. P. de que no la llamaron, con las declaraciones juramentadas de la auxiliar de enfermería y el celador de la entidad.

3 - Para determinar si una patología, requiere atención de urgencia o no, se debe examinar a la paciente y en este caso se comprobó que la doctora A.M.P.P., no examinó a la paciente.

“..Por lo anterior existe mérito para abrir proceso ético disciplinario la doctora “A.M.P.P., por violación del artículo 3° de la Ley 23 de 1981 que a la letra dice: “ El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley, violación del artículo 70 de la misma ley que dice “Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivo:

A - Que el caso no corresponda a su especialidad

B - Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya.

C - Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas”

Violación del artículo 42 de la Ley 23 de 1981, que a la letra dice: “El médico cumplirá a cabalidad sus deberes profesionales y administrativos, así como el horario de trabajo y demás compromisos a que esté obligado en la institución donde preste sus servicios”.

Con auto del 15 de noviembre del 2005, se le formuló pliego de cargos y en su diligencia de descargos la doctora M.A.P.P., expresó:

“...Hay un hecho cierto y probado que en este caso es el desconocimiento que yo tenía del aborto o expulsión de miomas que la señora J.P.O., había realizado en horas de la madrugada. Así mismo, hay un hecho inferido, que en este caso es la ausencia de llamada sobre la urgencia, todo lo cual permite una deducción lógica que no puede ser otra distinta, a que el hecho de mi disculpa y de mi manifestación dentro de la consulta, no obedecía a otra situación sino a que no pude haber atendido la llamada de urgencia a eso de la 01.00 a.m de mismo día.

Por supuesto, queda aún por analizar el otro lado de la historia, es decir, lo que afirma tan categóricamente la auxiliar de enfermería ENEINA MARÍN ZULUAGA y que por demás supuestamente lo confirma el celador de la institución JOSÉ REIBER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.

Al respecto hay que decir que asombra la milimétrica coherencia que existe entre estos dos testimonios, quienes pareciendo que comparten el mismo sentido del oído, coinciden en decir que ambos escucharon las mismas palabras de una conversación telefónica que supuestamente sólo ocurrió entre la auxiliar de enfermería y mi persona.

En efecto, el celador afirma categóricamente que “escuchó” toda la conversación, incluso las preguntas que supuestamente yo realice al otro lado de la línea. En efecto dice el supuesto testigo: “... la doctora le preguntó que qué tenía, la enfermera le explicó que tenía la paciente, a lo que la enfermera le dijo, la doctora le contesto, no que venga mañana que eso no es una urgencia.

Por la anterior razón, muy respetuosamente considero que el testimonio del señor JOSÉ REIBER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ no debe ser tenido en cuenta, no solo por el interés obvio y malintencionado con que a simple vista se observa en su declaración, sino también, por cuanto al no habersele hecho las advertencias legales mencionadas en el artículo 267 ibidem, las cuales eran de riguroso cumplimiento en virtud al principio de integración normativa que tiene este procedimiento ético debe considerarse que se encuentra comprobada la existencia de una irregularidad sustancial, que si bien no alcanza a afectar el debido proceso a tal magnitud que merezca la declaratoria de una nulidad a la luz del artículo 306 ibídem, en todo caso si permite su exclusión como prueba para el análisis de mi responsabilidad ética...”.

Con fecha 8 de marzo del 2006, el magistrado instructor, una vez analizados los descargos, considera conveniente citar nuevamente a los señores JOSÉ REIBER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y ENEINA MARÍN ZULUAGA, para ampliar sus declaraciones por las dudas expresadas por la doctora A.M.P.P. Ambos se ratificaron en sus testimonios.

El tribunal Seccional consideró entonces que la denuncia ofrece credibilidad, pues los hechos fueron ratificados bajo la gravedad de juramento y además aparecen avalados por los testimonios de José Reiber Rodríguez Sánchez y Eneina Marín Zuluaga, que fueron ampliados por el magistrado instructor y se tomaron bajo la gravedad del juramento. Expresa además:

“...Objetivamente se encuentra demostrada la violación a la reglamentación ética, apoyados en la declaración juramentada del señor B.H.V. y por su esposa señora J.P., realizadas en la Personería del Municipio de Córdoba, Quindío y aceptada por este Tribunal como prueba trasladada, lo mismo que las declaraciones del celador José Reiber Rodríguez Sánchez y la auxiliar de enfermería Eneima Marín Zuluaga, cuyo relato es el mismo expresado ante este Tribunal como el que se les recepcionó en la personería municipal de Córdoba, Quindío, que concuerdan sobre lo sucedido, todo esto nos lleva a deducir, que el comportamiento de la médica A.M.P.P., no fue el más adecuado, ya que los testimonios no son mentirosos, ni exagerados, ni se ha tratado deliberadamente de perjudicar a la profesional de la medicina.

En el análisis subjetivo a la infracción ética, la disciplinada en todas sus intervenciones alega su inocencia en base a los hechos presentados en sus descargos; y la presunción de inocencia se ve desvanecida por las pruebas que comentamos anteriormente...

Es verdad, que en muchos casos los testimonios de los mismos empleados de la entidad, deben examinarse con especial cuidado por el juzgador porque pueden restar independencia e imparcialidad a sus dichos, llevándolos a desfigurar la verdad. Pero no se puede a priori y por este solo hecho de calificar de falsa una prueba de esta naturaleza, en especial si se trata como en este caso de una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso. Es al magistrado, dentro de las facultades que le confiere la ley y siguiendo el sistema de la sana crítica a quien corresponde apreciarlo para aceptarlo si le merece credibilidad o para rechazarlo si lo considera interesado y contrario a la verdad.

Para efectos de la valoración del testimonio, el fallador ha de tener muy en cuenta los principios de la sana crítica, especialmente las circunstancias de tiempo modo y lugar, las condiciones en que se encontraba el testigo al momento de los hechos, su personalidad, etc.

Además no obra prueba dentro del plenario de la existencia de una amistad o enemistad, que puedan llevar al fallador a poner en duda su credibilidad, o a considerar que se está actuando movido más bien por sentimientos de venganza, con el ánimo de causar daño, comportamientos estos que brillaron verdaderamente por su ausencia.

Las dificultades administrativas expuestas en los descargos no son del análisis de este tribunal, sino competencia de la Superintendencia Nacional de Salud.

Por esta razón, el análisis de este caso solo se basa en la obligatoriedad de la doctora de permanecer en el hospital durante su turno. En oficio de julio 14 del 2004 emanado del doctor José Gustavo Arias Zapata, Director Encargado del Hospital San Roque de Córdoba, Quindío, dirigido a la doctora A.M.P.P., médico en el servicio social obligatorio del Hospital San Roque, le manifiesta: “Respetuosamente me permito comunicarle que debido a queja presentada el día 10 de julio del año 2004, por la señora J.P.O. por no ser atendida en el servicio de urgencias en su turno nocturno, se hace necesario y obligatorio investigar administrativamente por presuntas irregularidades presentadas en el momento de la solicitud de la prestación del servicio de urgencias a dicha Paciente. Igualmente me permito recordarle la necesidad y obligatoriedad de permanecer y prestar la disponibilidad nocturna dentro del hospital, garantizando la prestación del servicio de urgencias oportunamente”. Esta información fue ratificada posteriormente por respuesta dada con fecha marzo 15 del 2006, por la directora del Hospital San Roque, que en uno de sus apartes: manifiesta: “... Finalmente, le informo que la doctora A.M.P., ese día 12 de julio de 2004 se encontraba en turno razón por la cual debía permanecer dentro de las instalaciones del Hospital”. De aquí se deduce que la instancia administrativa del hospital tenía establecido que los profesionales de turno deben permanecer dentro de las instalaciones de este.

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío, decide No aceptar los descargos presentados por la doctora A.M.P.P. e imponer una sanción de AMONESTACIÓN PRIVADA, de conformidad con el artículo 83, ordinal a), concordante con el artículo 48 del Decreto 3380 de 1981.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Manifiesta la médica procesada que impugna la sentencia del tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío, con base en las siguientes consideraciones:

1) ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL:

Dice que:

“... asombra la milimétrica coherencia que existe entre estos dos testimonios, quienes pareciendo que comparten el mismo sentido del oído, coinciden en decir que ambos escucharon las mismas palabras de una conversación

telefónica que supuestamente sólo ocurrió entre la auxiliar de enfermería y mi persona, pero que ahora se observa, nunca han sabido referir en su totalidad.

...

Como se sabe, dentro del interrogatorio al testigo sospechoso, se debe tener la habilidad para profundizar en sus yerros, y en este caso, como se observa, existe una inmensa contradicción entre la versión original dada por la testigo mencionada, y la segunda declaración, precisamente en este concreto aspecto que tampoco fue referido por el “supertestigo de oído biónico” señor JOSÉ REIBER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.

Si como lo dije antes, el celador ha afirmado categóricamente que “escuchó” toda la conversación, incluso las preguntas que supuestamente yo realice al otro lado de la línea telefónica, ¿cómo es posible entonces que no haya escuchado nada sobre algo tan sencillo y a la vez tan importante como lo era la dosificación de un medicamento para el dolor? La respuesta indicaría es clara: ¡Por alguna razón los testigos están faltando a la verdad!.

...

La lógica, las reglas de la experiencia y las reglas de la crítica testimonial nos indican que el señor JOSÉ REIBER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ solo pueden estar mintiendo, bien por interés, bien por mitomanía, o bien por cualquiera otra razón de condescendencia entre ellos.

Por la anterior razón, insisto en que los testimonios de los señores JOSÉ REIBER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y ENEIMA MARÍN ZULUAGA no deben ser tenidos en cuenta, no solo por el obvio interés y mala intención con que a simple vista se observan sus declaraciones, sino por las lógicas contradicciones en que ellos incurren...”

2) UN TEMANO ANALIZADO POR LA QUO, QUE NECESARIAMENTE INCIDE EN EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD:

“...En el fallo recurrido se ha dicho al final de la página 11, que las dificultades administrativas expuestas en los descargos no son del análisis del tribunal, sino competencia de la Superintendencia Nacional de Salud y por esa razón el análisis del caso se basó únicamente en la obligatoriedad mía de permanecer en el hospital durante mi turno.

...

En el Hospital San Roque de Córdoba en la época de los hechos, laborábamos dos (02) médicas rurales con jornadas sumamente excesivas de trabajo semanal, así: 44 horas de consulta externa de lunes a sábado todas las semanas cada una, y fuera de ello, quien se encontraba en urgencias, realizaba adicionalmente 168 horas de consulta de urgencias cada dos semanas, tal y como se puede constatar documental mente.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que los turnos legales sólo cobijan un máximo legal de 66 horas semanales, lo que quiere decir que, de facto, en el Hospital San Roque de Cordoba a todas luces se violaba la ley, y se nos “obligaba” a tener este ritmo de trabajo, circunstancia que Obviamente debe ser tenida en cuenta dentro del juicio de reproche que se me a (sic) hecho.

Como lo he manifestado, cuando llegué por primera vez al hospital, solicité al director del mismo, quien entre otras cosas no es médico, que se me asignara un dormitorio dentro del misma edificación del hospital, pero esta petición expresamente me fue negada por dicho director, y como era un imposible físico que cumpliera con turnos “legales” de CIENTO SESENTA y OCHO (168) HORAS SEMANALES sin un lugar de residencia que me permitiera un margen de descanso dentro de los turnos de disponibilidad, decidí junto con la otra médica, entre otras cosas por sugerencia del mismo director, alquilar una casa de habitación al frente del hospital.

Así las cosas, el hecho, ilógico en otro contexto, de que el médico de turno no permanezca dentro del hospital, no lo era bajo ninguna circunstancia en el Hospital San Roque de Córdoba, no solo por lo mencionado anteriormente, sino también por que fue la misma institución la que obligó a tan anómala situación, tal vez por cuanto el director del hospital no era un médico, o porque quien impartió las instrucciones al momento en que llegamos las dos médicas rurales, no era la persona llamada a hacerlo, todo de conformidad a las normas administrativas que regulan esta materia.

...

Con lo anterior, quiero colocar de presente que como nada se dijo sobre estos argumentos en el fallo de primera instancia y sin embargo el argumento se había presentado, el fallo debe ser doblegado y disponer que en efecto el análisis sí era necesario y obligatorio no solamente por la imposibilidad de declarar

una responsabilidad simplemente objetiva, sino por cuanto el disciplinado tiene derecho a saber por qué razón no le son atendidas sus excusas, y como no es posible que en segunda instancia se expongan las razones que no fueron hechas en la primera, porque se violaría el derecho de contradicción y de impugnación 10 debe por tanto absolverse de todo cargo en virtud del principio del “favor rei”, o en su defecto, declararse la nulidad del proceso desde la etapa investigativa incluso, para que se corrija esta falencia y se recauden las pruebas que a este respecto faltaron, en caso de que aún no se me crea que la situación administrativa era tal y como le he comentado.

...

Esto demuestra, bajo las reglas de la sana crítica y del sentido común, que mi aseveración no obedece a una simple coartada o infantil forma de evadir algún tipo de responsabilidad, sino que corresponde a una realidad, desafortunadamente contradictoria con aquella que es manifestada por quien también aparece como posible responsable de la omisión investigada.

Así las cosas, el problema jurídico que se debe resolver, es determinar cual de las dos personas señaladas como supuestas responsables, está diciendo la verdad, dado que a la misma vez que yo afirmo que nunca fui informada de la llegada de los pacientes, la señora ENEINA MARÍN ZULUAGA dice todo lo contrario.

Es pues, un asunto de crítica testimonial el que debe ocupar la discusión jurídica, todo a fin de determinar a cuál de las dos personas se le debe creer, o mejor, si quedan dudas en la certeza de aquel único testimonio que endilga responsabilidad ética, pero para ello, de manera previa se deben realizar algunas consideraciones que enmarcan contextualmente la situación a analizar...”

4) PETICIONES Y REMISIÓN GENÉRICA A PUNTOS COMPLEMENTARIOS

...

“...Esa equivalencia de prueba testimonial antagónica, no puede catalogarse de manera distinta, hablando en términos jurídicos, sino como un empate técnico: Una prueba testimonial de cargo, frente a una prueba testimonial de descargo.

¿A quien creerle? Dado que no existen otros medios probatorios que confirmen una u otra posición, como respuesta no se perfila sino el hecho indiscutible de que una cosa si es segura: Que hay una inmensa duda respecto a la realización de la llamada telefónica que me involucra dentro de estas diligencias.

El artículo 29 de la Constitución Política establece que toda persona debe ser presumida como inocente y esto significa que el momento procesal en el cual la presunción de inocencia desaparece, es aquel en que quede ejecutoriada la sentencia mediante la cual la persona es condenada.

La presunción de inocencia soporta otro principio de derecho universalmente reconocido, que no es otro distinto a que la duda siempre se aplica en favor del reo, lo cual significa que si no ha logrado destruir la presunción de inocencia con pruebas que produzcan total certeza, debe declararse la no responsabilidad, o dicho en otros términos, que si la prueba es débil, de tal manera que genere duda, la solución a aplicar es el in dubio pro reo.

Por las razones anteriormente expuestas, de la manera más sincera y respetuosa solicito a los H. Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica, REVOQUEN la decisión de primera instancia y declaren que en este caso no existe ninguna responsabilidad ética en mi contra...”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- SOBRE EL TESTIMONIO

La encausada hace referencia a tachas de los testigos, que provocarían un proceso acomodado en su contra. Valga la pena mencionar tres aspectos:

A- TESTIGOS SOSPECHOSOS. Esos se encuentran definidos claramente por la ley penal:

1. Parientes de las partes.
2. Dependientes de alguna de las partes.
3. Los que de alguna u otra manera tengan un grado de consanguinidad, afinidad o parentesco civil con las partes.
4. Quienes hayan sido subordinados por situación laboral de alguna de las partes.

B- REQUISITOS PARA LA EFICACIA DEL TESTIGO

1. Que el testigo sea conducente.
2. Que sea pertinente: Impertinente tiene relación con los hechos pero no sirve para nada.
3. Ausencia de perturbación psicológica en el testigo de tal suerte que no alcance a constituir incapacidad.
4. Que se perciba una utilidad en el testimonio, si el juez considera una prueba inútil, ni siguiera la considera.
5. Capacidad memorativa normal
6. Ausencia de interés personal o familiar en el testigo.
7. Que tenga razón del dicho (justificar la negación o la aceptación).
8. Que la versión del testigo no parezca improbable.
9. Que no hayan contradicciones en su dicho.
10. Que el dicho del testigo tenga absoluta claridad (que no sea ambiguo, dudoso).
11. Que no exista una situación de cosa juzgada material ni una presunción de derecho en contrario legalmente aprobada.
12. Que se haya cumplido todas las formalidades de ley para la recepción del testimonio.
13. Que el testigo tenga capacidad.

C- EL TESTIGO DE OÍDAS Y SU VALOR PROBATORIO.

a este respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Si bien es cierto “el testigo de oídas, lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos (...) que generalmente este concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar comprobadas caracterizadas por su originalidad, que son las inmediatas”, tampoco “implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en procedencia señaladas, es necesario estudiar cada caso en particular, analizando de manera razonables su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si se ha de tener en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar”. (CSJ, Cas. Penal. Sent. 12966, abr. 29/99. M.P. Carlos E. Mejía Escobar).

II- SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Para esta superioridad no existe duda de un hecho grave: La paciente acudió al Hospital por el servicio de urgencias, quejándose de hemorragia genital. La médica fué llamada a atenderla y decidió por vía telefónica que no era urgencia vital. Tanto los testimonios de la quejosa y su marido, como de los empleados del hospital (auxiliar de enfermería y portero de la entidad), coinciden en esto.

Al enfrentar los testimonios de estas cuatro personas y compararlos con el de la encartada, amén de sus explicaciones jurídicas, no existe duda razonable sobre la existencia del hecho, ni una prueba convincente que demuestre que la doctora en cuestión no hubiese sido llamada a cumplir con su deber.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal
Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego
Fecha: 10 de abril de 1997. No. de Rad.: 10427-97

“Si se quiere argumentar una presunta manifestación de duda del fallador como premisa, de cara también a la apariencia de una conclusión incongruente de condena, se precisa recurrir al discurso completo de la motivación y no a los apartes que, estimados de manera aislada, interesada y caprichosa, se les puede hacer decir lo que le plazca al intérprete. El examen que desemboca en la certeza o en la duda resulta mucho más complejo y delicado, pues el proceso de decisión comienza con la acumulación de las unidades de información (investigación), continúa con la evaluación que implica la asignación de un valor a cada ítem informativo; el tercer paso consiste en atribuir un peso a cada información (C. P. P., art. 254, inciso 2o.); y finalmente se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular de certeza o de mera probabilidad sobre el hecho y la responsabilidad del acusado (idem, art. 254, inciso 1o.). Desde luego que este proceso cuenta con el antecedente lógico de la presunción de inocencia, pues si lo que se persigue es el esclarecimiento de una sospecha, y por esa vía la paz jurídica, es imperativo considerar en serio, en el curso de todo el proceso, la posibilidad de que el acusado sea realmente inocente”

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal
Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
Fecha: Septiembre 25 de 1997. No. de Rad.: 10072-97

IN DUBIO PRO REO\violación\directa\indirecta.

Sobre estos principios descansa precisamente la jurisprudencia de la Corte a la cual alude el Procurador Delegado en su concepto, relativa a la forma como debe ser atacada en sede extraordinaria la infracción del principio in dubio pro reo, doctrina que puede sintetizarse de la siguiente manera: Será violación directa, si el juzgador reconoce en el fallo que existe duda probatoria sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, y sin embargo condena; será indirecta, si, por el contrario, niega su presencia, existiendo, y en consecuencia condena, o si la admite, inexistiendo, y absuelve.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda
Fecha: Agosto 5 de 1992. No. de Rad.: 6148-92

IN DUBIO PRO REO (Su ataque en casación). Si el juzgador ha reconocido en el fallo la existencia de la duda, pero a pesar de ello infringe sentencia de condena, el ataque procede por violación directa de la ley por falta de aplicación del art. 248 del C.P.P., en cambio si el fallo no admite la existencia de la duda, debe atacarse por vía de la violación indirecta de la ley debido a error de hecho o de derecho que llevó a la no aplicación de la norma en comentario.

Corte Constitucional. No. de Rad.: C-416-02. Referencia: expediente D-3788
Sobre el particular, la Corte ha puntualizado:

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad

del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la ley 16 de 1974, establece: “..Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”(artículo 8º).

El Decreto 2700 de 1991 señala en su artículo 2º: “En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad” Igualmente la ley 600 de 2000, en su artículo 7º expresa: “ Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado...”.

Proceso es un término que hace referencia a un progreso lento, meditado y analizado. Es un conjunto de actividades interrelacionadas que deben seguir un curso ni muy acelerado ni demasiado lento

El juez, por su parte, debe estar siempre buscando la verdad, para que el hecho real quede dibujado lo más exactamente posible en la verdad procesal. No puede ser un simple títere de las pretensiones de las partes, por un principio de congruencia mal entendido.

El Profesor Villamil, en su libro sobre “Teoría Constitucional del Proceso”, efectúa una disertación acerca del principio de la verdad procesal, el cual se puede resumir en los siguientes puntos:

Verdad ontológica: Verdad como realidad

Verdad lógica: Correspondencia del enunciado con la cosa definida

Verdad epistemológica: verdad en cuanto concebida por un intelecto y formulada en un juicio por un sujeto cognoscente

Los medios probatorios son realidades utilizadas por el juez para reconstruir una realidad. Pero son indirectas. La Verdad procesal se encuentra disminuida por la imposibilidad real de verificación.

El hecho verdadero es una certeza subjetiva con un máximo grado de verosimilitud. La certeza judicial es una actitud intelectual mediante la cual el juez adhiere a una realidad dibujada en el proceso con los elementos probatorios.

Cuando la probabilidad matemática de la certeza de un hecho disminuye, se pasa a una presunción legal. Y si decrece aún más, se torna en indicio, grave o leve.

Respecto del Principio de congruencia, que es la necesaria armonía que debe existir entre la demanda y la sentencia en los procesos no penales y entre la resolución de acusación y la sentencia en los penales, se parte de la base de defensa del procesado, pues no lleva hechos o acusaciones no contempladas en la demanda inicial

Pero esto no implica que deba desaparecer la presencia del juez como árbitro de la diferencia entre las partes, guiado por las normas respectivas. Por el contrario, aunque vivimos en una escuela exegética, el raciocinio del juez es el que hace prevalecer la equidad y la justicia, dentro del marco de esas normas, pero colocando el tinte humano a su actuación, que no debe ser la de un simple transcriptor de penas

Un ejemplo de acción que desborda los límites de la congruencia es la Acción de Tutela, pues si el juez encuentra violado otro derecho fundamental diferente del invocado por el peticionario, debe conceder el amparo

En la actividad del pensamiento se combinan las actividades emocionales, intelectuales y de la imaginación. Por eso el juez debe averiguar, descubrir, quitar el velo de una realidad que está oculta. Especular es ver más allá de lo que perciben mis sentidos. Es razonar, tratar de interpretar, conocer algo. Y en la búsqueda de la verdad y de la relación entre la verdad de los hechos y la verdad procesal como lo más coincidentes posible, el juez debe emplear la mayor parte de sus energías, dentro de los principios de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia y debido proceso.

LA VERDAD PROCESAL Y LA VERDAD REAL

Verdad es la coincidencia entre un objeto y el concepto que de él se tiene en la mente. Para los filósofos nominalistas, verdad es la identidad de un signo con otro. Para los realistas, la verdad lógica es la conformidad de la mente con la cosa

Voltaire, en su célebre Diccionario Filosófico, dice:

“...podemos comparecer ante la Justicia por hechos o por palabras. Si comparecemos por hechos, es preciso que les conste a los jueces que son tan verdaderos como la pena a que condenan al culpable... es indispensable que (las probabilidades de certeza) nazcan del testimonio unánime de los deponentes que no tengan ningún interés en declarar. Con este concurso de probabilidades constituirá una opinión decidida, que podrá servir de excusa a la sentencia; pero como el juez no tendrá nunca completa certeza, no podrá jactarse de conocer perfectamente la verdad...”

El mismo Voltaire:

“...La verdad es una palabra abstracta que la mayoría de los hombres usan con indiferencia en sus libros y en sus fallos, por equivocación o por mentir. Esta definición ha convencido a todos los inventores de sistemas; de este modo la palabra sabiduría se toma con frecuencia por locura y la palabra ingenio por tontería... Definimos la verdad humanamente hablando, esperando otra definición mejor, lo que se anuncia tal como es...”

Las verdades históricas sólo son probabilidades...¿Cuántas veces necesitamos haberlo oído decir para formarnos una persuasión igual a la del hombre que, habiendo visto la cosa de que tratamos, puede jactarse de tener certidumbre de ella? El que oyó decir la misma cosa a doce mil testigos oculares, no tiene más que doce mil probabilidades, equivalentes a una gran probabilidad, que nunca puede igualar a la certidumbre.

Si sólo sabéis la cosa de que se trata por uno de los testigos, haceos cuenta que no sabéis nada y que debéis dudar. Si el testigo murió, debéis dudar más todavía, porque nada podéis poner en claro. Si todos los testigos murieron, os encontraréis en el mismo caso, y de generación en generación la duda aumenta, la probabilidad disminuye y muy pronto la probabilidad queda reducida a cero.

La verdad formal se ha tratado de ligar al proceso civil y la real al penal, porque se dice que en el primer caso se garantiza la imparcialidad del juez frente a los intereses individuales de las partes, mientras que en el segundo se intenta llegar hasta lo más recóndito de la verdad, a veces de manera autónoma por parte del juez e investigador, debido al interés público y general que éste conlleva.

De cualquier forma, NO SIEMPRE LA VERDAD PROCESAL SE AJUSTA A LA VERDAD REAL. Por eso, el derecho constituye apenas un intento (El mejor hasta ahora conocido por la humanidad), para aproximarse a la realidad de los hechos humanos de acuerdo con versiones encontradas de quienes se encuentran en puntos opuestos, con el objeto de brindarle al Juez la oportunidad de decidir acerca de la verdad que más se parezca a la realidad objetiva.

OBEDIENCIA AL DERECHO

El jurista debe ser mirado desde dos puntos de vista :

- Persona pública u oficial. Investido de facultades públicas. Facultades que tienen origen en el ordenamiento jurídico y en éste está implicado el bien general o común. Por lo tanto en esas funciones como persona pública, aplica la jurisdicción y la competencia.

- Persona privada o particular. El jurista es un conocedor del derecho, de la ciencia jurídica. Y más que nadie tiene la experiencia porque ha tenido el contacto con el alejamiento de la norma con la justicia real.

Por lo tanto es el más autorizado como persona privada pero no en ejercicio. Puede criticar siendo privado.

El jurista debe obediencia ineludible al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, cuando el jurista se encuentra en la función de servidor de la legalidad vigente como su aplicador, le debe obediencia irrestricta. Y lo debe hacer a pesar de que se aleje de la justicia o la equidad. Su criterio no puede sustituir a la norma. Por consiguiente no puede hacer crítica de la norma sino aplicación e interpretación de la norma para extraer la intención del legislador.

La jurisprudencia no es norma. Lo que hacen los altos juristas es interpretar la norma y darle la aplicación más adecuada a la misma y, en esta forma, sustentar su decisión.

El jurista por lo tanto le debe obediencia irrestricta a la norma, pues su función es ser guardián de la legislación. Recibe las normas, códigos, constitución, reglamentos, órdenes etc. Esa es la dogmática. Es algo que tiene que aceptar sin discutirlo porque es servidor del Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico. Si cada jurista aplicara su propio criterio, habría inseguridad jurídica. Por lo tanto no puede modificarla. Si no aplica la norma y aplica su criterio, el juez está en el delito de prevaricato.

El que interpreta la Ley es el Congreso de la República en primera instancia. Segundo aquellos que por creación constitucional tienen esa función: Corte Constitucional que le hace un juicio a la ley para decir si está concordante con los principios constitucionales.

Lo que identifica toda clase de derecho es la noción esencial universal de lo jurídico. Es de la esencia del derecho. Constitutivo del derecho, no el logro de la justicia perfecta, sino la intención de la búsqueda de una mejor justicia. La intención de ser un derecho justo.

No es jurídico ningún hecho humano que no este considerado dentro del ordenamiento jurídico. Entonces, la noción esencial y universal de lo jurídico, dentro de la cual quepan todos los derechos que fueran, son y serán, es: La característica formal que lo hace vigente y valido. Tiene entonces vigencia y validez.

Por eso, el choque entre la verdad real y la verdad procesal es aún más complejo especialmente cuando se fundamenta en el principio de Presunción de inocencia: Todas las personas se presumen inocentes mientras no se le haya declarado judicialmente culpables. Sólo las sentencias ejecutoriadas afectan el principio de presunción de inocencia. La carga de la prueba le corresponde al Estado (Fiscalía General de la Nación). A través de la investigación la Fiscalía vence la presunción de inocencia, pero realmente es la sentencia condenatoria quien vence la presunción de inocencia.

La verdad procesal es una verdad formal que ha pasado por numerosos filtros, a partir de la ocurrencia real de los hechos: Interpretación por quienes los sufrieron, análisis de quienes los observaron, deformación habitual a través del lenguaje e interpretación del juez para acercarse a la verdad.

Pero es lo que tenemos hasta ahora para aproximarnos a la verdad. Es forma imperfecta, sesgada, deformada. Pero es la única que permite que podamos vivir en sociedad.

CONCLUSIONES

- 1- La paciente acudió al Hospital por el servicio de urgencias, quejándose de hemorragia genital.
- 2- La médica fué llamada a atenderla y decidió por vía telefónica que no era urgencia vital.
- 3- Tanto los testimonios de la quejosa y su marido, como de los empleados del hospital (auxiliar de enfermería y portero de la entidad), coinciden en esto.
- 4- Al enfrentar los testimonios de estas cuatro personas y compararlos con el de la encartada, amén de sus explicaciones jurídicas, no existe duda razonable sobre la existencia del hecho, ni una prueba convincente que demuestre que la doctora en cuestión no hubiese sido llamada a cumplir con su deber.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el tribunal Nacional de Ética, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley 23 de 1981 y en nombre de la República de Colombia,

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío en contra de la doctora A.M.P.P., de imponer una sanción de AMONESTACIÓN PRIVADA, de conformidad con el artículo 83, ordinal a), concordante con el artículo 48 del Decreto 3380 de 1981. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, noviembre veinticuatro (24) del año dos mil nueve (2009).

**SALA PLENA SESIÓN No.1026 DEL VEINTICUATRO (24) DE
NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).**

REF: Proceso No. 680, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra : Doctor G.A.R.

Denunciante: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 83-09

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en Sala Plena realizada el 11 de agosto de 2009, dentro del proceso número 680, resolvió imponer sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de la medicina contra el médico G.A.R., identificado con CC No..... de... y Registro Médico ... de la Seccional de Salud de Caldas, por los hechos denunciados por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

La defensora del médico encartado, Dra. Ana María Chica Ríos, por escrito fechado el 11 de septiembre de 2009, interpuso recurso de apelación contra la providencia mencionada. El recurso fue concedido el 15 de septiembre de 2009 y el expediente fue enviado ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. El cuaderno que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional de Ética Médica el 25 de septiembre de 2009 y puesto para reparto en Sala Plena del 29 de septiembre, le correspondió por sorteo al magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA.

Cumplidos los términos legales, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

El 13 de febrero de 2009 se recibe oficio del Doctor CLAUDIO RAFAEL GÓMEZ MARTÍNEZ, Superintendente Delegado para la Atención en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud (Oficio 4039-1-0446549), dirigido a la Secretaria Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, para investigar la conducta de un ginecólogo de la IPS Cosmitet Ltda, quien se negó a practicar el aborto en una menor (Cuyo nombre se reserva por ser su condición de menor) y quien padece el síndrome de Pradder Willi, por lo cual su madre solicitó la interrupción voluntaria del embarazo, producto de una violación.

El 27 de febrero se repartió por sorteo al Magistrado Seccional JAVIER GUZMÁN MEJÍA, ordenando Apertura de Instrucción del caso.

Se ofició entonces a la IPS Cosmitet, la cual informó que se trataba del médico G.A.R., quien valora la paciente el 11 de enero de 2008, con un embarazo de 18 semanas y dos ecografías pélvicas.

La paciente es sometida a valoración por psicología el 23 de enero de 2008 y se anota como cosa especial que había consultado y solicitado ayuda en varias ciudades: Manizales, Medellín y Bogotá.

El 24 de enero de 2008, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, recibe una contestación a la acción de tutela instaurada por la madre de la paciente en contra de Cosmitet Ltda, en donde el Coordinador Médico de Cosmitet Ltda (J.H.A.) afirma que la paciente ha sido atendida aún sin tener el procedimiento administrativo la totalidad de los términos de referencia y que el ginecólogo G.A.R. le había garantizado atención integral en su institución. Y que copia del fallo sea enviado a su entidad para futuro control y archivo, así como para el recobro a la Fiduprevisora.

El 22 de febrero se recibe comunicación del mencionado ginecólogo en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, en donde expresa, entre otras cosas, que no es posible establecer si la concepción fue producto de acto sexual violento; que en el momento de la consulta cursa entre 18 y 19 semanas de gestación, confirmadas por dos ecografía previas; que la familia solicitó el servicio de interrupción voluntaria del embarazo y que el médico se negó por

cuestiones de objeción de conciencia (no expresa exactamente cuales); que la paciente no se incluía dentro de las causales determinadas por la sentencia C-355-2006 para incluirla dentro de aquellas que no penalizan el aborto; que el síndrome que la paciente presenta no es letal para su vida; que el epamin que ingiere puede causar malformaciones fetales que no son deletéreas para la vida del producto de la gestación; y que la remite a nueva ecografía, valoración por psicología, valoración genética y estudios de líquido amniótico.

El 1 de abril de 2008 recibe autorización para la prestación del servicio en la Fundación Médico Preventiva de la ciudad de Medellín y el 14 de mayo de 2008, ya con 36 semanas de embarazo, es sometida a cesárea programada y ligadura de trompas de Falopio el 27 de mayo, obteniendo recién nacido de sexo masculino, 3160 gramos, talla de 48 cm y Apgar de 6/8 en buen estado.

Se anota que esta paciente, además de su retardo mental por síndrome de Pradder Willi, era epiléptica desde la infancia, con episodios de incontinencia fecal y marcada dependencia de sus familiares por incapacidad severa que le impedía realizar actos de elemental complejidad. Incluso de acuerdo con la innecesaria valoración psicológica ordenada por el profesional G.A.R., la paciente presenta episodios de autoagresión, aislamiento del medio, vocabulario restringido, incapacidad para emitir cierto número de sonidos, alteraciones de sensopercepción, marcha y equilibrio alterados, paratonía y trastornos del sueño. Además, trastornos de conciencia, desorientación temporoespacial, déficit de atención, ausencia de concentración, ausencia de abstracción, cambios bruscos del estado de ánimo, agresividad, angustia y falta de actitudes mínimas de cuidado personal.

El 19 de marzo de 2009, el tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas recibe otra comunicación de la dirección médica de Cosmitet, esta vez representada por la doctora Sonia Durán, quien afirma que el Dr. G.A.R. ya había enviado al juzgado respectivo su objeción de conciencia y que la empresa Cosmitet no le consultó a los demás especialistas pues el juez “falló a favor de no realizar el aborto” y que incluso “el Doctor J.J.C lo realiza en estos casos de despenalización en la empresa sin objeción de conciencia. Pero con el fallo del Juez de primera instancia se suspendió el proceso. En ese entonces, los ginecólogos con quienes se tubo (SIC) relación contractual fueron: Doctor PV., Doctor G.A.R., J.J.C. (Sin el doctor la anotación es nuestra). No estaban las doctoras M.delP.A. y L.D. Por último, afirma que la empresa tiene contrato en todo el departamento con toda la RED pública, y en la ciudad de Manizales, con el Hospital Santa Sofía.

En fallo de fondo emitido por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, concluye que el médico G.A.R. sí vulneró la Ley de Ética Médica, por varias razones:

- Era su deber participar en la interrupción voluntaria del embarazo, pues existían las condiciones necesarias para su realización ya que la joven se veía estaba embarazada y había sido abusada sexualmente, siendo discapacitada.
- Debía exigir la presentación de la denuncia penal. De no ser entregada orientar a los padres de la joven “A.” sobre la importancia de la misma, ya que es requisito legal para la realización de la IVE y dejar constancia de este hecho en la historia clínica.
- No debía exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar que la paciente estaba embarazada, pues ya en ese momento era un hecho cierto.
- No podía exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar si se trataba de un óbito fetal, pues ese requisito no es dable en estos casos.
- No exigir valoraciones por psicología para tomar una conducta, pues ello está dilatando el proceso que por ley debe ser realizado dentro de los cinco días siguientes a la solicitud.
- De no querer realizar la IVE por sus convicciones personales, debió realizar objeción de conciencia en debida forma y bajo los parámetros exigidos por la ley y debió remitir la paciente a otro profesional que sí estuviera dispuesto a realizar la IVE.
- Debió gestionar ante la entidad Cosmitet Ltda que la paciente fuera remitida a otro profesional no objetor de la lista de profesionales que debía ser conocida por él previamente.

Queda entonces claro para el tribunal seccional que el Dr. G.A.R. no acató los preceptos establecidos, violando además el deber de cuidado, haciéndose acreedor al reproche por culpa.

No se aceptan sus descargos y, teniendo en cuenta sus antecedentes, se condena entonces a la sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de la medicina.

Dentro de términos legales, la defensora del Dr.G.A.R., abogada ANA MARÍA

CHICA RÍOS interpone recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Doctora ANA MARÍA CHICA RÍOS en escrito de 11 de septiembre de 2009 plantea su apelación fundamentada en los siguientes argumentos:

- a- El tribunal Seccional adelanta un proceso muy abreviado, instruyéndolo con una escasa actividad probatoria.
- b- Se le reprocha la violación de los artículos 34, 36 y 54 de la Ley 23 de 1981
- c- Se le enrostra el no acatamiento de los parámetros establecidos en la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional y el Decreto Reglamentario 4444 de 2006.

Refuerza su argumentación diciendo:

1- Dice la Defensa que la Historia Clínica realizada el 11 de Enero de 2008 en la atención suministrada a la menor A. es un documento producto de una actividad médica atípica, puesto que la paciente no se deja examinar del médico, por lo cual es imposible dejar evidencia del examen físico en la historia. Por eso no entiende por qué el Tribunal seccional exige que ese documento tenga de forma sacramental (SIC) cada uno de los requisitos exigidos por la norma en cuanto a su diligenciamiento.

2- Critica la posición del tribunal seccional de afirmar que el médico G.A.R. tenía la obligación de consignar en la Historia Clínica que los padres de la menor no le presentaron la denuncia. La defensa considera que no es aceptable porque el profesional solo deja consignado lo que a él le mencionan.

3- Dice que la no presentación de la denuncia no es el motivo para no practicar el aborto, pues este es un hecho accidental y que no tiene ninguna relevancia frente a lo sucedido.

4- Tampoco es cierto que el doctor G.A.R. tenía el deber de plasmar las razones para no practicar el aborto

5- Y la razón consignada en el punto 4 es que le informó a los familiares de la paciente que él (El Dr. G.A.R.) no practicaba abortos en su ejercicio profesional

6- Además, que la valoración ordenada por psicología, los exámenes

paraclínicos y la ecografía solicitados son parte de los protocolos en casos de interrupción voluntaria del embarazo.

7- Que el Dr. G.A.R. nunca negó de plano el no continuar con el proceso de atención de la paciente y que se puso en un plan de manejo que conforme a protocolos es obligatorio adelantar para estos asuntos.

8- Que la intención del Dr. G.A.R. era confirmar si el feto se encontraba vivo o muerto, lo cual cambiaría la conducta de interrupción voluntaria del embarazo en otra tendiente a lograr la expulsión natural de un feto muerto.

9- En lo que respecta al artículo 54 de la Ley 23 de 1981

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:

6. Aborto.

Parágrafo primero. En caso de conflicto entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial, y las disposiciones legales vigentes, se aplicarán las de la legislación colombiana.

10- Expresa la defensa del Dr. G.A.R. que se ha descontextualizado el alcance de las obligaciones de los profesionales de la salud en tratándose del tema de la interrupción voluntaria del embarazo.

Cita entonces el decreto No. 4444 de 2006, de diciembre 13, mediante el cual el Ministerio de Protección Social reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. Y se refiere a su artículo 2, que dice a la letra: Artículo 2°. Disponibilidad del servicio. La provisión de servicios seguros de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto, estará disponible en todos los grados de complejidad que requiera la gestante, en las instituciones prestadoras habilitadas para ello, de acuerdo con las reglas de referencia y contrarreferencia, y demás previsiones contenidas en el presente decreto.

Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en el ámbito de sus competencias, deberán garantizar que, en la red pública de prestadores de servicios de salud de su jurisdicción, exista disponibilidad

suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios de IVE en todos los grados de complejidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de que trata el presente decreto y de acuerdo con sus disposiciones, de conformidad con lo previsto en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Por eso, la defensa descarga la responsabilidad de disponibilidad de profesionales médicos que puedan actuar en la interrupción voluntaria del embarazo en las Entidades Promotoras de Salud

11- Acto seguido dice que el profesional que hace uso del derecho de objeción de conciencia, tiene el deber de remitir a la paciente a otro profesional que se haga cargo del caso, solamente cuando se trata de paciente y médico particular. En caso contrario, si se acude al médico por la vinculación que se tenga con una EPS, en este caso Cosmitet EPS, era responsabilidad de esta y no del médico solucionar el problema de disponibilidad médica.

Y como, según la defensa del encartado, esa institución no contaba con la información precisa al respecto, no pudo poner el listado de disponibilidad al alcance del Doctor G.A.R.

12- Acude entonces a la Resolución 1896 de 2001, la que adiciona la Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud de la OMS, acerca de la práctica del aborto sin riesgo, de 2003, en donde se mencionan aspectos como:

- a-** Que las entidades deben garantizar un número adecuado de proveedores del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.
- b-** Que la provisión de este servicio de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los siguientes cinco días a la solicitud.
- c-** Previo el consentimiento informado de la gestante.
- d-** Y la presentación del certificado médico o de la denuncia penal.....so pena de las sanciones respectivas.
- e-** Las EPS deben individualizar de antemano a las IPS donde se encuentren profesionales habilitados para IVE.

f- No se permite que la demora en los trámites haga que el transcurso del tiempo corra en contra de los derechos fundamentales de la mujer y dice que el Dr. G.A.R. no tenía la lista de disponibilidad y que al remitir la paciente a Cosmitet, esta entidad se negó a interrumpir el embarazo, basado en la objeción de conciencia del médico acusado.

13- Apela de nuevo al Decreto 4444 de 2006, respecto de la objeción de conciencia:

Artículo 5°. De la objeción de conciencia. Con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la Sentencia C-355 de 2006, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo.

14- Remite a jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-355 de 2006), en donde se niega el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, cualquiera que sea su denominación.

15- Manifiesta su inconformismo con el fallo del tribunal de primera instancia, cuando considera que el condenado sí vulneró parámetros legales establecidos, pues era su deber actuar en la IVE, por el antecedente violación de la enferma y que no debió exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar el embarazo de la paciente, pues ya existían dos ecografías demostrándolo.

A este respecto dice la Dra. Chica que el ordenar los nuevos exámenes, la valoración psicológica y una nueva ecografía no fue una actividad dilatoria, sino una actitud responsable y ajustada a la norma.

Termina afirmando que los exámenes clínicos y paraclínicos, así como la valoración psicológica eran indispensables para no colocar a la madre y a su producto gestacional en peligro y tacha al fallo de “ilógico”.

16- Añade la defensa que la valoración por psicología era importante para conocer lo que pensaba la menor, pues “el paciente debe ser tratado como un todo y no tratado como un objeto”

Dice además que la madre (con todo y su retardo mental), tenía la inclinación a proteger la criatura que llevaba en su vientre.

17- Afirma que en caso de consentimiento de menores e incapaces se debe tener un criterio especial y cuidadoso, ya que “se ha reconocido que una cosa es la capacidad legal para tomar decisiones y otra muy distinta es el derecho a que se respete la autonomía como concepto inherente a todo ser humano”. Menciona varias sentencias al respecto.

18- Luego de otras disquisiciones, se refiere a la proporcionalidad de la pena, la cual considera excesiva en un científico de las características del Dr G.A.R., quien se atuvo a las normas éticas de manera estricta.

19- Acusa a los tribunales de arbitrariedad en la aplicación de la pena y recuerda al Tribunal Nacional de Ética Médica (de una manera más bien displicente) la garantía constitucional de la prohibición de la reformatio in pejus.

20- Por último, solicita la nulidad de lo actuado, pues según ella a su cliente se le negó la posibilidad de investigar y consultar, por parte del tribunal de primera instancia, a los ginecólogos de Cosmitet que se hallaban en capacidad practicar la IVE en el momento.

21- Adicionalmente, acusa al tribunal de primera instancia de olvidar principios procesales como la investigación integral, contradicción y derecho a la defensa, como parte del debido proceso.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1- Dice la Defensa que la Historia Clínica realizada el 11 de Enero de 2008 en la atención suministrada a la menor “A.” es un documento producto de una actividad médica atípica, puesto que la paciente no se deja examinar del médico, por lo cual es imposible dejar evidencia del examen físico en la historia. Por eso no entiende por qué el Tribunal seccional exige que ese documento tenga de forma sacramental (SIC) cada uno de los requisitos exigidos por la norma en cuanto a su diligenciamiento.

Para comenzar se pregunta este Tribunal Nacional: ¿CUÁLES SON LAS ACTIVIDADES MEDICAS ATÍPICAS? La relación médico paciente, esencia del ejercicio de la Medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la Medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

Como lo expresa la Ley 23 de 1981 (Título I, Capítulo I, Artículo 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...”

De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos:

- 1-Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
- 2-Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia
- 3-Por solicitud de terceras personas
- 4-Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o publica”.

Título II, Capítulo I, Artículo 5. Ley 23 de 1981:

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

La Historia Clínica tiene importancia desde varios puntos de vista:

- Asistencial, pues sus notas permiten que el paciente pueda continuar su tratamiento aun si falta el médico que lo inició
- Docente
- Investigativo
- Social

-Control de calidad

-Administrativo

-Médico Legal. En este aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

La historia clínica pertenece a la esfera de información íntima del paciente y del secreto profesional del médico. Debe, por tal razón, ceñirse a la más alta calidad ética-científica.

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente “toda persona tiene derecho a la vida” puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció.

El primer momento se denomina derecho objetivo mientras que el segundo se llama derecho subjetivo (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada).

La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de “pena”.

El “acto médico” es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un “sujeto de derechos”; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

El acto médico tiene, como base fundamental, el amor del médico por la vida humana, por el enfermo y por la misma profesión con la cual se ha comprometido

Titulo II, Capítulo I, Artículo 11 de la Ley 23 de 1981:

“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.

En el Eclesiástico aparece una cita interesante:

“...Puesto que hay un tiempo en que has de caer en manos de los médicos y ellos rogarán al Señor que te aproveche lo que te recetan para tu alivio, y te conceda la salud, que es a lo que se dirige su profesión...”

Por lo tanto, como dice Laín Entralgo, es una relación que presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica.

De acuerdo con este mismo autor, la dinámica de esta relación tiene varios momentos: Afectivo (Amistad entre el médico y su paciente), Cognoscitivo (Diagnóstico) y Operativo (Terapéutica), regidos por una serie de normas éticas y en un contexto histórico-social.

Sin embargo, a algunos médicos los mueven motivos completamente diferentes al simple altruismo y amor a la humanidad. Tal es el caso del afán económico desmedido, la búsqueda de prestigio, el ascenso en la escala social, la curiosidad científica especial por una enfermedad en particular, etc.

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

- 1-Secreto Profesional.
- 2-Información adecuada y consentimiento.
- 3-Obligación de conocimiento.
- 4-Obligación de diligencia y técnica.
- 5-Continuidad en el tratamiento.
- 6-Asistencia y consejo.
- 7-Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado.

Respecto del acto médico institucional, esta forma de relación puede ser de varios tipos:

- A través de entidades hospitalarias de servicio publico en donde el médico es un empleado a sueldo.
- A través de instituciones como el Seguro Social y las diferentes EPS.
- Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato.
- Por medio de empresas de medicina prepagada.

Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno o llamada. Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que más bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería garantizar al enfermo la mejor atención posible.

La atención institucional es una forma de permitir el acceso a la salud a gran cantidad de personas que en forma individual y privada no lo hubieran podido conseguir. Sin embargo, se ha encontrado una relación distinta con el paciente, si no en el aspecto profesional si por lo menos en el área afectiva. Por lo anterior, el acto médico en sus diversas variedades, siempre es un acto típico: Un paciente y un médico. Que el paciente sea de otra raza, condición o que padezca miles de enfermedades diferentes no lo desvirtúa de su principal característica: PACIENTE. Y que un médico pertenezca a una institución, que se encuentre en la lista de una EPS o que ejerza en un consultorio particular a pago directo, no le quita su esencia: MEDICO.

Respecto de lo que la defensa llama “forma sacramental”, no se admite su argumento. Las historias clínicas tienen estructuras básicas similares que deben completarse. pero de acuerdo con las características del enfermo, las condiciones de cada enfermedad y las mismas condiciones del entorno, podrán consignarse los detalles relevantes para cada caso singular.

2- Critica la posición del tribunal seccional de afirmar que el médico G.A.R. tenía la obligación de consignar en la Historia Clínica que los padres de la menor no le presentaron la denuncia. La defensa considera que no es aceptable porque el profesional solo deja consignado lo que a él le mencionan.

La defensora debe recordar que en la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.
- b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuando 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 óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto. La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

3- Dice que la no presentación de la denuncia no es el motivo para no practicar el aborto, pues este es un hecho accidental y que no tiene ninguna relevancia frente a lo sucedido.

La presentación de la denuncia SÍ es motivo para proceder con la IVE.

Se recuerda de nuevo a la defensora que en algunos apartes de las pocas sentencias relacionadas con el tema se ha dicho:

“...Ahora bien, dada la importancia que para el caso que ocupa la atención de la Sala en la presente ocasión tiene la situación de la mujer que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo, estima la Sala pertinente extenderse un poco más sobre las consideraciones realizadas por la Sentencia

C-355 de 2006 en punto a este asunto, las cuales también se relacionan de modo inescindible con la parte resolutive de la referida providencia. En relación con este tópico, manifestó la Corte con toda nitidez, que en aquellos eventos en los cuales el embarazo surgía a partir de una conducta “constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto,” se exigía como único requisito para practicar el aborto inducido que el hecho punible “haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.” De inmediato, subrayó la Corporación cómo cualquier regulación legal en tal sentido no debía significar la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer gestante y brindó algunos ejemplos.

Dijo la Corporación en relación con lo anterior, que en caso de violación no se podía exigir ni “evidencia forense de penetración sexual” ni tampoco “pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva.”

Acentuó, de otra parte, que resultaba inadmisibles “requerir que la violación se confirmará a satisfacción del juez” o que se exigiera como requisito para practicar el aborto inducido que el oficial de policía ante quien se instaura la denuncia estuviese “convencido de que la mujer fue víctima de una violación.” Enfatizó, del mismo modo, que no se podía “exigir que la mujer debía previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.” Subrayó, por demás, que los anteriores supuestos los presentaba a manera de ilustración y por tanto no constituían las únicas hipótesis “en la cuales resultaba claramente desproporcionada la sanción penal del aborto”. Insistió la Corte en que penalizar la interrupción del embarazo bajo los supuestos descritos de acceso carnal violento, no consentido o abusivo significaba a todas luces una grave vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la mujer víctima de ese delito, motivo por el cual no podía bajo tales circunstancias dársele primacía a la vida del nasciturus. Acentuó la Corte lo siguiente en relación con la protección de la vida en el ordenamiento constitucional colombiano:

“En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. Así, en la sentencia C-309 de 1997 sostuvo esta Corporación:

‘La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene

entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas “perfeccionistas”, esto es, “en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.”

Como se desprende de lo expuesto, la Corte Constitucional fue muy clara en establecer que la protección del valor de la vida del nasciturus en el ordenamiento constitucional debe efectuarse sin detrimento de los derechos constitucionales de la mujer gestante. Cualquier medida de protección debe ser proporcionada y, en tal sentido, no puede traducirse en una carga excesiva y arbitraria para los derechos de la mujer gestante o en una medida perfeccionista que atente contra su dignidad, su autonomía o contra el libre desarrollo de su personalidad. Por ese motivo, en caso de configurarse acceso carnal violento, sin consentimiento o abusivo el único requisito exigible para efectuar el aborto inducido es que tal hecho punible “haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.” Justo en esa misma línea de argumentación, resaltó la Corte que debía considerarse inadmisibles cualquier regulación legal tendiente a exigir cargas desproporcionadas que dejaran sin protección a la mujer gestante.

4- Tampoco es cierto que el doctor G.A.R. tenía el deber de plasmar las razones para no practicar el aborto.

En este aspecto es obvio que sí las tenía. Se insiste en varios puntos jurisprudenciales:

No se puede negar u ocultar información sobre los derechos de la gestante en materia de IVE, ni coartar su voluntad para persuadirla de su decisión.

Tampoco se puede negar información sobre opciones terapéuticas y de manejo diferentes a la IVE, para el caso específico, si las hay.

Se debe brindar a la gestante la orientación necesaria y referirla inmediatamente a un prestador/a no objetor/a entrenado/a y dispuesto/a dentro de la misma institución o a otra de fácil acceso que garantice la atención.

Cuando el/la objetor/a es el único/a profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un/a prestador/a no objetor/a, o cuando esté en inminente riesgo la vida de la gestante, debe realizar el procedimiento de IVE en cumplimiento de la obligación última del/a prestador/a de proteger la vida o la salud de la mujer.

Se debe respetar la confidencialidad de la identidad de la gestante que manifiesta su voluntad de IVE.

Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente los Tribunales de Ética Médica puedan determinar si la objeción de conciencia era procedente y pertinente”. Un mal ejercicio de la objeción de conciencia es que el médico, médica o demás personal de salud le exprese a la mujer que ha decidido una IVE, sus opiniones personales con respecto al aborto, o la trate de disuadir de no realizarlo, debido a que estaría violando sus Derechos Humanos. En una investigación se encontró que sólo el 13% de los ginecólogos y ginecólogas no realizaría un aborto ni remitiría a la mujer a un servicio adecuado.

“Un proveedor actúa de manera contraria a la ética cuando retiene información sobre la disponibilidad legal de una opción de tratamiento frente al cual él tiene una objeción de conciencia personal”.

La objeción de conciencia es pública, nunca debe ser un secreto.

Además debe ser pasiva, es decir, se objeta para no hacer algo; nunca para actuar de forma activa.

“Ni el médico que no tiene objeción de conciencia puede presionar a una mujer para que aborte, ni uno con objeción de conciencia puede presionar a la mujer para que no aborte”.

5- Y la razón consignada en el punto 4 es que le informó a los familiares de la paciente que él (El Dr. G.A.R.) no practicaba abortos en su ejercicio profesional.

Este punto sí que no tiene relevancia legal. Lo que se requiere es que informe y consigne la objeción de conciencia por motivos religiosos, esencialmente. No filosóficos, intelectuales, profesionales, morales ni otros.

6- Además, que la valoración ordenada por psicología, los exámenes paraclínicos y la ecografía solicitados son parte de los protocolos en casos de interrupción voluntaria del embarazo.

Cuales protocolos? a parte Dice la OMS en 2003:

a. Análisis de laboratorio

En la mayoría de los casos, los profesionales sólo precisan la información obtenida y a través de la historia clínica y el examen físico para confirmar el embarazo y estimar su duración. Los análisis de laboratorio para corroborar el embarazo pueden no ser necesarios, a no ser que los signos típicos de gestación no estén claramente presentes y el profesional no esté seguro si la mujer está embarazada. Sin embargo, el hecho de realizar dichas pruebas no debe obstaculizar ni retrasar la evacuación uterina.

b. Ecografía

La exploración ecográfica no es necesaria para la realización de un aborto temprano (RCOG 2000). En lugares donde se encuentra disponible, la ecografía puede colaborar para la detección de un embarazo ectópico mayor de 6 semanas. En etapas tardías del embarazo, algunos profesionales encuentran esta tecnología de ayuda antes o durante el procedimiento abortivo. En aquellos lugares donde se utilice la ecografía, se deberá, si es posible, facilitar distintas áreas donde se puedan evaluar separadas aquellas mujeres que buscan un aborto de aquellas que reciben cuidados prenatales.

Y frente a dos resultados ecográficos que demostraban fehacientemente el embarazo de la menor A., abusada sexualmente, con retardo mental severo, síndrome convulsivo, incontinencia fecal, etc., cuál era la necesidad de practicar otro examen de este tipo? O es que el Dr. G.A.R. no creyó en los resultados de sus colegas radiólogos.

7- Que el Dr. G.A.R. nunca negó de plano el no continuar con el proceso de atención de la paciente y que se puso en un plan de manejo que conforme a protocolos es obligatorio adelantar para estos asuntos.

El doctor G.A.R. en carta obrante a folio 96 del expediente, manifiesta a la directora de Cosmitet Ltda su no disposición a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, con base en sus creencias religiosas, su desempeño profesional, su formación en valores éticos y cristianos desde el seno de su hogar, como también el hecho de haber cursado sus estudios de bachillerato en un seminario católico.

A este respecto el único argumento válido es su convicción religiosa, la cual se considera viable para respaldar la objeción de conciencia en estos casos.

8- Que la intención del Dr. G.A.R. era confirmar si el feto se encontraba vivo o muerto, lo cual cambiaría la conducta de interrupción voluntaria del embarazo en otra tendiente a lograr la expulsión natural de un feto muerto.

Este argumento resulta bastante pueril en el análisis del caso en cuestión.

Recordemos algunos apartes de las sentencias que hemos mencionado a lo largo de la presente providencia:

Sentencia T-988/07

(v) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del nasciturus hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad y razonabilidad, como han sido desarrollados estos principios por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

...

Es preciso insistir en que a partir de lo establecido en la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006, la protección del valor de la vida del nasciturus no puede hacerse equivalente al amparo que confiere el ordenamiento constitucional a los derechos de la mujer gestante. Cualquier medida que se adopte para amparar el valor de la vida del que está por nacer, debe evitar poner en entredicho el derecho de la mujer gestante a su vida y a su salud

integral; ha de impedir el desconocimiento del derecho de la mujer gestante a vivir libre de violencia, de humillaciones y de discriminación injustificada. Debe orientarse, en la Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1993: suma, a garantizar la protección de la dignidad humana de la mujer gestante, su libertad e integridad física y psíquica.

...

Tal como lo manifestó la Corte en la sentencia C-355 de 2006: en una hipótesis como la que se debate en el caso bajo examen no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.” La Corporación fue muy clara en recordar que a partir de lo dispuesto en el ordenamiento constitucional colombiano no es factible derivar una obligación en cabeza de la mujer gestante a “asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general.”

9- En lo que respecta al artículo 54 de la Ley 23 de 1981, el Dr. G.A.R. no trasgredido la norma.

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:

1. Investigación biomédica en general.
2. Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines diagnósticos, tales como biopsias cerebrales, o bien con fines terapéuticos, como es el caso de algunos tipos de cirugía cardio-vascular y psicocirugía y experimentación en psiquiatría y sicología médica y utilización de placebos.
3. Transplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos.
4. Diagnóstico de muerte y práctica de necropsias.
5. Planificación familiar.
6. Aborto.
7. Inseminación artificial.
8. Esterilización humana y cambio de sexo.
9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las asambleas de la Asociación Médica Mundial.

Parágrafo primero. En caso de conflicto entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial, y las disposiciones legales vigentes, se aplicarán las de la legislación colombiana.

Aquí es claro que el médico G.A.R. , violó el estatuto ético en el ordinal 6. La Asociación Médica Mundial es respetuosa de las disposiciones de cada país en particular. Y es clara en indicar, como se plasma en la Ley 23 de 1981, que lo que decida la Ley y las normas en Colombia, debe ser obedecido por todos, especialmente por los médicos.

No se trata de analizar si al Dr. G.A.R. le gustaba o no la disposición. Para eso tenía la oportunidad de objetar en conciencia. Pero debía someterse a la disposición legal por encima de sus convencimientos personales.

10- Expresa la defensa del Dr. G.A.R. que se ha descontextualizado el alcance de las obligaciones de los profesionales de la salud en tratándose del tema de la interrupción voluntaria del embarazo.

Cita entonces el decreto N 4444 de 2006, de diciembre 13, mediante el cual el Ministerio de Protección Social reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. Y se refiere a su artículo 2, que dice a la letra: Artículo 2°. Disponibilidad del servicio. La provisión de servicios seguros de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto, estará disponible en todos los grados de complejidad que requiera la gestante, en las instituciones prestadoras habilitadas para ello, de acuerdo con las reglas de referencia y contrarreferencia, y demás previsiones contenidas en el presente decreto.

Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en el ámbito de sus competencias, deberán garantizar que en la red pública de prestadores de servicios de salud de su jurisdicción, exista disponibilidad suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios de IVE en todos los grados de complejidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de que trata el presente decreto y de acuerdo con sus disposiciones, de conformidad con lo previsto en el Sistema

Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Por eso, la defensa descarga la responsabilidad de disponibilidad de profesionales médicos que puedan actuar en la interrupción voluntaria del embarazo en las Entidades Promotoras de Salud.

Aunque esta responsabilidad es compartida, puesto que tanto el médico como la institución pueden ser responsables de obstruir las órdenes legales del sistema jurídico, el médico no puede descargarse en la institución de salud, pues la responsabilidad también lo cobija.

Respecto a la descontextualización en el alcance de las obligaciones de los profesionales de la salud en tratándose de la IVE, consideramos que esta es una apreciación de la defensa de G.A.R. No sabemos en qué basa su afirmación o si se fundamenta en estudios de un número estadísticamente significativo de médicos nacionales o simplemente habla en lenguaje popular, “en nombre de todos los médicos colombianos”, o en nombre de un grupo de galenos conocidos, o en nombre de alguna institución seria que los agrupe.

Pero hablar ex cátedra de una “descontextualización” no parece adecuado, lógico ni mucho menos científico.

11- Acto seguido dice que el profesional que hace uso del derecho de objeción de conciencia, tiene el deber de remitir a la paciente a otro profesional que se haga cargo del caso, solamente cuando se trata de paciente y médico particular. En caso contrario, si se acude al médico por la vinculación que se tenga con una EPS, en este caso Cosmitet EPS, era responsabilidad de esta y no del médico solucionar el problema de disponibilidad médica.

Y como, según la defensa del encartado, esa institución no contaba con la información precisa al respecto, no pudo poner el listado de disponibilidad al alcance del Doctor G.A.R.

Esta superioridad se pregunta al respecto: ¿Y es que la menor no era paciente del médico G.A.R.? ¿Con un poco de compasión humana, ya que no la demostró en el campo médico, y obedeciendo a la Ley, no podía haber efectuado dos llamadas telefónicas?

Aquí desconoce la defensa un hecho fundamental plasmado en los hechos del caso:

El 19 de marzo de 2009, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas recibe otra comunicación de la dirección médica de Cosmitet, esta vez representada por la doctora Sonia Durán, quien haciendo gala de una lamentable ortografía, afirma que el ciudadano G.A.R. ya había enviado al juzgado respectivo su objeción de conciencia y que la empresa Cosmitet no le consultó a los demás especialistas pues el juez “falló a favor de no realizar el aborto” y que incluso “el Doctor J.J.C. lo realiza en estos casos de despenalización en la empresa sin objeción de conciencia. pero con el fallo del Juez de primera instancia se suspendió el proceso. En ese entonces, los ginecólogos con quienes se tubo (SIC) relación contractual fueron: Doctor P.V., Doctor G.A.R. , J.J.C. (Sin el doctor. la anotación es nuestra). No estaban las doctoras M.delP.A. y L.D.”. Por último afirma que la empresa tiene contrato en todo el departamento con toda la RED pública, y en la ciudad de Manizales, con el Hospital Santa Sofía.

¿Era muy difícil llegar al conocimiento de estos hechos y de la disponibilidad de personal capacitado para la interrupción voluntaria del embarazo? No parece adecuado el argumento de transmitir la responsabilidad a la empresa Cosmitet, aunque esta sea también partícipe del no acatamiento de la norma constitucional.

Respecto a si se trataba de paciente particular o no, esto no es relevante. A pesar de la curiosa consideración de acto médico atípico que plantea la defensa al comienzo de su apelación, la menor embarazada era paciente del Dr. G.A.R. Y no porque la consulta fuera pagada por el bolsillo de la familia la haría entonces más digna del profesionalismo del médico condenado en primera instancia. Los pacientes son pacientes y el médico que los atiende, sin clasificar su denominación, sigue siendo el responsable de su bienestar. ¿O es que el atributo de “particular” compra con los honorarios directos algo más profesionalismo y calidad?

12- Acude entonces a la Resolución 1896 de 2001, la que adiciona la Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud de la OMS, acerca de la práctica del aborto sin riesgo, de 2003, en donde se mencionan aspectos como:

a- Que las entidades deben garantizar un número adecuado de proveedores del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

b- Que la provisión de este servicio de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los siguientes cinco días a la solicitud.

c- Previo el consentimiento informado de la gestante.

d- Y la presentación del certificado médico o de la denuncia penal.....so pena de las sanciones respectivas.

e- Las EPS deben individualizar de antemano a las IPS donde se encuentren profesionales habilitados para IVE

f- No se permite que la demora en los trámites haga que el transcurso del tiempo corra en contra de los derechos fundamentales de la mujer.

Y dice que el Dr. G.A.R. no tenía la lista de disponibilidad y que al remitir la paciente a Cosmitet, esta entidad se negó a interrumpir el embarazo, basado en la objeción de conciencia del médico acusado.

Este argumento tampoco es de recibo por este Tribunal Nacional y remitimos al punto 18 de estas consideraciones respecto de la apelación. (verse adelante) Además, dice la Sentencia T-988/07

“...9.- De lo expresado en líneas precedentes se sigue que, en relación con la práctica del aborto inducido en los casos que fueron despenalizados por la sentencia C-355 de 2006, el deber de las autoridades públicas - y de los particulares que actúan en esa calidad, como ocurre con las Empresas Promotoras de Salud -, consiste en remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud en condiciones de calidad y seguridad de modo que se protejan en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos. Las autoridades públicas y los particulares que obran en esa calidad no sólo están obligados a evitar actuaciones discriminatorias sino a promover las condiciones para que sea factible respetar los derechos constitucionales fundamentales de la mujer gestante...”

13- Apela de nuevo al Decreto 4444 de 2006, respecto de la objeción de conciencia:

Artículo 5°. De la objeción de conciencia. Con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la Sentencia C-355 de 2006, la

objección de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo. Este argumento soporta aun más el análisis de lo que debe plasmarse como objeción de conciencia.

14- Remite a jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-355 de 2006), en donde se niega el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, cualquiera que sea su denominación el Tribunal Nacional de Ética Médica está de acuerdo con el contenido respectivo. Pero no es un gran soporte del recurso de alzada, pues el Dr. G.A.R. es persona natural.

15- Manifiesta su inconformismo con el fallo del tribunal de primera instancia, cuando considera que el disciplinado sí vulneró parámetros legales establecidos, pues era su deber actuar en la IVE, por el antecedente de violación de la enferma y que no debió exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar el embarazo de la paciente, pues ya existían dos ecografías comprobándolo.

A este respecto dice la Dra. Chica que el ordenar los nuevos exámenes, la valoración psicológica y una nueva ecografía no fue una actividad dilatoria, sino una actitud responsable y ajustada a la norma.

Termina afirmando que los exámenes clínicos y paraclínicos, así como la valoración psicológica eran indispensables para no colocar a la madre y a su producto gestacional en peligro y tacha al fallo de “ilógico”.

No se acepta este análisis de la actitud de Dr. G.A.R. Es claro para este Tribunal Nacional que una tercera ecografía obstétrica es una táctica dilatoria en el proceso de solución del problema de esta niña, quien no solo fue víctima de la adversidad al nacer con su retardo mental, sino de la ilegalidad reinante en muchas áreas de la sociedad al ser violada por persona conocida (y de quien se supone también posee algunas condiciones y valores morales que jamás lo detuvieron en su miserable acción delictiva) y además de la indolencia de un profesional que basado en argumentos muy débiles permite añadir otro motivo de preocupación, dolor y problema familiar en la vida de una inocente quien parece ser víctima de todas las posibles maldiciones vitales.

Traemos a nuestro análisis algunos apartes jurisprudenciales más:

Sentencia T-988/07

27.- La Entidad Promotora de Salud SaludCoop hizo depender la interrupción del embarazo en una mujer limitada física, psíquica y sensorialmente - quien fue víctima de acceso carnal sin consentimiento y abusivo -, de formalidades imposibles de cumplir, como lo son, de una parte, la existencia de sentencia de interdicción judicial y, de otra, el examen psicológico para constatar que el acceso carnal no fue consentido. Al hacerlo, incurrió la entidad demandada en una practica que a la luz de las circunstancias del caso concreto resulta arbitraria y desproporcionada y desconoció, además, la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 2006.

En el caso analizado, la joven no solo fue víctima de violación sino que resultaba a todas luces evidente que la circunstancia del embarazo con las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que caracterizan su discapacidad, contribuían a empeorar su situación y a desmejorar de modo considerable su calidad de vida.

Dice en la misma sentencia la madre de la víctima:

“...Como quiera que mi hija es una persona con retardo psico-motor severo, se encuentra en estado de embarazo, según se observó en la ecografía practicada y este embarazo fue producto de un acceso carnal violento el cual ya fue puesto en conocimiento de la autoridad competente, solicito de manera respetuosa realice los trámites pertinentes para que a mi hija se le practique a la mayor brevedad posible la interrupción de su embarazo, tal como lo ha establecido la H. Corte Constitucional en pronunciamientos recientes./ Es claro, que en las condiciones en que se produjo el embarazo y el estado físico y mental de mi hija, tal situación es imposible que siga su curso, reitero a Usted mi petición, para que finalmente las consecuencias no sean más funestas y gravosas para la salud de mi hija, además del riesgo y eventuales secuelas que puede provocarse en el bebé. (...)”

16- Añade la defensa que la valoración por psicología era importante para conocer lo que pensaba la menor, pues “el paciente debe ser tratado como un todo y no tratado como un objeto”.

Dice además que la madre (con todo y su retardo mental), tenía la inclinación a proteger la criatura que llevaba en su vientre.

Respecto a la valoración por psicología, este fue un exabrupto intelectual, pues reveló meses después lo que ya un médico con mínimos conocimientos

en síndrome de retardo mental debe poseer. Y repetimos parte de los hechos mencionados al comienzo de esta providencia.

Se anota que esta paciente, además de su retardo mental por síndrome de Pradder Willi, era epiléptica desde la infancia, con episodios de incontinencia fecal y marcada dependencia de sus familiares por incapacidad severa que le impedía realizar actos de elemental complejidad. Incluso de acuerdo con la innecesaria valoración psicológica ordenada por el profesional G.A.R., la paciente presenta episodios de autoagresión, aislamiento del medio, vocabulario restringido, incapacidad para emitir cierto número de sonidos, alteraciones de sensopercepción, marcha y equilibrio alterado, paratonía y trastornos del sueño. Además, trastornos de conciencia, desorientación temporoespacial, déficit de atención, ausencia de concentración, ausencia de abstracción, cambios bruscos del estado de ánimo, agresividad, angustia y falta de actitudes mínimas de cuidado personal.

¿Qué más necesitaba saber el galeno respecto de una enferma con retardo mental avanzado? En este aspecto denota una deplorable falta de conocimientos médicos o una oscura intención de retardar el proceso de interrupción voluntaria del embarazo, la cual tuvo éxito pues llevó a extremos de tiempo que obligaron a la ulterior atención del parto, colocándose en contravía de lo ordenado por la Corte Constitucional y con una serie de conductas que desvirtúan cualquier presunción de buena fe por parte del médico encartado. Respecto de la protección a la criatura en el vientre de la menor, esta es una actitud instintiva que se encuentra incluso en otras especies animales, aunque estas no posean capacidad como la humana. Y ello no implica una mejoría en el estado de alteración intelectual y mental propio del síndrome de Pradder Willi. Es simple y llanamente instinto básico, nada más

Se recuerda a la defensa que Retraso o retardo mental es la disminución de la capacidad intelectual, respecto de niños o personas de la misma edad con desarrollo normal.

Sentencia T-988/07

29.- No cosa distinta se desprende del respeto por la dignidad humana contenido en el artículo 1º de la Constitución Nacional. La garantía de la dignidad humana cumple un papel muy importante en el contexto de la Constitución de 1991 y se convierte en uno de los hilos conductores para la interpretación de los preceptos constitucionales. En la sentencia T-881 de 2002

se refirió la Corte en extenso a esta temática y fijó la naturaleza jurídica del derecho a la garantía de la dignidad humana en el marco de la Constitución Nacional, así como las consecuencias normativas de su determinación. En la sentencia C-355 de 2006 hizo eco la Corte:

...

“A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativa mente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”

(...)

“La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares.

17- Afirma que en caso de consentimiento de menores e incapaces se debe tener un criterio especial y cuidadoso, ya que “se ha reconocido que una cosa es la capacidad legal para tomar decisiones y otra muy distinta es el derecho a que se respete la autonomía como concepto inherente a todo ser humano”

Menciona varias sentencias al respecto.

Para comenzar el estudio de este argumento de la defensa, mencionemos de nuevo la Sentencia T-988/07

36.- También, advertirá la Sala a la E. P. S. SALUDCOOP que no puede poner obstáculos de orden formal ni hacer exigencias irrelevantes o imposibles de cumplir cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada - limitada física, psíquica y sensorialmente e imposibilitada para manifestar libre y directamente su consentimiento - que ha sido víctima de acceso carnal sin consentimiento, violento o abusivo. En ese mismo orden, le recordará que,

bajo este supuesto, la solicitud de interrupción del embarazo deben poder efectuarla los padres de la mujer discapacitada u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia.

Nos permitimos recordar algo sobre la incapacidad jurídica

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo al Artículo 1503 del Código Civil: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces". Y el artículo 1504: "...dementes, impúberes sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Absolutos); menores y adultos disipados que se hallen en Interdicción..."

De esta categoría están excluidas legalmente las personas con alteraciones mentales transitorias o permanentes y los menores de edad.

--- DE GOCE. Lo tienen todas las personas por el hecho de ser personas. Es la aptitud para ser sujeto de derechos y poder contraer obligaciones

--- DE EJERCICIO. Es la aptitud para ejercer los derechos y contraer obligaciones por sí mismo sin que nadie lo represente. No todas las personas pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

Aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ejercerlos. Es un atributo de la personalidad. Es la regla. Por lo tanto, quien alegue incapacidad deberá demostrarla.

Art. 1503.- Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

Para que una persona se obligue con otra exige la capacidad y el consentimiento pleno para la persona que se obliga. Crítica: Excluye los contratos bilaterales pues en estos se obligan las dos partes.

Hay dos tipos de capacidad: Capacidad General (de Goce, Jurídica o de Adquisición) y Capacidad de Ejercicio (Legal o de Obrar).

Capacidad de Goce o Capacidad general se denomina como tal porque la tenemos todos por el hecho de existir. Las personas son sujetos de obligaciones y derechos. No puede ser patrimonio de unas personas sino de todas las personas. Lo único que requiere es que la criatura nazca, se separe del vientre materno y viva siquiera un instante, para que se le adjudique la Capacidad General de Goce. Art 90 del CCC.

Art. 90.- La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.

En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Pero estas personas no pueden contraer obligaciones o ejercer derechos por sí mismas sino por autorización de la ley o representante legal.

Capacidad de Ejercicio o Legal, obrar, negociar, de ejercicio: La tienen todas las personas que cumplen con los requisitos que exija la ley. Al adquirir la mayoría de edad se adquiere la capacidad de ejercicio, de obrar, de celebrar contratos y obligarse.

Frente a la capacidad de ejercicio se presentan las incapacidades, que son la excepción. En realidad, no existe incapacidad de adquisición, porque el solo hecho de ser persona confiere capacidad de goce.

La incapacidad, entonces, solo afecta la Capacidad de Ejercicio. Porque los incapaces absolutos tienen un sinnúmero de derechos. Un demente puede ser propietario de un campo fértil, pero no lo puede enajenar por sí mismo.

Partiendo de la base que solo hay incapacidad Legal o de Ejercicio y no de

Goce o General, hay ciertas personas que están incluidas en la norma pero que no tienen capacidad para celebrar ninguna clase de contratos, pues todos los actos que celebren producen nulidad absoluta.

Puede ser absoluta, relativa, particular y convencional.

Art. 1504.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Inc. 3o.- Modificado. Decreto 2820 de 1974, Art. 60. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. 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.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

I- INCAPACIDAD ABSOLUTA

Los actos de los incapaces absolutos no producen ni siquiera obligaciones naturales. Están inhabilitados para ejercer sus derechos en forma legal, pues no pueden expresar su consentimiento de manera libre y con conocimiento de causa.

1-DEMENTES.

Es demente aquel que se encuentra privado de la razón, es decir, que impida su discernimiento (No en sentido técnico médico). Pero los dementes incapaces son solamente aquellos declarados interdictos por sentencia judicial. Por ejemplo, el loco Procomio vende su casa a un tercero. Este contrato es válido. Y aún si es declarado interdicto por sentencia judicial, pero dicha sentencia no se ha hecho colocar en el registro de sus bienes muebles y en la autoridad de tránsito en la hoja de cada carro, el contrato sigue siendo válido. Es decir, la sentencia judicial no solo se refiere a los dementes o locos, sino los que tienen problemas mentales de otra índole. Y la solicitud de interdicción la hacen los parientes o el agente del Ministerio Público (Personero Municipal en este caso).

Sufre alteración mental que afecta su capacidad de entendimiento y su capacidad volitiva. No todas las enfermedades mentales afectan la capacidad de entendimiento, conocimiento y voluntad.

Cuando hay negocio jurídico antes de declararse la interdicción por demencia, de acuerdo con el 553 del CC, serían válidos. Pero tiene la afección mental en el momento de declarar el negocio. Y se debe probar entonces para pedir la nulidad absoluta del acto. El problema es probatorio. El contrato se presume válido, pero al probar la demencia se solicita la declaratoria de nulidad.

Si es después de la declaratoria de interdicción solo tiene que probar que estaba interdicto.

En ambos casos el problema es probatorio. Y así se alegue que el momento de celebrar el contrato estaba lúcido, no lo acepta el juez.

Art. 545.- Inc. 1o. Subrogado. Ley 95 de 1890, Art. 8o.

El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.

La curaduría del demente puede ser testamentaria legítima o dativa.

Art. 553.- Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.

Art. 556.- El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa.

Se observará en estos casos lo previsto en los artículos 543 y 544.

2-IMPUBERES.

Art. 34.- Llámese infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos.

Nota: La habilitación de edad fue eliminada por la ley 27 de 1977 al establecerse en 18 años la mayoría de edad.

Es el varón menor de 14 años y la mujer menor de 12. Esto se tomó del Derecho Canónico, que afirma que la pubertad marca el derrotero de las personas. El Legislador le reconoce la posesión de cosa mueble.

Art. 784.- Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que competa.

Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos, o para otros.

3-SORDOMUDOS.

Pero solo aquellos que no puedan darse a entender por escrito. Pero no se requiere interdicción sino demostrar su condición.

En el momento en que la familia demuestre que el niño es sordomudo se debe acudir a la Ley para que le nombren un curador. Y no lo hace directamente el padre, porque la Ley debe estar segura de la idoneidad del curador. Esta es la curaduría de los sordomudos.

Se buscaba proteger al sordomudo, porque sus signos quedaban sujetos a la interpretación de alguien. Y además si no ha recibido comunicación del mundo exterior, en el proceso de evolución mental se va quedando atrasado por el aislamiento. Solo podía contraer matrimonio.

Pero se considero que violaba el principio de igualdad y en acción de tutela se determinó que el sordomudo que podía dar a entender su voluntad debía acertarse por medio de cualquier otro medio que no fuera escrito. Siempre y cuando sean signos claros e inequívocos de querer celebrado, el acto jurídico es válido.

Los actos jurídicos de los incapaces absolutos son nulos. O susceptibles de ser declarados nulos.

II- INCAPACIDAD RELATIVA

Son los menores adultos o púberes y los disipadores en interdicción judicial.

1-MENORES PÚBERES

Hombres entre 14 y 18 años. Mujeres entre 12 y 18 años.

Pero son relativamente incapaces porque pueden celebrar actos con eficacia jurídica como: Contraer matrimonio, otorgar testamento, ser mandatario, ser empleado público, disponer libremente de su peculio profesional e industrial, celebrar contrato de aprendizaje laboral, ocuparse en actividades mercantiles, comprar ciertas cosas muebles, alquilar un puesto en lugares de espectáculos.

2- DISIPADOR O PRODIGO

Es aquel que dilapida su patrimonio.

Art. 534.- La disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia.

El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio; donaciones cuantiosas sin causa adecuada; gastos ruinosos, autorizan la interdicción.

Art. 542.- El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero proporcionada a sus facultades y señalada por el juez o prefecto.

Sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios.

3-PERSONAS JURÍDICAS

III- INCAPACIDADES PARTICULARES.

Art. 1852-1853-1854

La ley establece unos tipos de incapacidad especial, en virtud de ciertas circunstancias:

La doctrina los ha clasificado así:

Por vínculos familiares

En virtud del cargo que se ocupa

Por seguridad interés del Estado Colombiano

IV- INCAPACIDADES LEGALES O CONVENCIONALES:

GUARDADORES EN GENERAL: CURADORES Y TUTORES:

TUTOR: Protegen a los incapaces, representa a la persona del incapaz. Debe vigilar su comportamiento como persona y de eso se deriva también la administración de su patrimonio.

CURADOR: Protegen a los incapaces, pero representa al patrimonio de la persona.

Por eso se nombra curador para aquellas personas que tienen problemas en la conservación de su patrimonio.

ALBACEAS, MANDATARIOS Y SÍNDICOS

Mandatario; persona en virtud de un contrato de mandato otorgado por el mandante representa a este en un litigio o en proceso específico.

Albacea, persona que administra bienes de la masa sucesoral mientras son adjudicados, se nombra a través de testamento.

En lo que hace referencia al consentimiento, el Tribunal Nacional se permite recordar lo que ha decidido en varios casos relacionados con el tema:

CONSENTIMIENTO

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o mas cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer. Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis.

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

La ley fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:

- 1- El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
- 2- El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.
- 3- El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto nulo o viciado de nulidad.
- 4- Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

Para que existe consentimiento se requiere la posesión o titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto medico. Este es un punto importante: La vida humana, aunque es disfrutada por la persona individual, es en esencia un bien social que las instituciones protegen por encima de todo. Por lo tanto, en lo que respecta al acto medico, la conservación de la vida prima sobre la calidad de la misma que pueda ofrecerse (Aunque desde el punto vista ético podría ser discutible). Esta es la esencia de la justificación de muchas intervenciones como la cirugía radical parcialmente incapacitante o la quimioterapia en casos de enfermedad maligna, a pesar de los resultados o efectos colaterales molestos que puedan producirse en el enfermo.

Puede servir de ejemplo lo que ocurre con la persona que presenta un tumor maligno de cuello que requiere extirpación amplia que incluye mandíbula, piso de la boca, lengua y parte de las estructuras del cuello, con sus terribles consecuencias estéticas que brindan una sobrevida mayor en cantidad, pero “deficiente” en calidad. También la utilización de drogas antineoplásicas de efectos secundarios tan desagradables como la pérdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

Podría discutirse en este punto la oposición de algunas sectas religiosas, como los Testigos de Jehová, que no aceptan la práctica de transfusiones sanguíneas aún en caso de extrema urgencia. Según algunas opiniones, el médico en estos casos, puede proceder a utilizar la transfusión bajo el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a la libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.

Se requiere la libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de la decisión de efectuar el acto médico. Es lógico que se excluyen de esta categoría la coacción de cualquier tipo (Física, moral, intelectual, económica, etc) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto médico, previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. Por lo tanto, es esencial una buena información al paciente.

La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que está escogiendo entre dos riesgos (Dejar progresar la enfermedad al no aceptar tratamiento o someterse al riesgo que este implica). Esto también está consagrado en el Código Civil (Art 1510): “...El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra...”

Y en el artículo 1511: “...El error de hecho vicia así mismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree...”

La información que se presente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

El Artículo 1524 del Código Civil dice: “...No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato...”.

Las enmiendas añadidas a la Constitución de los Estados Unidos el 3 de Abril de 1791 consagraron la Carta de Derechos y entre ellos el del “debido proceso”, que tuvo como objeto hacer prevalecer la autonomía personal y obligar al Estado a vencer en pleito al individuo con apego estricto a las formalidades legales.

Como consecuencia de estas garantías fundamentales, se reconoció que la orbita de autonomía personal no puede ser invadida arbitrariamente por nadie. Esta soberanía individual hace presumir que cada quien puede elegir libre y conscientemente la mejor alternativa.

En 1914 se sentó la siguiente doctrina: “Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir que se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello”

Los vicios del consentimiento, de manera general, son el error, la fuerza y el dolo. Todo se basa en el concepto de acto jurídico, el cual debe poseer unos requisitos respecto de su objeto:

Cuales son los requisitos del objeto del acto jurídico.

1. Desde el punto de vista de su posibilidad: Art. 1518. Desde el punto de vista física y moral. Cuando un acto es físicamente imposible.

Física: La debemos enfocar desde el punto de vista de las leyes de la naturaleza.

Físicamente posible: Dar, hacer o no hacer.

Moral: Cuando choca con la moral.

Debe tener dos condiciones la imposibilidad física del objeto: Absoluta, erga omnes y permanente. Esta imposibilidad faltaría cuando se convierte en relativa.

2. Desde el punto de vista de su determinación: Las cosas deben existir o que tengan posibilidad de existir: La determinación del objeto hace referencia a que no se confunda con otro.

Bienes de especie o cuerpo cierto: Aquellos bienes que podemos singularizar, individualizar o determinar.

Cuando estamos hablando de obligaciones de género. Determinar el objeto así sea de género.

El género cuando se cualifica es que se convierten en especie.

Cantidad.

18- Luego de otras disquisiciones, se refiere a la proporcionalidad de la pena, la cual considera excesiva en un científico de las características del Dr. G.A.R., quien se atuvo a las normas éticas de manera estricta.

Para este Tribunal Nacional, el doctor G.A.R. no ha demostrado su calidad de profesional responsable de sus pacientes y solamente ha demostrado ser un desobediente de la Ley.

En un reciente artículo se dice lo siguiente respecto de la actitud del médico frente a la solicitud de aborto en casos generales (No teniendo ni siquiera en cuenta los casos determinados por nuestra Corte Constitucional), sino en casos de simple decisión de abortar de manera por demás ilegal en el momento. Ante esta realidad, ¿cuál debe ser la actitud ética del médico? ¿Debe respetar y acatar el principio moral de autonomía de la paciente? ¿Es válido moralmente el aborto a la luz del principio de beneficencia, que es el que rige el actuar ético del médico?

Tres son las actitudes que puede asumir ante la solicitud de que se ponga fin al embarazo, por ser indeseado:

1. Actitud conservadora o de repulsa. La sola insinuación desencadena rechazo y pone fin a la consulta. La formación del médico actual, más aún si ha estado

en contacto con la bioética, no se presta para postura tan radical. Quien actúa así es supérstite de una ética naturalista, cerrada, deshumanizada.

2. Actitud liberal o complaciente. Es la del médico condescendiente o abortador de oficio. Basta la solicitud de la mujer para proceder a ejecutar el aborto, sin importar las circunstancias que rodean el caso. Acceder al querer de su paciente sin ningún análisis o consideración previo, pone al descubierto a un profesional mercantilista, vacío de toda formación ética y actuando legalmente

3. Actitud humana o paternalista. Es, sin duda, la más recomendable, pues se ciñe al espíritu médico, que no es otro que velar por los mejores intereses de nuestros pacientes, en este caso la mujer y su hijo en gestación. Alguien acude a nosotros en busca de ayuda y hay que proporcionársela en la mejor forma, según nuestro criterio técnico y ético. Es esa la misión del médico.

...

El doctor Edwar C. Hill, quien presidiera el 520 Encuentro Anual de las Sociedades de Ginecología y Obstetricia de la Costa Pacífica de los Estados Unidos de Norteamérica, dijo lo siguiente en su oración presidencial: “Una cosa acerca del aborto es cierta: es un asunto de vida, una realidad. La moralidad del aborto no puede ser legislada. Es, siempre ha sido y seguirá siendo, una trágica decisión. Al igual que en otros juicios de la práctica médica, la decisión debe hacerse por la alternativa menos mala. El aborto puede estar moralmente justificado si se practica para aliviar el sufrimiento y aligerar la carga a la paciente, a su familia y a la sociedad. Nuestra responsabilidad es reconocer la autonomía de la conciencia individual, ayudar a nuestras pacientes a considerar todas las implicaciones de su predicamento para que ellas escojan. Si tal escogencia involucra la terminación del embarazo, entonces debe hacerse tan pronto como sea posible, con seguridad, con compasión, y con un profundo sentimiento de pérdida por la vida que es sacrificada.

Cuando el doctor Hill habla de que el aborto podría estar justificado si con él se va a aliviar el sufrimiento de la paciente, la familia y la sociedad, toca lo referente al principio de beneficencia, de tanto compromiso para el médico. Algunas veces las circunstancias que rodean el caso lo llevan a uno al convencimiento de que si no se practica el aborto, la mujer y los que la rodean sufrirán un grave daño emocional y aun físico. Aquí entra en conflicto el principio de beneficencia (bien para la madre y la familia) con el de no maleficencia (daño al feto). El médico, en su leal saber y entender, sabrá cuál de los dos es para él deber *prima facie*.

Es válido recordar que en los países donde el aborto está autorizado, la morbilidad por dicha causa es insignificante. Un ejemplo: en los Estados Unidos de Norteamérica la tasa de mortalidad en 1982 fue de 0.8 por 100.000 abortos. En los países donde es ilegal, esa tasa no puede saberse a ciencia cierta, por razones obvias. Lo evidente es que la sepsis postaborto suele ser la primera causa de mortalidad materna. En un estudio adelantado en 36 instituciones asistenciales de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela en 1990, se encontró una tasa de mortalidad debida al aborto de 406 por 100.000 nacidos vivos, siendo la sepsis la complicación más frecuente.

19- Acusa a los tribunales de arbitrariedad en la aplicación de la pena y recuerda al Tribunal Nacional de Ética Médica la garantía constitucional de la prohibición de la reformatio in pejus.

Este Tribunal Nacional agradece la orientación precisa que sugiere la defensora, respecto de no empeorar las condiciones condenatorias del acusado en su segunda instancia, partiendo del principio de la buena fe, consideramos que la abogada actúa dentro este lineamiento, pues de lo contrario podría ser irrespetuosa en sus sugerencias frente a los que somos jueces de la causa, al ella considerarnos ignorantes o incompetentes en la aplicación de la ley.

La afirmación de arbitrariedad en la aplicación de la pena tampoco encuentra eco en esta superioridad. Quizás en el aspecto de benevolencia parece arbitrario aplicar una pena tan leve a quien desobedeció una Sentencia que es de obligatorio cumplimiento

20- Por último, solicita la nulidad de lo actuado, pues según ella a su cliente se le negó la posibilidad de investigar y consultar, por parte del tribunal de primera instancia, a los ginecólogos de Cosmitet que se hallaban en capacidad de practicar la IVE en el momento.

No se ve el fundamento de esta solicitud, pues el médico encartado tuvo las oportunidades procesales para fundamentar adecuadamente su defensa. O es que la defensa sugiere además que es función del tribunal seccional (O acaso del Tribunal Nacional de Ética Médica) determinar y escoger la persona que va a practicar la interrupción voluntaria del embarazo?

O por ventura plantea la defensa que el tribunal seccional sea el encargado de elaborar las listas de médicos en disposición de actuar en casos de solicitud de dicha interrupción voluntaria.?

Además, existe a folio 94 del expediente, una carta del doctor J.J.C.J., quien manifiesta que se encontraría en disposición de realizar la interrupción voluntaria del embarazo en los casos determinados por la Sentencia C-355-2006, siempre y cuando se encuentren disponibles los elementos tecnológicos, humanos y logísticos para llevarla a cabo de manera segura.

En términos similares responde la Doctora L.D.A.. Folio 95 del cuaderno principal.

Como se aprecia, es una misiva dirigida a la Coordinadora Médica de Cosmitet Ltda, con lo cual queda desvirtuada la afirmación de la defensora y por lo tanto se niega de plano la nulidad solicitada.

21- Adicionalmente, acusa al tribunal de primera instancia de olvidar principios procesales como la investigación integral, contradicción y derecho a la defensa, como parte del debido proceso.

No se observa en ningún momento procesal violación a derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa. Planteamos a la defensora algunos de dichos principios, teniendo en cuenta la actitud docente que asume en algunas de sus afirmaciones:

DEBIDO PROCESO

Está constituido por todas las garantías de las cuales deben estar revestidas las personas que acuden al proceso, sin discriminación de ninguna especie, es decir, la garantía del demandante y el demandado, de la mujer y el hombre, etc.

En el caso presente no se encuentra ninguna violación a esta garantía procesal.

DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Jurisdicción es la función pública de administrar justicia. Es tener derecho al acceso a la administración de justicia, cuando se trata de preservar un derecho que se considera vulnerado. El Derecho a la Acción es poner en marcha el aparato judicial del Estado. Si se mira a la luz del art 229 de la CN, se incluye como norma esencial, además el derecho a obtener de dicha administración una decisión debidamente motivada. Esto garantiza el derecho a la defensa, en la medida en que se tiene conocimiento de los motivos que indujeron al juez la decisión y, en consecuencia, puede controvertirse o impugnar

esa decisión. Si no se conocen los motivos, no hay forma de controvertir la mencionada decisión.

Tampoco se aprecia trasgresión a este derecho.

DERECHO A IMPUGNAR LAS DECISIONES JUDICIALES

Para qué se impugna? Para revocar o modificar una decisión desfavorable, buscando la corrección del error judicial, pues no puede olvidarse que el Legislador tiene en cuenta que quien administra justicia es un ser humano, susceptible de error. Puede equivocarse, ser ignorante, ser corrupto. Tiene posibilidad de error.

Como se ve, al aceptar y analizar tan ampliamente la apelación, se ha cumplido con la norma de defender este aspecto procesal.

PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS

Parte de la base del Principio de Publicidad, que tiene su razón de ser en varias circunstancias:

- Que no haya procedimientos ocultos
- Que las partes que actúen en el proceso tengan acceso a él.

No implica esto que todo el mundo tenga acceso al proceso, sino las partes interesadas y que conforman los sujetos procesales. Es público en el sentido en que se encuentra al alcance de todos, pues la ley dice qué juez, qué técnica, qué términos, etc. Además, protege el desarrollo normal del proceso. Tan nocivo es un proceso acelerado como uno demorado. El proceso tardío trae desazón para los asociados.

La ley 446 le ordena al juez, de manera perentoria, el cumplimiento de los términos. Art 40 del CPC. Responsabilidades del juez. Responden por dolo, por demorar las providencias, etc.

Afirma la defensa que este proceso ha sido inusitadamente rápido. Si los hechos tuvieron efecto a finales de 2007 y la madre de la víctima solicitó la interrupción voluntaria del embarazo en enero de 2008, siendo denunciado G.A.R. el 13 de febrero de 2009 y obteniendo decisión de fondo por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas el 11 de agosto de 2009,

respondiendo el recurso de apelación el 3 de noviembre de 2009, le parece a la defensa que ha sido un proceso de inusitada rapidez?

Este Tribunal Nacional de Ética Médica no lo considera así.

DERECHO A LA DEFENSA

Es el Derecho al la réplica. A defenderse. A estar asistido por un abogado de su confianza (defensa técnica que corresponde a los abogados, que poseen los conocimientos técnico jurídicos para defender una causa), de oficio, en el pool de abogados de la Defensoría del Pueblo, o nombrado por el Estado, el cual se encuentra obligado a prestar defensa jurídica en el campo penal, a quien no tenga los medios para costearlo.

Todo procesado tiene derecho a la defensa (a ser representado, a ser defendido) y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, desde el mismo momento que es sindicado por una falta y durante la investigación y juzgamiento.

No cree esta superioridad que se haya violado en ningún momento el derecho a la defensa. Y la mejor prueba es la apelación que se está resolviendo a través de la presente providencia.

LA VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES DE TIPO PROBATORIO

La escogencia del medio de prueba no es limitada, tiene que estar ceñida a la conducencia, pertinencia y utilidad del medio de prueba. Es un condicionamiento. Por ejemplo: No se puede probar el derecho de propiedad con un testimonio, necesariamente debe hacerse mediante escritura pública; en derecho penal y en derecho disciplinario, la confesión no sirve para probar el dicho del acusado, si no cumple con ciertos requisitos. Todas las partes del proceso pueden escoger su medio de prueba que le sea más útil, pero debe ser útil, pertinente y conducente.

1. Conducencia: Aptitud legal, jurídica y constitucional de un medio de prueba para llevar al funcionario judicial a la certeza y pleno conocimiento que el contrato, convención, hecho jurídico o negocio jurídico existe o no existe. Admite casación. Está ligado el principio de la eficacia.

2. Pertinencia: Cuestión de hecho no de derecho, como si lo es la conducencia. Es la relación causal entre el hecho que se investiga en cualquier proceso y

lo que comunica el medio de prueba. No admite casación. En materia de casación cuando hay error de derecho (conducencia) no cuando hay error de hecho (pertinencia).

3. Utilidad: La prueba no sirve para nada mientras la útil sirve para probar uno o varios hechos.

Como se aprecia claramente en el expediente, no se ha violado ninguna garantía procesal en la evaluación disciplinaria en contra del profesional G.A.R.

CONCLUSIONES RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Ninguno de los puntos de soporte de la apelación de la defensa de G.A.R. encuentra respaldo en este Tribunal Nacional de Ética Médica.

Quizás se encuentre parcialmente de acuerdo en el aspecto de arbitrariedad en la aplicación de la pena, pero desde el punto de vista contrario, es decir, de aplicar una pena demasiado suave para una conducta francamente dilatoria y obstruccionista.

¿COMO DEBE PROCEDER EL MEDICO ANTE UNA SOLICITUD DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO?

Considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que existen una serie de puntos que deben tenerse en cuenta de manera muy precisa cuando de alegar objeción de conciencia se trate, en casos de negarse el profesional de la medicina a practicar un aborto en las condiciones descritas por la Sentencia C-355 de 2006 de la Honorable Corte Constitucional de Colombia, cuyos pronunciamientos en materia de la Carta Fundamental son de obligatorio acatamiento, es decir, tienen fuerza vinculante para las autoridades judiciales y para la ciudadanía en general.

Lo anterior, independientemente de las creencias y convicciones filosóficas, culturales, intelectuales o comunitarias de las personas.

Teniendo en cuenta las escasas sentencias al respecto, se han extraído algunos aspectos importantes a tener en cuenta en caso de una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo por parte de una mujer colombiana o sus representantes legales.

1- Debe recordarse que en la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a)** cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.
- b)** cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- c)** cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

2- Esta decisión no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Cada una es libre de hacerlo o no, incluso en los casos descritos previamente, si en su fuero interno y utilizando su capacidad de decisión y ejercicio, considera que desea continuar adelante con su embarazo. Es decir, es su propia decisión siempre y cuando se encuentre en uso de su libre albedrío.

3- En el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que se determina, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que decidan la interrupción voluntaria de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos contar previamente con su consentimiento debida y ampliamente informado y cualificado.

4- Se insiste en que estos fallos constitucionales se basan en la propia Carta Magna y no pueden ser objetados ni desobedecidos por nadie.

El artículo 243 de la Constitución Política establece: “ART. 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

5- cuando 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 óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las

entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto.

6- La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

7- Pese a lo anterior, se recuerda que en un caso reciente (Sentencia T-988 de 2007) se adjuntaron al expediente algunas pruebas. Esto no quiere decir que sean de obligatorio aporte a la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, pero es prudente tenerlas en cuenta para efectos del lleno de algunos otros requisitos, en especial relacionados con la afiliación a la EPS. Sin embargo, para efectos de interrupción voluntaria del embarazo no pueden ser de obligatorio requerimiento, pues entorpecerían el procedimiento ordenado claramente por el máximo tribunal constitucional.

A- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora madre de la paciente incapaz

B- Copia de del Registro Civil de Nacimiento de la joven víctima de acceso carnal violento. Si es posible, en caso de interdicción judicial por retardo mental o similares, la anotación correspondiente o la copia de la respectiva providencia judicial, así como el nombre del curador respectivo.

C- Copia del documento de identificación de la joven en mención

D- Copia del carné de afiliación de la víctima a su EPS

E- Copia del escrito de petición elevado por la representante legal de la víctima ante la EPS.

F- Copia del resultado del examen ginecológico practicado a la joven BB (cuando este se encuentra disponible), en el que consta el estado médico de la enferma en caso de incapacidad, absoluta o relativa.

G- Copia del denuncia de violación (Este es el único requisito indispensable).

H- Copia del Informe Técnico Médico Legal Sexológico (cuando se tenga disponible).

I- Copia del Informe Ecográfico (cuando se tenga disponible) en el que se constata el embarazo y su fecha aproximada de evolución.

8- Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.

9- Los servicios de salud requeridos por las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado y las Entidades Adaptadas se prestarán en las instituciones prestadoras de servicios de salud con las que cada administradora tenga convenio o contrato, o sin convenio cuando se trate de la atención de urgencias.

10- Los servicios de salud requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, se efectuarán a través de los Prestadores de Servicios de Salud públicos o aquellos privados con los cuales las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud tengan contrato.

11- En ningún caso las entidades de que trata el artículo 1° del presente decreto podrán imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación de los servicios de que trata el presente decreto, tales como, autorización de varios médicos, revisión o autorización por auditores, períodos y listas de espera, y demás trámites que puedan representar una carga excesiva para la gestante.

12- Los servicios de salud de que trata el presente Decreto que se encuentren contenidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado para las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, se cubrirán con cargo a la Unidad de Pago por Capitación del respectivo régimen.

13- En ningún caso habrá lugar al cobro de cuotas de recuperación por la prestación de servicios de que trata el presente decreto para la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

14- La información que se debe suministrar a la mujer, cuando tenga capacidad de decisión, sobre el procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo deberá incluir como mínimo lo siguiente:

- ¿Qué se hará durante y después del procedimiento?
- ¿Qué es probable que sienta? (v.g. dolores, cólicos tipo menstrual y sangrado).
- ¿Cuánto tiempo llevará el procedimiento?
- ¿Qué se puede hacer para el manejo del dolor?

Los riesgos y complicaciones asociadas con el método.

Cuándo podrá retomar su actividad normal, incluso las relaciones sexuales. Los cuidados de seguimiento.

Información sobre anticoncepción

15- En el caso de niñas menores de 14 años, se debe contar previamente al procedimiento médico, con el consentimiento ampliamente informado y cualificado de la niña, con la autorización de su representante legal y/o de la autoridad competente (consentimiento sustituto), teniendo en cuenta para ello los parámetros fijados por la Corte.

16- Si bien el consentimiento sustituto de los padres, previsto en el anexo de la Resolución 4905 de 2006 para los casos de interrupción voluntaria del embarazo de niñas menores de 14 años, está amparado en principio en el deber estatal de velar por la vigencia efectiva del interés superior de los niños y las niñas, el mismo debe ser conciliado con sus derechos prevalentes consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución Política y en las leyes. Claro está, cuando la capacidad se encuentre intacta.

17- Aun cuando los representantes legales o tutores de las menores de edad estén facultados para tomar decisiones sanitarias por ellas, inclusive en contra de su voluntad, las mismas no pueden conllevar en modo alguno al menoscabo de sus derechos a la salud o a la integridad personal, y tampoco un total desconocimiento de su autonomía por cuanto la voluntad de los padres no se puede confundir con la voluntad de sus hijas, que es en todo caso relevante dentro de la relación médico - paciente. Obviamente no en personas con limitaciones mentales severa.

18- Acorde con la doctrina constitucional referida, el consentimiento informado, persistente y cualificado, es el elemento indispensable que legitima cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal. Es deber del médico suministrar la información necesaria al paciente con el propósito de que éste conozca los beneficios y los riesgos de la intervención, permitiendo sobrellevar la angustia, el dolor y el sufrimiento propio de los estados patológicos. De nuevo, cuando pueda decidir por sí misma.

19- Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.

20- El acuerdo es **INFORMADO**, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio que limite la suficiencia de la información y ajustando la remisión de dichos datos al reconocimiento intrínseco de la condición humana. Es **PERSISTENTE**, para significar que la información debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio. Es **CUALIFICADO** ya que la información debe darse en un lenguaje sencillo, entendible para el paciente y sus familiares, no obstante, los términos científicos y técnicos médicos que identifiquen las patologías y tratamientos, además, se exige el respectivo seguimiento del caso por parte del equipo interdisciplinario (Médicos, cirujanos, siquiátras, sicólogos y trabajadores sociales).

21- Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

22- como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. En vez de ello, sus nombres serán remplazados con un solo nombre ficticio que se distingue por encontrarse escrito en cursiva.

23- En la Sentencia T-988 de 2007, este Tribunal estudió la acción de tutela promovida por la madre de una mujer gestante para interrumpir el embarazo de su hija, quien padecía limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales y había sido víctima de un acceso carnal en persona incapaz de resistir, hecho denunciado ante la autoridad competente. En esta oportunidad, la Corte concluyó lo siguiente: “(...) las entidades prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada - con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento - la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que se deriva para las personas con discapacidad de la Constitución Nacional así como de lo consignado en el ámbito internacional.

24- En la misma Sentencia T-209 de 2008, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “(a

fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.”

25- Sin embargo, la sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(...) (i) 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; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.”

26- En particular, la sentencia T-209/08 recordó que: “los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a realizar el procedimiento IVE, (i) de manera oportuna, es decir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la protección Social; (ii) su atención será integral y con calidad; y, (iii) se hará con sujeción a las normas técnico- administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social, las cuales serán de obligatorio cumplimiento, y mientras éstas se expiden, los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas del Decreto 4444 de 2006 que tienen como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).”

27- Lo anterior comporta a su vez la obligación de las EPS de realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus derechos fundamentales. En efecto, las EPS deberán remitir directamente a la mujer solicitante al profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVE; y, en caso de que la mujer acuda directamente a una IPS a solicitar dicho procedimiento, el profesional de la salud que atienda el caso y presente objeción de conciencia debe proceder a remitir de manera inmediata a la mujer al profesional habilitado para el efecto, cuya disponibilidad debe conocer de antemano según la lista determinada por las entidades de salud públicas y privadas.”

28- La Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

29- De acuerdo con la Corte, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de la Protección Social tienen la facultad de investigar y sancionar a las entidades que conforman al Sistema de Seguridad Social en Salud que no autorizaron la IVE en forma oportuna y adecuada conforme con los

parámetros definidos en la sentencia C-355 de 2006. Sobre el particular, la sentencia T-209 de 2008, señaló: “(...)

30- Finalmente, la sentencia T-209 de 2008, desarrolló las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional por la no práctica oportuna del aborto en los eventos despenalizados, a saber: **i)** la competencia del tribunal de ética médica para evaluar las objeciones de conciencia presentadas con ocasión de la solicitud de IVE; **ii)** la potestad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y del Ministerio de la Protección Social; **iii)** la investigación disciplinaria y penal de los jueces de instancia; y **iv)** la indemnización de perjuicios.

31- En la misma sentencia la Corte concluyó que cuando los jueces de tutela niegan el derecho a la mujer embarazada de acceder a la IVE en los términos de la sentencia C-355 de 2006, se deben remitir copias de su actuación a las autoridades disciplinarias y penales. De hecho en la sentencia T-209 de 2008 se ordenó: “(...)que los jueces que actuaron, tanto en primera como en segunda instancia en la tutela, sean investigados para que se establezca las posibles faltas disciplinarias en que pudieron haber incurrido, de conformidad con las consideraciones expuestas anteriormente. Con dicho fin, la Secretaría General de esta corporación enviará copias de todo lo actuado con destino al Consejo Seccional -Sala disciplinaria- de Norte de Santander, trámite disciplinario que debe ser vigilado por la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, la Fiscalía General de la Nación deberá investigar, si los mismos jueces, pudieron haber incurrido en el delito de prevaricato, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá copia de todo lo actuado en esta tutela.”

32- Por último, la Corte consideró que la indemnización, prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, era procedente cuando se anulaba el derecho de la mujer gestante a acceder oportuna y adecuadamente a la IVE en los eventos previstos en la sentencia C-355 de 2006.

33- Recordemos algunas partes resolutivas de la tan trillada sentencia:

Cuarto: COMUNICAR a la Superintendencia Nacional de Salud lo aquí resuelto, para que en ejercicio de sus competencias, investiguen y si es del caso sancionen, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Quinto: COMUNICAR a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del

Ministerio de la Protección Social lo aquí decidido, para que en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Sexto: CONDENAR en abstracto a COSMITET LTDA, y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a Ana, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito judicial administrativo de Caldas -reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COSMITET LTDA deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra el médico vinculado a la misma que atendió el caso y negó el procedimiento de IVE sin realizar la remisión correspondiente. Séptimo: La Secretaría General de esta corporación comunicará inmediatamente lo aquí resuelto a la accionante y a la Defensoría del Pueblo para que haga el acompañamiento en el respectivo incidente de reparación de perjuicios.

Octavo: ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación, expida copias de esta providencia y de todo el expediente de tutela, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas -Sala Disciplinaria-, a fin de que investigue las posibles faltas disciplinarias en que pudieron incurrir los jueces de instancia que actuaron en esta tutela. Iguales copias remitirá a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen la conducta de los funcionarios que fallaron en primera y segunda instancia esta tutela.

34- Luego del procedimiento la paciente continúa siendo protegida por el Estado y su Sistema de Salud, entre otras a través de las siguientes medidas: la orientación médica y psicológica pre y post-aborto, la consejería en

planificación familiar, el acceso a métodos efectivos de anticoncepción, prevención de infecciones de transmisión sexual, VIH - SIDA, derechos sexuales y reproductivos y en general, todas las intervenciones orientadas al autocuidado de la salud.

PARÁMETROS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El particular podría negarse a cumplir alguna ley (ateniéndose a las consecuencias de su negativa, por supuesto), en lo que se denomina objeción de conciencia. Recientemente esto ha involucrado casos de negativa a prestar el servicio militar, a practicar un aborto cuando la ley autoriza a hacerlo en casos específicos, a practicar procedimientos de control natal, etc.

Esta objeción de conciencia no es aplicable a los jueces.

El profesor Edgardo Villamil Portilla expresa en uno de sus escritos:

“El asunto que se ha planteado, y que suscita interés para los estudiantes, atañe a saber si un juez puede sustraerse a decidir un caso en que la demandante solicita autorización judicial para practicarse un procedimiento de aborto, pretextando el funcionario objeción de conciencia. Para intentar una respuesta a ese interrogante lo primero que debe advertirse es que el asunto sometido a controversia judicial no puede quedar sin solución, pues el ciudadano que ha elevado el reclamo no puede recibir el silencio como respuesta. En el evento particular, si el sistema judicial no proveyera una decisión pronta, la ciudadana que ha pedido se le resuelva sobre la autorización para que se le practique un aborto tiene un derecho constitucional a que se le brinde la solución oportuna, si no se decide mediante una sentencia para ella el ordenamiento no existe. Para ella no habría Constitución, tampoco si se le resuelve tardíamente porque la gestación no da espera y si se superan ciertos límites la situación jurídica y fisiológica puede variar de tal modo que se incremente la complejidad del asunto.

Entre el derecho a la objeción de conciencia del juez y el derecho al acceso a la administración de justicia, que es realmente el derecho a la vigencia del ordenamiento jurídico, debe primar este. No podría el juez declararse impedido pues las causales de impedimento se hallan previstas en la Ley y la configuración del debido proceso corresponde al legislador. Más allá de ese aspecto puramente técnico, si se sometiera el asunto al trámite de un impedimento, además de carecer de causal para hacerlo, de nada valdría la

intervención del juez que debe resolver el impedimento si es que finalmente le niega el derecho a la objeción de conciencia. Dicho de otro modo, de qué valdría tramitar un impedimento si al ser decidido por un superior este le ordenase al Juez decidir el asunto. El dictamen judicial del superior, negando el impedimento ningún cambio produciría contra el alegato de conciencia puesto por el Juez, pues si en el sopesamiento entre su conciencia y la Constitución que le ordena decidir el asunto, como que es parte de sus funciones, pesa más su conciencia. En ese escenario nada valdría la decisión del superior de ese juez negando el impedimento y retornándole el proceso para que decida. Síguese de ello que el camino del impedimento parece no razonable.

Desde otra perspectiva, es curioso que las primeras expresiones de objeción de conciencia hayan sido expresadas por jueces varones, es decir que el punto de vista de la mujer y de quien es forzado a la maternidad no cuenta para nada, pues primero está la conciencia del Juez, ya sea que esta se halle anclada en lo religioso o en su posición ética ante la vida. El Juez que expresa objeción de conciencia para decidir sobre la autorización de un aborto por razones de salud, de malformación del feto o por ser producto de una violación, a manera de ejemplo, no toma en cuenta que la decisión individual de la ciudadana que en los pliegues de su conciencia ya deliberó sobre sus propios valores y tomó la opción.

El juez que expresa la objeción de conciencia en un caso de autorización de aborto en verdad quiere escapar al mandato de decidir, él, de acuerdo a sus valores y preferencias sí tiene el sentido de la decisión. Es su deber decidir, así sea para negar la autorización, en verdad pareciera que rehuye el riesgo de decidir. NO se conoce norma o sentencia que le haya obligado a autorizar, pues si la ley dijera de modo imperativo cómo decidir, el juez sería innecesario, justamente el juez está ahí para decidir, en cualquier sentido, puede ser en aquel que no choca contra su conciencia, por ejemplo que el que dice preservar la vida. Si esa es la manera en que concibe los valores que la sociedad debe practicar en este momento de la historia debe hacerlo, a menos que use el pretexto de la objeción de conciencia para no tomar el riesgo de ser investigado, por ejemplo, por prevaricato. En el juzgamiento de este podría plantear sí la objeción de conciencia para justificar porque negó la autorización.

El Juez que plantea en este caso la objeción de conciencia está negando la vigencia de los mecanismos que la democracia tiene previstos para la definición sobre cuales son los derechos y valores más estimables de estas generaciones y sobre cómo ellos deben ser protegidos, y lo que es peor aún, se niega a exponer

los motivos que tiene para hacerlo, razones que podrían forzar, por la potencia dialéctica que a ellos atribuye, un cambio en la tendencia jurisprudencial o las transformaciones legales y constitucionales.

La objeción de conciencia puesta por un juez para decidir un caso, plantea el difícil problema de si el juez debe ser garante de que la sociedad siga la ruta que se trazó en el programa constitucional, tomando como norte la construcción colectiva de esos valores en los órganos democráticamente elegidos, o si ante la imposibilidad de aplicar su propia escala puede apartarse de su función sagrada de decidir.

No es poca cosa el debate que aquí se plantea, pues, a manera de ejemplo, un juez penal que abraza el abolicionismo podría lograr que se dispusiese su traslado a la justicia civil, y de ésta a otra, si es que su conciencia social le impide, por ejemplo, decretar el despojo de una familia de una vivienda de interés social, cruzada que parece plausible, pero que plantea problemas de hondo contenido. Un juez que asume funciones como tal, profesa de antemano el deber de obediencia al derecho y ello le impone el deber de decidir, no importa el choque del ordenamiento jurídico con sus propios valores, que, si los considera superiores, más altos o más altruistas, no puede renunciar a defenderlos públicamente, ni negar el debate que será el motor del cambio.

Más complejo se hace este problema, si el juez ignora cuál es el ordenamiento vigente, ignorancia que no puede salvar. La Corte Constitucional por la modalidad de sus fallos crea nuevas normas a partir de la Constitución, y siembra el campo de prohibiciones al legislador para legislar en determinado sentido. No obstante, cuando entre el anuncio de la sentencia y la promulgación de esa sentencia con pretensiones de ser fuente formal de derecho, se produce una especie de *vacatio legis* en que no hay principio de legalidad y tanto el juez como los interesados podrían estar cometiendo un delito sin saberlo. Si se tratara de la ley expedida por el Congreso, la historia del derecho nos diría que para aplicar los principios de legalidad y favorabilidad la promulgación es el criterio definidor. Cuando la regla está en una sentencia dictada y no promulgada el problema es más complejo y genera un margen intolerable de incertidumbre...”

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE LAS PERSONAS NATURALES JURÍDICAS

Cuando se expidió la Sentencia C-355/06, con fuerte oposición de las iglesias católica y evangélica, directivos de clínicas y hospitales privados

de instituciones religiosas o de esa orientación, invocando el derecho a la “objeción de conciencia”, manifestaron que no acatarían la Sentencia y que en esas IPS no se practicaría “ningún aborto”, pues éste es contrario a los valores y principios que orientan sus servicios. En relación con dicha posición se debe insistir que, como las personas jurídicas no tienen conciencia, pues es un atributo exclusivo de la persona natural, las IPS privadas no son titulares del derecho fundamental a la objeción de conciencia, que es subjetivo e individual.

Pero como esas IPS si pueden tener su orientación religiosa o política, unos valores y principios diferentes a los reivindicados en la sentencia, en nuestro Estado democrático de derecho, laico y pluralista, se debería respetar esa decisión y los principios religiosos en que se fundamenta -según artículo 18 de la Constitución que garantiza libertad de cultos-, y reconocer a aquéllas una exención análoga al derecho a objeción de conciencia, excepto en caso de urgencia o de estado de necesidad (cuando por indicación médica la inmediata interrupción del embarazo es el único medio para proteger la vida de la mujer).

Así lo dejó establecido la Corte Constitucional en la citada sentencia y lo reiteró el Magistrado Manuel José Cepeda al sostener que: “No hay un solo escrito de derecho constitucional en el mundo que sostenga que una persona jurídica tiene conciencia. La conciencia es un atributo exclusivo de la persona natural”.

Basados en el trabajo del Profesor Francisco José Cañal García (Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca), podemos enumerar las condiciones para que el particular pueda expresar una objeción de conciencia respecto del cumplimiento de alguna norma:

A) Ausencia de fin político. El móvil de la objeción ha de ser el imperativo de conciencia, no un modo de influir en la opinión pública, obstaculizar la decisión de la mayoría o suscitar adeptos a la postura del objetor. No quiere esto decir que sean ilegítimos esos comportamientos, sino que pertenecen a otras figuras distintas de la objeción. Es posible, sin desnaturalizar por eso la conducta de objeción, que algunas de estas circunstancias acompañen a la objeción, por darse junto con ella, en la práctica, otras formas de desobediencia al Derecho. No vamos a entrar en este momento a ponderar la necesidad o no de que la objeción sea una conducta interna o externa, que trascienda a la opinión pública o no, etc. pues esto no cambia la naturaleza de la objeción, cuando se da y, en muchas ocasiones son hechos independientes de la objeción, no buscados por el sujeto ni dependientes de su voluntad.

B) El respeto a los derechos ajenos. El objetor puede ampararse en su autonomía moral siempre que no transforme a otras personas en objetos o meros instrumentos de la satisfacción de su deber de conciencia, pues la dignidad de la persona impide que pueda considerarse de modo distinto que un fin en sí misma. El objetor está legitimado para incumplir un deber jurídico, pero no lesionar los derechos ajenos, obligarles a compartir sus criterios o utilizar a los demás como instrumentos.

C) Dado que normalmente se producirá un conflicto entre la conducta del objetor y el cumplimiento de un deber jurídico o los derechos o intereses de terceros, será necesario hacer una valoración de todo ello para determinar la admisibilidad o no de la objeción.

Por una parte, debe valorarse la intensidad del imperativo ético del objetor; por otra parte, la intensidad o extensión de la lesión del derecho o interés que no se satisface. Así hay que valorar la posibilidad de sustitución del objetor; en los casos en que sea fácilmente sustituible no habrá problemas para el reconocimiento de la objeción, pero esto no quiere decir que en caso de que sea insustituible no deba admitirse nunca la objeción, por el mismo motivo antes señalado de la dignidad de la persona: nadie puede utilizar a otro (en este caso el objetor) como instrumento para el ejercicio de un derecho o la satisfacción de un interés.

Se puede hacer una clasificación de los derechos que pueden lesionarse con la objeción:

- 1) Derechos del propio objetor: en este caso no habrá dificultad para legitimar la objeción.
- 2) Derechos subjetivos de un tercero. En este caso es más difícil dar reglas generales, aunque difícilmente puede admitirse la objeción si los derechos que están en juego son especialmente valiosos, como la vida o la libertad.
- 3) Derechos de personas indeterminadas, en cuyo caso sería más fácil admitir la objeción.

Es difícil dar más reglas generales, pues habría que situarse ante cada caso concreto y su examen nos llevaría a un casuismo interminable.

Por otra parte, debemos señalar que la limitación de la objeción de conciencia debe ser restrictiva, pues la autonomía moral da un fundamento “fuerte”, en terminología de Habermas, para la conducta del objetor. Por respeto a esa

autonomía moral en ningún caso debe entrarse a juzgar la “calidad” de la objeción; quiere esto decir que el derecho a la objeción de conciencia subsiste siempre con independencia de que el que deba apreciarla considere que el objetor tiene una conciencia errónea.

Las limitaciones a la objeción deben contar con los siguientes requisitos:

- a) que el interés ajeno sea relevante, que comprometa también su autonomía moral y no se cuente con su consentimiento.
- b) que por el volumen sociológico de la objeción la conducta del objetor cause un daño importante o irreversible (aquí se ha de tener en cuenta la posibilidad de la sustitución del objetor).
- c) que la conducta previa del objetor no le sitúe en una posición de compromiso previamente asumido de realizar la conducta que pretende objetar.

Hay que considerar además que el objetor, como ya quedó dicho, no pretende alterar los principios de justicia del orden constituido y que su conducta en todo caso se mantiene, por tanto, dentro de la llamada por la doctrina “lealtad constitucional”.

“la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo 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” (Sentencia C-355/2006).

“Cuando en ejercicio de la objeción de conciencia, el personal de salud directamente relacionado con la prestación del servicio, considere que no puede realizar la IVE, tiene la obligación de seguir los códigos de ética profesional, los cuales indican que deriven a las mujeres a colegas capacitados/as, que no estén en contra de la intención de interrupción del embarazo no constitutiva del delito de aborto.

A este respecto se dice la Sentencia T-209 de 2008.

5.1. Sobre el primer aspecto, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “() a fin

de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.”

Esta misma sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(...) (i) 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; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.”

Adicionalmente, no se puede negar u ocultar información sobre los derechos de la gestante en materia de IVE, ni coartar su voluntad para persuadirla de su decisión. Tampoco se puede negar información sobre opciones terapéuticas y de manejo diferentes a la IVE, para el caso específico, si las hay.

Se debe brindar a la gestante la orientación necesaria y referirla inmediatamente a un prestador/a no objetor/a entrenado/a y dispuesto/a dentro de la misma institución o a otra de fácil acceso que garantice la atención.

Cuando el/la objetor/a es el único/a profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un/a prestador/a no objetor/a, o cuando esté en inminente riesgo la vida de la gestante, debe

realizar el procedimiento de IVE en cumplimiento de la obligación última del/a prestador/a de proteger la vida o la salud de la mujer.

Se debe respetar la confidencialidad de la identidad de la gestante que manifiesta su voluntad de IVE.

Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente los Tribunales de Ética Médica puedan determinar si la objeción de conciencia era procedente y pertinente”. Un mal ejercicio de la objeción de conciencia es que el médico, médica o demás personal de salud le exprese a la mujer que ha decidido una IVE, sus opiniones personales con respecto al aborto, o la trate de disuadir de no realizarlo, debido a que estaría violando sus Derechos Humanos. En una investigación se encontró que sólo el 13% de los ginecólogos y ginecólogas no realizaría un aborto ni remitiría a la mujer a un servicio adecuado.

“Un proveedor actúa de manera contraria a la ética cuando retiene información sobre la disponibilidad legal de una opción de tratamiento frente al cual él tiene una objeción de conciencia personal”.

La objeción de conciencia es pública, nunca debe ser un secreto.

Además, debe ser pasiva, es decir, se objeta para no hacer algo; nunca para actuar de forma activa.

“Ni el médico que no tiene objeción de conciencia puede presionar a una mujer para que aborte, ni uno con objeción de conciencia puede presionar a la mujer para que no aborte”.

Prohibición de prácticas discriminatorias. En ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo en los términos del presente decreto, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. No podrá exigirse esta información como requisito para:

- a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, excepto cuando se requiera vincular personal para la prestación directa de los servicios regulados por el presente decreto;

- c) Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;
- d) Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;
- e) Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.

De otro lado, la Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

En opinión de este Tribunal Nacional, todo médico que presente objeción de conciencia frente a una solicitud de terminación voluntaria del embarazo, amparado por las causales de despenalización del aborto por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, además de responsabilizarse de colocar a la paciente en manos de un profesional que no tenga dicha objeción, debería ser sometido a un proceso muy rápido de análisis de las causas de esa objeción de conciencia, ante los tribunales seccionales de ética médica, los cuales analizarán las causas de fondo que llevan a pronunciarse por el derecho a negarse a practicar el aborto. En esa forma quedaría la constancia formal de dicha objeción y la decisión del tribunal seccional de ética médica de iniciar o no una acción disciplinaria en contra del médico, cuando las razones

presentadas no fueren coherentes con la Ley Colombiana y, especialmente, con la Ley de Ética Médica.

Además, la Sentencia 209 de 2008 expresa que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto no puede constituirse en un mecanismo de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres. En efecto, los profesionales de salud tienen la obligación ética y legal de respetar tanto la Constitución como las sentencias proferidas por esta corporación en sede de control de constitucionalidad, que al hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, tienen carácter erga- omnes y por tanto son de obligatorio cumplimiento por todas las personas.

Al respecto de las pruebas que obran en el expediente cabe recordar, que no basta que los profesionales de la salud anuncien la presentación de la objeción de conciencia para quedar eximidos de practicar el procedimiento de IVE, y con ello creerse exentos de toda responsabilidad, pues lo que les corresponde a éstos es cumplir con la obligación adicional consistente en remitir de manera inmediata a la mujer solicitante a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento, y así debe estar garantizado tanto por la red pública de salud como por las empresas promotoras de salud para sus afiliados, según lo dispone la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

Es decir, que si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo; y, las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el presente caso.

Esta misma Sentencia discrimina algunos puntos específicos relacionados con la objeción de conciencia:

4. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.
5. La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.

6. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.
7. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.
8. La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.
9. La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.
10. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
11. El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.
12. Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.

PILARES DE LA TICKET MÉDICA

Moral proviene del latín “mores” y Ética del griego “ethos”. Ambos significan: costumbre. La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas de una determinada comunidad. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es. El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

La moralidad de los actos humanos depende de tres cosas: El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.; la intención o fin, en la que actúa la voluntad; y la razón y las circunstancias de la acción. Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar

los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios. No es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

El acto humano libre se basa en conocimiento y deseo a la luz de su propia razón, que posee las características de inteligencia y voluntad. Sin embargo, esto no quiere decir que la moral deba ser de tipo “situacional”, pues la conciencia no puede obrar independientemente de los principios universales, que son al fin y al cabo los que orientan los casos particulares.

Por esto, moral y ética son diferentes. La primera (moral) estudia el acto humano individual particular en su entorno y circunstancias concretas. La segunda (Ética) es más amplia, pues es ni más ni menos que el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal. Se ha definido además como “ciencia del comportamiento”, pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo. La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo que concierne al ser humano en sí. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios “mínimos” de convivencia es el fundamento de la ética social. Hay tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que desees que hagan contigo. Por su parte, los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

En lo que respecta a la ética médica, una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral íntegra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico. El Código de Ética Médica Colombiano, lo menciona en su Título I, Capítulo I, Artículo 10: “Los principios éticos que rigen la conducta de los médicos, no se diferencian substancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad...”

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad. Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona. Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas del médico como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables.

También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, por que sus características de universalidad, sobrepasan los eventuales límites que las diferencias morales, sociales o religiosas entre los distintos grupos humanos podrían señalar. Estos principios, denominados por el filósofo inglés W. D. Ross de “prima facie” son respeto por la autonomía, beneficencia - no maleficencia y justicia. Hace ya varios años se realizó el planteamiento de estos principios, apoyado por diferentes escuelas éticas, y la prueba del tiempo no ha mostrado la necesidad de incluir otros como “fundamentales” para la solución de los problemas éticos médicos o de modificar la aproximación basada en el enfoque que hemos mencionado. El método ha sido objeto de naturales críticas, que sin

embargo no han llegado a inestabilizar el constructor ético que sobre él se ha levantado.

El Principio de Beneficencia se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: “Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio”. En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en “me abstendré de causarles daño o perjuicio”, resumido en el mucho más conocido *Primum non nocere*, de obvio carácter obligatorio, y el segundo en “prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie”. En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo, es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal.

Uno de los problemas éticos más conflictivos es la decisión de limitar el libre ejercicio de la voluntad de un paciente, sometiéndolo a restricciones por decisión del médico o de una instancia legal, que se oponen a su albedrío, lesionando así un aspecto fundamental del carácter actual de la relación médico-paciente, como es el profundo respeto por la autonomía del mismo. Dadas las condiciones legales actuales, no solo de nuestro país sino de muchas otras naciones, así como nuestras convicciones personales acerca del ejercicio médico, estamos convencidos del papel fundamental que el ejercicio de la autonomía del paciente tiene en el acto médico, elevándolo de la condición que hasta no hace mucho tiempo se le daba de “paciente”, como si la palabra derivara de su “pasivo” rol, a la de “persona enferma”, en la que no se le menosprecia su integral condición de “persona” por la razón de estar “enferma”. No obstante, así mismo, vemos clara la necesidad de adoptar el principio de beneficencia, en busca del bien del paciente o por solidaridad con una determinada comunidad, cuando bajo ciertas condiciones el individuo no puede ejercer dicha autonomía a la que tiene pleno derecho.

El Principio de Autonomía consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir se actúa autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. “ Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo las personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad no es otra cosa, que el apetito

racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades”. Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades. A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones “sine qua non”: capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.

La capacidad hace referencia al pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, es el entendimiento aristotélico. La posesión del derecho es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. La libertad es la posibilidad del ser de tomar por sí mismo (es decir, sin ser precedentemente determinado de manera unívoca por nada) una dirección frente a valores limitados conocidos, para elegir o no elegir. La información adecuada es el conocimiento de las alternativas de tratamiento, de los beneficios esperados y las posibles complicaciones que los procedimientos puedan generar sobre el paciente.

Si atendemos de manera honesta a las definiciones que hemos dado de beneficencia y autonomía, encontramos en dichas descripciones, no sólo la esencia de lo que ellas constituyen, sino a la vez unos límites claros que permiten establecer certeramente lo que no son. En múltiples ocasiones el desconocimiento de estos límites conduce a actuaciones que pretenden ampararse en el respeto por la autonomía, siendo en realidad negligencia, o en la beneficencia tratándose en realidad de paternalismo.

Hemos dicho que en la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo. La pregunta que nos debemos entonces plantear es ¿quién ha de decidir qué es benéfico para el enfermo? Mientras los médicos piensen que por haber dedicado parte de su vida al estudio de las condiciones de salud y enfermedad de los individuos son poseedores del derecho de decisión absoluto sobre lo que es bueno o malo, no cabe duda que la respuesta será: el médico. No obstante, es claro que la respuesta surge de la falsa premisa de la “posesión del conocimiento absoluto”, hecho evidentemente ficticio al que hay que agregar la total ausencia de la participación del objeto de la decisión (el enfermo), por lo que conduce a una respuesta naturalmente errada. Este tan frecuentemente cometido desatino constituye el extremo conocido como paternalismo.

El paternalismo en términos generales consiste en actuar en forma tal, que se cree que se está protegiendo o resguardando el interés de un individuo, aunque el obrar de esta manera vaya en contra de su voluntad inmediata o de su libertad de escoger. Es en esta circunstancia en que una mala comprendida “beneficencia” lesionaría el derecho de autonomía. (Esto realmente no es beneficencia).

Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia. La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina jurídica se presenta cuando “el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...”

En la situación descrita, una mala comprendida “autonomía”, lesionaría el principio de beneficencia, pero es obvio aquí, como lo fue en el extremo opuesto, que si no se dan las condiciones para el ejercicio de la autonomía-capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada- no es autonomía lo que se practica y por lo tanto no se le pueden atribuir a ella los deletéreos efectos producidos.

A partir del origen de la relación médico paciente en algunos casos el paciente no podrá practicar su autonomía, pues la decisión respecto a ésta no ha surgido de una decisión voluntaria, sino de manera espontánea del médico en caso de emergencia o por solicitud de terceros. En estos eventos el médico emprende su labor dirigido por el principio de beneficencia que estrechamente ligado al acto médico hace parte de su esencia.

Dos circunstancias adicionales han de ser consideradas: 1. Aquellas condiciones en las que se determina que el paciente no pueda usar su autonomía y 2. La condición en la cual el paciente desea transferir parte de su autonomía al médico porque confía que actuará de la mejor manera. Siempre que sea posible el paciente debe tener el derecho de decidir autónomamente sobre lo que le conviene, es obligación del médico de manera sincera y desinteresada orientarlo e informarle sobre las posibles opciones. En este tipo de relación no hay contraposición beneficencia-autonomía pues se cuenta con el paciente para decidir lo mejor (lo que lo beneficie).

Hemos ya descrito desde las definiciones las condiciones que limitan la

autonomía y sólo bastaría agregar la enorme importancia de la información en este proceso. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él mismo. Es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad a la vez que se constituye en deber del médico:

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado particular atención a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente aceptados en forma documental (en casos de emergencia el documento debe obviarse por estar en peligro la vida del paciente, dejando una clara nota a este respecto en la historia clínica)

1. El ejercicio médico se fundamenta hoy en los tres pilares éticos de Autonomía, Beneficencia y Justicia.
2. El análisis cuidadoso y el conocimiento real de los principios de Beneficencia y Autonomía permiten determinar que entre ellos no hay oposición, pues ninguno mira objeto distinto que el bien del paciente.
3. La oposición surge cuando se desvirtúa la Beneficencia en Paternalismo lesionando la Autonomía, o la Autonomía en Negligencia atentando contra el beneficio.
4. Es deber del cirujano ver en el paciente a la persona integral que ante la enfermedad requiere su ayuda, pero que mientras pueda ha de ser libre de ejercer su voluntad.

DIFERENCIAS ENTRE DERECHO Y MORAL

Los dos conceptos parten del deber ser; es decir, describen conductas y situaciones que deben ser cumplidas con base en el concepto de perfección que cada sociedad posee. Y esta idea de perfección ha sido la que ha impulsado el conocimiento y la sabiduría humana, siendo estos dos además su mecanismo de retroalimentación en el sentido de añadir mayor perfección en cuanto mayor es el conocimiento de las cosas.

Se afirma que el Derecho constituye el mínimo moral en la conducta de las personas. Y es apenas obvio que las normas jurídicas no pueden, en términos generales, ir en contra de la moral. Asimismo, lo que para algunos países

puede ser norma moral, para otros no lo es. Por lo tanto, acatar el Derecho no implica necesariamente un deber moral. Y en esto aplica la teoría de la resistencia a algunas normas por parte de quien considera que son totalmente inmorales. Esto es explícito, por ejemplo, en el Catecismo de la Iglesia Católica, en cuyo numeral 1903 expresa: "...si los dirigentes proclamasen leyes injustas o tomaran medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia..."

Otros dicen que la norma moral es el mismo derecho natural. En este aspecto vale la pena discutir acerca de la científicidad del concepto de Derecho Natural, pero teniendo en cuenta que el acatamiento del derecho no es necesariamente una obligación moral en todas partes del mundo y que lo que denomina Derecho Natural no es aceptado por todos.

Aunque Derecho y Moral se encuentran imbricados entre sí, puesto que se complementan en algún momento, existen diferencias esenciales, como vamos a ver.

1. DEFINICIONES

A- Derecho es el conjunto de normas que regula vida en sociedad con miras a obtener la coexistencia pacífica, el bien común, la felicidad colectiva y el orden social.

Ejemplo: la Constitución de 1991 expresa en la declaración sobre **LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**.

Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 2. 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 instituídas para proteger a todas 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 p artculares.

B- Moral es la aplicación a un caso específico de las reglas éticas universales que buscan el bien y desechan el mal, considerando con esto acercarse a la perfección del ser individual. Moral proviene del latín “mores” y Ética del griego “ethos”. Ambos significan: costumbre.

La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de sí mismo.

La ética es el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como “ciencia del comportamiento”, pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Como disciplina, la ética es de tipo normativo, es decir, se ocupa del “como debería ser en general” la conducta humana.

La ética se basa en el análisis del bien y del mal. Por lo tanto, dentro de la

conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo. La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa. Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo concierne al ser humano en sí. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios “mínimos” de convivencia es el fundamento de la ética social.

Desde el punto de vista de ética social tenemos tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que desees que hagan contigo. Los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

2. OBJETIVOS DIFERENTES

El Derecho constituye una aplicación objetiva del contrato social que rige la formación del Estado y de esta manera obliga en virtud de la voluntad general. La Moral involucra los principios éticos generales a las situaciones particulares con base en lo que para la sociedad en cuestión es deseable como valores íntimos de cada individuo.

3. TELEOLOGÍA DIFERENTE

El Derecho, por su misma formación, se orienta hacia la coexistencia pacífica y el bien común, regulando las conductas que tengan trascendencia social. La Moral busca la rectitud del actuar con base en el íntimo convencimiento de lo que es bueno.

4. POSEEN DIFERENTE FUENTE

El Derecho nace de la agrupación social una vez organizada y sus fuentes son la Ley, la Jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. La Moral se basa en las creencias tradicionales, religiosas e históricas, es decir, en la ideología predominante en la sociedad que se tiene en cuenta.

5. APLICABILIDAD

La Norma Jurídica aplica a las situaciones específicas que se expresan en el Derecho Positivo. Y aquí se da un fenómeno particular: Mientras los particulares pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido por las normas, los funcionarios públicos solamente pueden hacer aquello que esté expresamente regulado por la misma. La norma Moral regula un área mucho más amplia que la del Derecho, puesto que la norma jurídica no puede ocuparse absolutamente de todas las posibles conductas humanas, salvo aquellas que repercuten socialmente sobre otros miembros de la sociedad. Por esto, la norma Moral aplica en todos los actos del individuo, con base en lo que su propia conciencia califique como bueno o malo en cada situación.

6. NACEN Y REPORTAN ANTE DIFERENTES ESTRATOS

Ambas tienen su origen en la sociedad y su cultura. Sin embargo, el estrato encargado de evaluarlas es diferente según el caso. El Derecho nace del conflicto en la convivencia y por lo tanto el encargado de aplicarlo es la Jurisdicción (función pública de administrar Justicia). La moral es consecuencia del concepto que se tenga en cada comunidad sobre lo que debería ser el actuar ideal, siendo su juez la propia conciencia.

7. LA COACTIVIDAD ES DIFERENTE

El Derecho es, por esencia, de obligatorio cumplimiento. Y esto implica que quien no desee cumplir con la norma es obligado por la fuerza a respetarla. La Moral no tiene coactividad externa y solamente afecta la conciencia de quien transgrede la norma ética aplicada.

8. EXTERNALIDAD vs INTERNALIDAD

El Derecho es el juez por excelencia de la externalidad, es decir del reino de la acción. Sin embargo, cabe expresar a este respecto que algunas de sus áreas, especialmente el Derecho Penal, mira siempre la intencionalidad del acto en conjunto con sus resultados. De no ser así, las tentativas no podrían ser juzgadas adecuadamente.

La Moral, por el contrario, juzga el reino de la intención, es decir, la internalidad de la acción. Por ello, le interesa esa intención más que el resultado de la misma.

9. AUTONOMÍA

Si analizamos a fondo el tipo de autonomía de las normas, todas (por su misma naturaleza social), son impuestas desde afuera. Sin embargo, partiendo de la persona con capacidad de autodeterminación, se considera que el Derecho, las normas de trato social y las buenas costumbres son de origen heteronómico, es decir, vienen impuestas desde fuera de la conciencia individual. La Moral se considera autonómica, pues el individuo acata sus normas de manera libre y consciente, aunque como dijimos antes, la influencia de la familia, la educación y la sociedad en la aceptación de las mismas no es exactamente libre de cualquier influencia.

10. OBLIGATORIEDAD

Se relaciona con la coactividad. Sin embargo, desde el punto de vista de convencimiento interno, la norma Moral obliga solamente a la conciencia, por lo cual una persona puede ejercer un acto inmoral a conciencia, sin tener que rendir cuenta de su intención más que a sí mismo. El Derecho obliga por la coactividad que posee y puede verse que sus normas se acaten aún a repugnancia de quien lo hace, simplemente por miedo al castigo que se puede obtener por la violación de las mismas.

11. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La sanción por incumplimiento del Derecho se encuentra determinada en los códigos. Y esto es fruto de varios principios jurídicos entre los cuales destaca el que afirma: No hay delito si no está tipificado. No hay pena sin delito.

La pena por violación a normas éticas es patrimonio de la conciencia de cada persona. Y no se crea que esto no tiene repercusión. Porque puede darse el caso de alguien a quien no interese mayormente la trasgresión de las normas morales, mientras otras personas que lo hacen pueden llegar a actos de castigo tan severos como el mismo suicidio.

12. RESULTADO vs INTENCIÓN

Este es un punto controversial en la diferenciación de las diversas normas sociales que tienen relación con el deber ser. El Derecho, al juzgar el resultado de la conducta tiene en cuenta la intención, pero también el resultado. Es el problema clásico de las obligaciones de medio y de resultado. De igual manera,

al Derecho Penal interesa la intención del actuante, para poder considerar la gravedad y magnitud del delito. Y aunque no se adjudique el dolo a muchas actuaciones que produzcan un efecto dañoso, la no observación de normas de elemental cuidado social puede traer como consecuencia el caer en el campo de la culpa, la cual puede ser severamente castigado por el Derecho.

La Moral tienen en cuenta, esencialmente, la intención del actuar. Y así el resultado no sea el esperado, esa intención califica al acto de moralmente bueno o malo según el caso.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. De acuerdo con algunos doctrinantes, la moralidad de los actos humanos depende de tres cosas:

- El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.
- La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón
- Las circunstancias de la acción

Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios y no es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

13. CONSECUENCIAS DEL EXCESO

Todas las normas tienen extremos cuando se trata de su aplicación. La Norma de Derecho, al no ser aplicada, crea desorden social e inseguridad jurídica. Pero al serlo sin tener en cuenta circunstancias específicas de cada caso, puede dar lugar a injusticia e inequidad. Y si bien es cierto que los jueces están sujetos al imperio de la Ley, no es menos cierto que cada situación es diferente como lo es cada persona. De allí la necesidad de la doble instancia, de los recursos, de la jurisprudencia de las cortes, etc. Adicionalmente, la aplicación exegética de la norma sin tener en cuenta esas circunstancias, puede dar lugar a la violación de uno de los principios generales del derecho: el abuso del mismo. Por su parte, la norma Moral puede también ser objeto de excesos. Por un lado si no existen principios éticos claros en la conducta personal, se puede llegar a un estado de elasticidad moral que es totalmente inaceptable en la vida diaria.

Y la sujeción ciega a los dictados morales, especialmente cuando tienen su base en la religión, puede llevar al fanatismo conductual, del que poseemos miles de ejemplos en la historia.

14. SUBJETIVIDAD vs OBJETIVIDAD

El Derecho es por definición objetivo. Sus normas son claras, escritas y al promulgarse se dan a conocer a toda la sociedad.

La norma moral es básicamente subjetiva, aunque se presentan excepciones, como el caso de las normas de conducta de ciertas profesiones y oficios, que tratan de objetivizar la conducta moral.

15. TIPO DE JUSTICIA A LA QUE SIRVEN

Existen varias definiciones de justicia, dependiendo del punto de consideración: virtud teologal, disposición a la equidad, poder judicial, rectitud, probidad, justicia conmutativa, justicia distributiva, etc.

En términos generales, la norma jurídica sirve a la Justicia objetiva, es decir, a lo que se establece en los códigos y su interpretación y aplicación por parte de los jueces.

La norma Moral sirve a la Justicia subjetiva, es decir, a lo que mueve la conciencia del individuo a actuar correctamente con base en la definición de bien o mal que él mismo posea.

16. VALORES INTERPUESTOS

En el Derecho los extremos dialécticos son el orden y el desorden, la convivencia y la tolerancia, el bien común y el bien individual en la sociedad. En la moral estos son el Bien y el Mal. La perfección y la imperfección íntimas.

¿POR QUÉ EL DERECHO PREVALECE SOBRE LA MORAL?

Para entender el derecho como fenómeno eminentemente social, es necesario partir de la historia humana misma. Y, para comprender la evolución de las sociedades, la formación y destrucción de los estados, la obediencia de miles de hombres en el curioso fenómeno de la guerra, la autodestrucción que siempre ha caracterizado a nuestra especie, la posibilidad de convivir con nuestros semejantes en medio de un intenso amor y un profundo odio, hay

que analizar al ser humano en todos sus aspectos, en la grandiosidad de su pensamiento y en la bajeza de sus acciones, en su sed de trascendencia y en su enorme egoísmo, en su impresionante capacidad de conocimiento abstracto y en la simplicidad de sus actos cotidianos. En una palabra, en su integridad como el mayor predador que ha engendrado el universo y, al mismo tiempo, la obra más delicada que la creación ha podido entregar como producto en evolución permanente.

Si no se entiende al ser humano no es posible entender el Derecho. Un togado ignorante nunca será un buen humanista. Y quien pretende conocer solamente un conjunto de códigos sin adentrarse en el estudio de las personas y la sociedad, jamás será un verdadero jurisconsulto. Y esta es la esencia del Derecho: la humanidad misma, en toda su grandeza y su miseria.

El derecho se ha diseñado para proteger la dignidad humana. Mientras exista la persona existirá el derecho y desde que haya historia habrá normas de derecho de una u otra forma.

El ser humano es conflictivo por naturaleza. La vida social empeora este conflicto de relaciones humanas, pero el derecho las controla, modera y modula.

¿En qué áreas de la sociedad actúa el derecho? Prácticamente en todas las que impliquen acciones de repercusión sobre una o varias personas.

1- CONTROL DE CONFLICTOS INTERPERSONALES EN LA SOCIEDAD. La vida diaria se encuentra en permanente conflicto inter subjetivo. Las personas, en sus relaciones diarias, chocan por multitud de motivos. Y para evitar que dichos conflictos desencadenen acciones violentas y disturbios que molestan el normal desenvolvimiento de la comunidad, el derecho regula muchos actos humanos y advierte acerca del precio o pena que debe pagar quien desobedezca los postulados de la norma.

2- ASPIRA A SER JUSTO Y EQUITATIVO. Debido a su tránsito por el órgano que estudia, discute y aprueba la ley, el derecho tiene aspiración de ser justo en el campo que a cada ley compete. Es apenas lógico que la norma no puede complacer a la totalidad de los ciudadanos, e incluso puede ser no muy popular entre la mayor parte de los miembros de la sociedad, como en el caso de los estatutos tributarios o de impuestos. Sin embargo, cada Ley intenta proteger bienes jurídicos importantes y que beneficien a la mayor parte de la sociedad.

3- EL DERECHO EVOLUCIONA CON LA SOCIEDAD. La humanidad se encuentra en permanente evolución y cambio. Por ello, a medida que aparecen avances científicos, nuevas formas de hacer las cosas, aumento en la velocidad de desplazamiento, formas nuevas de delincuencia, etc, el derecho debe regular las acciones secundarias al cambio. ¿A quién se le ocurrió hace cincuenta años hablar de normas sobre clonación humana? ¿O qué norma regulaba el riesgo de transporte de material nuclear? Hoy en día se impone la intervención estatal y social en múltiple a actividades que antes no se planteaban ni en relatos de ficción.

4- REGULA EL PODER DEL ESTADO. El absolutismo de los monarcas pasó a la historia. Ya no se puede aceptar el concepto del poder divino de los reyes ni ciertas posiciones de privilegio basadas en conceptos religiosos dominantes. En Roma, Celsus definió derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (IUS EST ARS BONI ET AEQUI)

Para MANUEL KANT el derecho es un elemento regulador por excelencia, el cual orquesta las acciones humanas y permite la convivencia entre las personas.

Dentro de esta regulación se permite el ejercicio de la libertad individual siempre y cuando no afecte el espacio de cualquier semejante. Decía que el derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el otro siguiendo una ley general de la libertad”.

RODOLFO STAMMLER coloca al derecho como la justificación existencial de cualquier forma de relaciones sociales. Por ejemplo, la economía tiene sentido en cuanto obedece a relaciones jurídicas predeterminadas socialmente. Afirma que “El derecho es la voluntad vinculante, autárquica e inviolable”

Para GUSTAVO RADBRUCH el Derecho regula la sociedad bajo el manto conceptual de la Justicia.

GIORGIO DEL VECCHIO analiza al Derecho como la fuente de poder que evita la invasión de una voluntad en campos de otra. Y para que esto sea efectivo, el derecho tiene que ser coercible, por la razón o por la fuerza.

RUDOLF VON IHERING enfatiza en la fuerza del derecho diciendo que la espada de la Justicia sin la balanza del Derecho es simplemente la fuerza bruta. Y la balanza sin la espada es la impotencia del derecho.

FRANCISCO CARNELUTTI habla del derecho como una serie de comandos que regulan los conflictos de intereses en un grupo social.

LEON DUGUIT dice que el derecho es una línea de conducta impuesta a los hombres en sociedad y cuyo respeto es garantía de la conservación del interés común. Por lo tanto, quien viola esa línea es merecedor de la reacción colectiva de toda la sociedad.

En resumen, el Derecho:

- Es una ciencia social que estudia la regulación del comportamiento humano en sociedad.

- Es elemento fundamental para regular la conducta humana en la sociedad.

- Se basa en la aceptación de la norma y la Ley por parte de los miembros de la comunidad.

- Debe expresar un ideal ético de justicia, aspirando a ella, aunque no necesariamente garantice su respeto.

- Conjuga la autonomía individual con el bien común.

Puede entonces decirse que el derecho es una realidad indispensable en el diario vivir. De allí el famoso silogismo latino: Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius. Y para que exista el derecho debe existir el ser humano y debe existir la sociedad. Dentro de ella, las personas pueden adquirir derechos y contraer obligaciones para su normal desempeño vital.

La convivencia entre seres humanos nunca ha sido sencilla. Por ello debe crearse una fuerza directriz que se ha denominado gobierno. El Derecho crea el poder y la autoridad para hacer cumplir las normas.

El Derecho se encuentra presente en todos los actos humanos que impliquen exteriorización de la voluntad y que en alguna forma afecten la vida de cualquier miembro de la sociedad.

Desde antes del nacimiento, cuando la criatura se encuentra todavía en el vientre materno, el derecho defiende su existencia cuando afirma que la ley protege el derecho del nasciturus (el que está por nacer). El solo hecho de nacer, cuando se sobrevive a este primer trauma vital, confiere a quien lo hace la calidad de persona (Todo miembro de la especie humana es persona). El hecho de caminar en un área de la ciudad también encuentra su regulación en el derecho (derecho fundamental de desplazamiento, derecho a un ambiente sano, derecho a que no se atente contra su vida, integridad y bienes).

El derecho se encuentra en todas y cada una de las actividades humanas. Por eso la mejor definición de derecho es: CIENCIA SOCIAL QUE REGULA LAS RELACIONES ENTRE LOS SERES HUMANOS PARA PODER VIVIR EN SOCIEDAD.

En el campo penal, la justicia es la resultante de una larga y penosa evolución de los sentimientos, creencias, costumbres, instituciones y leyes de la sociedad frente al fenómeno del delito. Por ello lleva consigo reminiscencias de épocas superadas y que ya no responden a nuestro tiempo, así como gérmenes de modificaciones y reformas que la hacen más adecuada a la suprema necesidad de una defensa social eficaz y segura contra los delincuentes a través de las contingencias y transformaciones de la civilización moderna.

En la época primitiva existía la venganza privada, se hacía con propia mano, es decir, se aplicaba directamente el derecho (no era específicamente la ley del talión) pero si el delito era muy grave se pagaba con la vida, si era leve se acudía a otro de castigo como los azotes. Luego aparece la Ley del Tali3n, una de cuyas expresiones hist3ricas es el C3digo de Hammurabi, que ordenaba cobrar un da3o a trav3s de otro da3o en la persona de quien lo cometía. El sistema composicional es de origen germánico similar a la venganza privada, pero con diferentes especificaciones, se retribuía el mal causado en especie pero no por propia mano ya que intervenía el Estado y el pago consistía en dos partes: una para el lesionado y otra para el Estado. Luego aparece el sistema de expulsión del individuo del seno de la comunidad para lograr estabilizar la armonía social.

El derecho regula tres tipos de acciones: Las acciones obligatorias (Ej: obedecer una orden judicial), las prohibidas (V gr: ocasionar lesiones personales) y las permitidas (Ejemplo: postularse a un puesto público) que puedan afectar a otros miembros de la sociedad.

Al derecho no le interesa regular acciones imposibles (Ej: bajar una estrella), necesarias (Vgr: respirar), ni fútiles (Ej: exclamar alguna palabra soez de manera ocasional). Tampoco se inmiscuye en los pensamientos íntimos, los deseos, los recuerdos, los afectos, ni los actos solitarios que no afecten a otras personas.

Al juzgar el acto humano desde el punto de vista jurídico no pueden tenerse en cuenta consideraciones trascendentes de tipo místico, porque las creencias religiosas son subjetivas, etéreas, personalísimas, no demostrables,

no científicas y todas, absolutamente todas, dignas del mayor respeto. Son idénticamente iguales el cristianismo, el judaísmo, el islamismo, el protestantismo, el budismo, el taoísmo y cualquier otra línea de creencias humanas, así se encuentren impregnadas de fantasías, deseos, historietas, milagrerías y mártires de todo tipo. De la misma forma, el ateísmo es tan respetable como cualquiera de las otras.

Dice Lakatos (LAKATOS, Imre, La metodología de los programas de investigación científica, Alianza Universal, Madrid, Alianza Editorial, 1983.). El respeto que siente el hombre por el conocimiento es una de sus características más particulares. En latín, conocimiento se dice “scientia” y ciencia llegó a ser el nombre de la clase de conocimiento más respetable. ¿Qué distingue el conocimiento de la superstición, la ideología o la pseudo-ciencia? La Iglesia Católica excomulgó a los copernicanos, el Partido Comunista persiguió a los mendelianos por entender que sus doctrinas eran pseudo-científicas. La demarcación entre ciencia y pseudo-ciencia no es un mero problema de filosofía de salón; tiene una importancia social y política vital. (...) realmente lo que caracteriza a la conducta científica es un cierto escepticismo incluso con relación a nuestras teorías más estimadas. La profesión de la fé ciega en una teoría no es una virtud intelectual sino un crimen intelectual. (...) el valor cognoscitivo de una teoría nada tiene que ver con su influencia psicológica sobre las mentes humanas. Creencias, convicciones, comprensiones... son estados de la mente humana. Pero el valor científico y objetivo de una teoría es independiente de la mente humana que la crea o la comprende. Su valor científico depende solamente del apoyo objetivo que prestan los hechos a esa conjetura. Como dijo Hume: ‘si tomamos en nuestras manos cualquier volumen de teología o de metafísica escolástica, por ejemplo, podemos preguntarnos: ¿Contiene algún razonamiento experimental sobre temas fácticos y existenciales? No. Arrojémoslo entonces al fuego porque nada contendrá que no sean sofismas e ilusiones’(...)”.

De los golpes más importantes que ha recibido la concepción religiosa de la sociedad, que tanto daño y muerte ha producido en la historia de los pueblos, han sido el descubrimiento de la evolución de Charles Darwin, el estudio de la genética de Gregorio Mendel y el descubrimiento de las fuerzas instintivas del inconsciente por Sigmund Freud. En efecto, al haber demostrado la existencia del denominado “ello” o inconsciente instintivo de los seres humanos, los conceptos de la bondad natural del ser humano han quedado en el suelo.

Freud nos habla del innato egoísmo y de la enorme agresividad de las personas cuando dice:

“Debido a esta primordial hostilidad entre los hombres, la sociedad civilizada se ve constantemente al borde de la desintegración. El interés que ofrece la comunidad de trabajo no bastaría para mantener la cohesión, pues las pasiones instintivas son más poderosas que los intereses racionales. La cultura se ve obligada a realizar múltiples esfuerzos para poner barreras a las tendencias agresivas del hombre, para dominar sus manifestaciones mediante formaciones reactivas psíquicas. De ahí ese despliegue de métodos destinados a que los hombres se identifiquen y entablen vínculos amorosos coartados en su fin”.

José Cueli expresa en un artículo sobre el instinto de muerte:

Freud amplía la noción de psique y al lado opuesto de la razón encuentra el inconsciente, y en oposición al instinto de vida encuentra el de muerte, estableciendo de este modo la posibilidad de concebir, como parte constitutiva de lo humano, esa fuerza contraria a la razón, determinante para explicar lo que hasta entonces había quedado inaccesible a la ciencia.

Freud no es aceptado por la academia positivista propietaria de la ciencia, porque ésta es hija de la razón, y la razón no acepta al inconsciente, al no ser medible ni predecible ni verificable.

Sin embargo, tanto cientificismo que deja de lado a la psicología de las profundidades de Freud no ha podido, sino por el contrario, frenar la descomposición social y la violencia y capacidad de la destructividad humana. No es ignorando al inconsciente y a la parte “negra” que nos habita y constituye como lograremos, si es que es posible, dar todavía esperanza al futuro de la humanidad.

De nada ha servido la ciencia medible, precisa y aséptica que ha dado paso a la creación de tecnología de punta para crear armamento complejo para matar y aniquilar.

Hartos estamos de escuchar discursos cargados de estulticia en los que se habla y actúa desde la prepotencia imperialista de “bombas inteligentes”, guerras, (léase) matanzas preventivas. Ya no cabe el engaño.

A pesar de la manipulación y el uso alevoso y perverso de los más media, las imágenes de tortura no hacen sino constatar que hemos perdido el rumbo. Quizá aún haya tiempo de enmendar tantos errores. Pero para ello habrá que estudiar con más profundidad la naturaleza humana...”

REDUCCIÓN FETAL

Mucho se ha discutido y criticado la posición de la Corte Constitucional respecto de las condiciones de despenalización del aborto. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta una de las formas más frecuentes de aborto provocado, cual es la denominada “reducción fetal”, en los casos de infertilidad femenina e implantación de óvulos fecundados en el útero.

La primera reproducción asistida extracorpórea tuvo efecto en 1978, cuando se fecundó un óvulo en el laboratorio y se implantó en el útero de una mujer. Desde entonces, la cantidad de problemas éticos ha venido en aumento, pues los procedimientos y sus consecuencias se encuentran, con mucha frecuencia, en contravía con conceptos clásicos de regulación de la conducta médica y, lo que es más grave, con algunas normas del ordenamiento jurídico.

Tal sucede con la denominada “reducción fetal”, consistente en la eliminación de un número de embriones implantados en el útero materno y viables desde el punto de vista biológico. Veamos cuál es la esencia del asunto.

Para producir un EMBRIÓN ADECUADO es necesario fecundar varios oocitos. A su vez, para aproximarse a un embarazo exitoso, se deben implantar varios embriones y, lo que complica aún más las cosas, deben guardarse bajo congelación, un número adicional de embriones, en caso de no lograrse el resultado deseado en el primer intento de implante.

Hasta aquí surgen numerosos dilemas: ¿Qué pasa con los embriones guardados? ¿Qué sucede con los que una vez implantados muestran signos de enfermedad a futuro? Y, en el caso que nos ocupa: ¿Qué debe hacerse cuando logran anidar en el útero más embriones de los deseados?

Porque puede ocurrir que, en caso de ser viables dos o más embriones en la mucosa uterina, los padres no estén preparados para recibir dos, tres o más hijos al mismo tiempo. O, como hemos mencionado, uno o más de ellos muestren deformidades, alteraciones estructurales o elementos diagnósticos claros de enfermedades congénitas o hereditarias.

Por otro lado, es posible que la futura madre quien ha recibido la implantación, tenga problemas de orden médico que adviertan un grave peligro en caso de embarazo múltiple.

La primera consideración es respecto de la “humanidad” del embrión. Existen cuatro puntos de vista: El primero que plantea, que desde el momento mismo de la concepción el embrión posee vida humana. El segundo que afirma que, aunque no es aún ser humano como tal, debido a su posibilidad de desarrollo dependiendo de algunas condiciones biológicas y bioquímicas, tiene la potencialidad humana y, el solo hecho de tenerla, debe ser considerado suficiente para asignarle el derecho de humano. La tercera, que enfatiza en que solamente es ser humano aquel que ha desarrollado corteza cerebral demostrable. Por último, los que no creen que deba ser considerado humano en tanto no es persona para muchos ordenamientos jurídicos, antes del momento mismo del nacimiento.

El Código Civil Colombiano define en su artículo 90:

Art. 90.- La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Es claro entonces que el nasciturus no es, jurídicamente, una persona. Y si muere antes de haber respirado “siquiera un momento”, no ha existido jamás como persona.

Esto no quiere decir que la Ley no proteja a la criatura por nacer. Por el contrario, el mismo Código expresa:

Art. 91.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al

tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Como mencionábamos en otro artículo: el embrión es un sistema con todas las propiedades y características de la vida humana. No es simplemente una masa de células. Es una unidad diferente a la que le dio origen. Y son de características humanas. Tampoco es un simple tejido. Es heterogéneo y da lugar a varias líneas celulares. Por lo tanto, el cigoto diploide es ya un embrión. Por lo anterior, nació el denominado “Estatuto del Embrión”, que protege los derechos inherentes al mismo y está en proceso de aceptación universal.

La reducción fetal, también denominada “terminación selectiva”, no es ni más ni menos que un aborto provocado selectivo, desde el punto de vista técnico, científico y jurídico, con todas las consecuencias legales a que se ve sometido quien lo practica y la mujer que lo permite.

Desde el punto de vista penal, se encuentra clasificado dentro del grupo de delitos que atacan contra la vida en formación, es decir, contra la vida del nasciturus o ser humano por nacer, en donde se presenta una interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto incluyen: La existencia real del embarazo. Que se opere sobre el fruto de la concepción, es decir, en el nasciturus y que éste desde luego tenga vida, pues si no la tiene hay carencia de objeto. Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida. Y que dicha muerte sea a consecuencia de las denominadas maniobras abortivas.

Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y éste sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado. Es decir que, si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que está naciendo, la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.

Cuando se realiza el aborto seguido de la muerte de la mujer por razón de las maniobras abortivas de un tercero hablaremos de aborto en concurso con un homicidio culposo:

Art. 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se

lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Art. 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto. Por lo anterior, siendo exegéticos en la aplicación de la Ley, la reducción fetal es una forma de aborto provocado y altamente selectivo, el cual va en contravía del ordenamiento jurídico y constituye claramente un delito tipificado por el Código Penal.

Desde luego se considera lógico que se presenten proyectos de Ley ante el Congreso, con el fin de estudiar más a fondo la cuestión, pues el desarrollo tecnológico y científico humanos no pueden verse totalmente encasillados por la norma, que debe ir evolucionando con la misma sociedad.

Quizás se encuentre algún fundamento en el parágrafo del artículo 124 del Código Penal, que expresa:

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto. Pero la conducta de aborto sigue siendo un acto ilegal, con las excepciones que ya expresó muy claramente la Corte Constitucional.

¡¡¡Dura Lex, sed Lex!!!

CONCLUSIONES FINALES

Colombia es un Estado Social de Derecho en donde han sido evidentes los esfuerzos por garantizar la protección ciudadana, a pesar de las dificultades que la misma estructura social presenta en su contexto de violencia indiscriminada. En Colombia hay libertad de cultos. Y si en algún momento se ha hablado de la

moral cristiana como una especie de guía de la moral comunitaria colombiana, ha sido porque la mayoría de los colombianos profesa la religión católica. Con esto se quiere significar que Colombia no es un estado fundamentalista católico o cristiano, sino una sociedad multicultural en donde la libertad de pensamiento prevalece sobre cualquier otra consideración.

Lo que ha permitido sobrevivir a nuestras múltiples vicisitudes no es la regulación conductual a través del convencimiento moral. Si esto fuera así, los colombianos no seríamos tan violentos y despectivos del respeto al prójimo. Por el contrario, lo que nos ha permitido vivir dentro de ciertos parámetros de decencia humana ha sido la presencia de la ley y el miedo a la pena que acompaña a la realización de cualquier acto delictivo. Y, aun así, se siguen cometiendo crímenes de la más grave atrocidad.

Es una suerte para nuestro estado que la moral médica se haya plasmado como una ley objetiva en la Ley 23 de 1981 y en su decreto reglamentario 3380 de 1981, así como en las ya numerosas sentencias de los tribunales de ética médica, en donde existen hasta la fecha más de quince mil procesos que juzgan la conducta médica. Dura realidad esta última, que demuestra que al menos veinticinco por ciento de los médicos colombianos en todo el territorio, han sido denunciados y juzgados por nuestros tribunales por quejosos de toda índole.

Por lo tanto, siendo esta estructura disciplinaria ético médica parte de la presencia del Estado en la actividad profesional de los galenos de nuestro país, debe ser obediente, ajustada y cumplidora de la ley, la cual se encuentra por encima de cualquier consideración moral cuando se analiza la conducta humana ya exteriorizada, con las repercusiones que pueda tener sobre la sociedad.

Como particulares en ejercicio transitorio de una función pública, somos parte del aparato estatal que regula la conducta médica. Y no podemos dejar de aplicar la norma porque estemos o no de acuerdo con ella, sino porque es nuestra obligación, independientemente de los principios morales particulares de cada uno. Y si así no fuera, quien pertenezca a este aparato regulatorio, en caso de no desear aplicar la ley por convencimiento moral contrario a la misma, debería renunciar a su cargo de magistrado del tribunal a cualquier nivel.

En resumen, la Ley se encuentra por encima de cualquier consideración diferente cuando se encuentra alguien revestido de autoridad para aplicarla.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley 23 de 1981.

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar, como en efecto confirma, la decisión de sancionar al médico G.A.R., identificado con C.C No.... de... y Registro Médico N... de la Seccional de Salud de Caldas, por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un (1) mes. **ARTÍCULO SEGUNDO.** Remítase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. MIGUEL OTERO CADENA, Presidente (E.); FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, octubre dieciocho (18) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESIÓN No.1108 DEL DIECIOCHO (18) DE OCTUBRE
DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011)**

REF: Proceso 933 tribunal seccional de ética médica de risaralda, quindío y choco

Denunciante: M.L.O.C.
Denunciado: J.Z.E.
Asunto: recurso de apelación

Providencia No. 98-2011
Magistrado Ponente: Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de ética Médica de Risaralda, Quindío y Chocó, en sesión de Sala Plena de agosto 30 de 2011, resolvió inhibirse de abrir investigación formal en contra del doctor J.Z.E., identificado con cédula de ciudadanía número...., médico egresado de la Universidad de Guayaquil (Ecuador), con registro médico número...

Dentro de términos, la denunciante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia inhibitoria, con inclusión de una prueba de laboratorio de embarazo que no fue tomada en cuenta en la investigación preliminar.

El cuaderno único que contiene el proceso fue recibido por esta superioridad el 5 de octubre de 2011 y puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

La señora M.L.O.C., de 26 años de edad, soltera y de ocupación ama de casa, fue atendida en el Hospital San Vicente de Paul de Circasia (Quindío) el 24 de marzo de 2011 a las 21:30 pm por cefalea, dolor abdominal y sangrado vaginal. De acuerdo con la información de la paciente, se encontraba en el primer mes de embarazo, pues acusaba retraso menstrual de 45 días. El medico J.Z.E. le dijo que algunas mujeres presentaban menstruación aun encontrándose en estado de embarazo y le formuló acetaminofén, entregándole una remisión para práctica de ecografía pélvica para el día siguiente, cuando presentó sangrado de mayor intensidad y la presencia de restos ovulares.

Fue atendida por otro médico, el doctor H.G.R., quien entonces la remitió al Hospital Universitario de Armenia, en donde confirmaron la presencia de un aborto completo, posiblemente de tipo espontáneo.

Se aduce que la paciente tenía en su poder una prueba “casera” de su embarazo

PIEZAS PROCESALES

- 1- Copia de la queja presentada por la paciente M.L.O.C y remitida ante el Tribunal Seccional de Ética Medica de Risaralda.
- 2- Copia de la historia clínica efectuada en la atención inicial a la paciente en el Hospital San Vicente de Paul de Circasia y firmada por el medico J.Z.E, en donde se puede apreciar como motivo de consulta “sangrado vaginal” y embarazo de 4 semanas. No consta en la misma que se hubiese practicado ningún tipo de examen ginecológico y que fue remitida para ecografía pélvica, con miras a demostrar embarazo.
- 3- Copia de la historia clínica en la segunda atención de la paciente al mismo hospital, en donde consta un examen médico completo, incluyendo examen ginecológico con especuloscopia que demuestra expulsión de restos ovulares a través del cuello uterino.
- 4- Declaración en versión libre del médico inculpado, en donde explica los hechos ocurridos y afirma al final de su declaración que “no había sangrado abundante, no había pérdidas vaginales ni restos vaginales” (SIC)

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de analizar los hechos, el tribunal seccional concluyó que la actuación del médico fue diligente, prudente, perita, apegada a los protocolos de atención vigentes y buscando el bienestar de su paciente.

Efectúa un análisis de la medicina como obligación de medio y no de resultado, del principio de la buena fe y, muy tangencialmente, de las causales de culpa.

Concluye entonces que no hay méritos para abrir una investigación formal en contra del médico acusado y declara una providencia inhibitoria.

LA APELACIÓN

En una nota muy sencilla, la quejosa interpone recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la decisión inhibitoria, aportando una prueba positiva de embarazo en el Laboratorio Clínico La Libertad en marzo 11 de 2011.

Solicita se revoque la decisión inhibitoria y en cambio se ordene una investigación exhaustiva con las pertinentes sanciones

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

No es muy claro para este Tribunal Nacional que una mujer que acusa amenorrea de 45 días, sangrado vaginal y cefalea, sea examinada de manera general, sin la práctica de un apropiado examen ginecológico que demostrara su embarazo y las causas del sangrado vaginal anormal.

Si bien es cierto muchas mujeres pueden presentar lo que se llama hemorragia de nidación, existen otras causas de sangrado vaginal en el primer trimestre del embarazo, entre las cuales se incluyen el aborto y el embarazo ectópico.

Y la paciente fue muy clara al expresar que se encontraba embarazada y que su principal preocupación era el sangrado vaginal.

Por lo anterior, no parece adecuada la conducta del médico acusado de no prestar atención específica a la queja de la enferma en el aspecto ginecológico. Máxime cuando expresó que tenía una prueba de su propio embarazo.

Por lo anterior, consideramos que debe investigarse formalmente la actuación del médico acusado, para esclarecer los motivos por los cuales solamente decidió enviar a la quejosa a un estudio ecográfico que demostrara su embarazo. ¿Y al demostrarlo qué? Pues se estudiarían las causas de hemorragia en el primer trimestre del embarazo por todos los medios de los cuales dispone hoy en día la ciencia de la ginecología

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Revocar la decisión inhibitoria en favor del doctor J.Z.E, de condiciones personales y profesionales conocidas en el expediente. **ARTICULO SEGUNDO.** Ordenar la apertura de investigación formal en el presente proceso. **ARTICULO TERCERO.** Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **ARTÍCULO CUARTO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente-Magistrado- Ponente;
EFRAIM OTERO RUÍZ; Magistrado; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO
CASTRO, Secretaria

Bogotá, febrero veinticinco (25) del año dos mil catorce (2014).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1212 DEL VEINTICINCO (25) DE FEBRERO
DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)**

REF: Proceso 1711 Tribunal de Ética Médica de Antioquia

Denunciante: Sra. L.M.L.J.

Contra: Doctores E.E.P. y C.E.M.delT.

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Pardo Vargas

Providencia No.19-2014

VISTOS

La Personería Municipal de Ituango, Antioquia, mediante oficio número 33 del 25 de enero de 2.010, remitió al Tribunal de Ética Médica de Antioquia Declaración presentada por la señora LM.L.J, en la cual denuncia fallas en la atención médica que recibiera en el Hospital de Santa Rosa de Osos el 30 de junio de 2.009. Recibida la queja por el Tribunal Seccional, en Sala de 16 de febrero de 2.010 se decretó Indagación Preliminar y se designó el Magistrado Instructor. En el curso de esta se recibieron diligencias injuradas de los médicos acusados doctores E.E.P. y C.E.M.delT., se comprobó la ratificación juramentada de la quejosa ante la Personería Municipal de Ituango (octubre 29 de 2.010) que consta a Folios 41 a 43 del cuaderno principal, y se analizó la Historia Clínica remitida por las instituciones que atendieron a la quejosa en el transcurso de sus hospitalizaciones. Del análisis del acervo probatorio se concluyó que la actuación de los profesionales denunciados no violó lo dispuesto en la Ley 23 de 1.981 y no encontró méritos para la imputación de cargos por lo cual decretó el Archivo de la investigación. Recibido por

esta Corporación el caso fue asignado por sorteo al Magistrado Francisco Pardo Vargas. Cumplidos los términos se procede a decidir de acuerdo a los siguientes

HECHOS

El día 30 de junio de 2.009 a las 18 horas la señora L.M.L.J., de 41 años de edad, ingresa al Hospital San Juan de Dios del Municipio de Ituango, por presentar amenaza de aborto y ausencia de movimientos fetales. Con diagnóstico de muerte fetal es remitida al Hospital de Santa Rosa de Osos donde es atendida a las 2:30 am del primero de julio de 2.010 por la doctora E.E.P., quien confirma el óbito fetal, comprueba paraclínicos prenatales normales y solicita interconsulta con el ginecólogo iniciando hidratación endovenosa (F1 y 2 C3). Cinco horas más tarde (7:07am) se produjo la expulsión de un feto macerado de sexo femenino, de 480 grm de peso y 31 centímetros de talla. Es entonces atendida por el ginecólogo C.E.M. quien recibió el feto y comprobó retención de placenta por lo cual, previa explicación del procedimiento y aprobación de la paciente, programó legrado uterino siguiendo la técnica empleada en el Hospital y utilizando una pinza de Foster para evitar daños en el útero. Sin embargo, durante el procedimiento se produjo ruptura uterina y salida de asas intestinales que presentaban soluciones de continuidad tanto en el intestino delgado como en el colon. Ante esta complicación el médico M. tramitó de urgencia el traslado de la paciente al Hospital de Medellín donde fue sometida a laparatomía practicándosele resección y anastomosis terminoterminal de intestino delgado, rafia de colon e histerectomía (F4C2). La paciente evolucionó satisfactoriamente permitiendo su egreso en buenas condiciones generales. Como consecuencia de las complicaciones sufridas durante su parto la paciente decide, al cabo de dos años y medio de ocurridos los hechos, presentar su queja ante la Personería Municipal de Ituango, denunciando a los médicos que la atendieron en el Hospital de Santa Rosa de Osos.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Una de las áreas más sensibles en presuntos fracasos de un acto médico, es sin lugar a dudas la relacionada con las complicaciones que de manera inesperada se presentan durante el proceso del parto, que de no ser afrontadas con serenidad y pericia por el médico, cambian abruptamente el escenario de un acontecimiento feliz a un desastre que puede cobrar la vida de la madre y del recién nacido. Dentro de este contexto se desarrolló la atención que se le prestara en los Hospitales de Ituango y de Santa Rosa de Osos a la señora

L.M.L. dando pie a la denuncia que interpusiera contra los doctores E.P. y M. Y si bien en este caso existían atenuantes de culpa por tratarse ya de un óbito fetal en una paciente que como bien se hace notar en el Análisis realizado por el Tribunal Seccional, tenía una serie de factores de riesgo para presentar la retención placentaria, las infortunadas complicaciones que se presentaron en el proceso de su extracción, que pusieron su vida en peligro pero que pudieron conjurarse satisfactoriamente en el Hospital de Medellín gracias a la oportuna remisión que le hiciera el doctor M. al darse cuenta de que su manejo excedía los recursos disponibles en el Hospital donde se desempeñaba. En el estudio realizado por el Tribunal Seccional se analiza cuidadosamente la atención que se le prestara a la señora L. como consta en la Historia Clínica del Hospital de Ituango, se exime de culpabilidad a la doctora E.P. y se concluye que en la actuación del doctor M., pese a las complicaciones que se presentaron en la extracción de la placenta, se resalta el buen criterio que se tuvo al no demorar el traslado de la paciente a un Centro de mayor complejidad, lo cual permite concluir que el citado profesional procedió de acuerdo de la Lex Artis. Todo lo anterior justifica la decisión que tomó el Tribunal de Ética Médica de Antioquia al decretar el Archivo de la Investigación, en lo cual se encuentra de acuerdo esta Superioridad. No así en haberle aceptado a la quejosa interponer Recurso de Apelación ante el Tribunal de Segunda Instancia desconociendo lo dispuesto en la Ley 906 de 2.004 en su Artículo 79 que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 79 Archivo de las diligencias. 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 penal”

En el presente caso, el Recurso presentado por la quejosa ante esta Corporación no aporta ningún elemento probatorio que amerite la reapertura de la indagación y por lo tanto el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de sus atribuciones legales

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. Confirmar la decisión del Tribunal Seccional mediante la cual decretó el archivo de la queja. **ARTICULO SEGUNDO.** Ante esta Providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO TERCERO.** Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNIQUESE Y CÚMPLASE**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado-Presidente (E.); FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Santafé de Bogotá, D. C., octubre trece (11) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

SALA PLENA SESIÓN No. 440 DEL DIEZ (10) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995).

REF: Proceso contra el doctor G.P.S.

Magistrado Ponente: Doctor FERNANDO SERPA FLÓREZ
Providencia No. 45-1995

VISTOS

Procede esta Colegiatura a decidir lo que corresponda con relación a la providencia fechada el 9 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal de Etica Médica de Cundinamarca, al considerar que existe mérito probatorio para emitir fallo de condena contra el doctor G.P.S., pero que la sanción debe ser la contenida en el literal d) del artículo 83 de la Ley 23 de 1981, el competente para imponerla, según el artículo 84, ibidem, es el Tribunal Nacional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAR

1.- Los hechos fueron narrados así por el Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué: “M.C.R., mujer soltera, quedó embarazada. A raíz de ello acudió, el 27 de marzo de 1990, a la “Clínica de Urgencias”, ubicada en la Carrera 5a. con calle 25 de Ibagué para que su propietario, el médico G.P.S., le provocara la interrupción de ese embarazo.

Fue así como el profesional de la medicina le colocó un dilatador; al día siguiente la atendió por manifiestas complicaciones devenidas de las prácticas abortivas. En la noche del 29 de marzo del mismo año la desafortunada mujer falleció en las instalaciones de la mencionada clínica”. (Folio 222).

2.- El proceso ético fue iniciado el 22 de mayo de 1990, por el Tribunal de Ética de Cundinamarca, con base en la queja formulada por la señora M. del C.R. contra el doctor G.P.S.

Aseveró la quejosa: “El día 29 de marzo del año en curso, falleció dentro de las instalaciones de Urgencias Médicas Limitada, ubicada en la cerrera 5a. No. 25-02 de esta ciudad, mi hija de nombre MA.C.R. y cuando pregunté al médico que la había atendido sobre las causas de su muerte, me manifestó que se debió a un paro cardiorespiratorio”.

Por tratarse de una persona que trabaja como secretaria de la Sexta Brigada de Ibagué, con 25 años de edad y nunca había sido tratada de enfermedad grave y mucho menos del corazón, la Sexta Brigada inició una investigación y a través del Juzgado 12 de Instrucción Ambulante se ordenó el levantamiento del cadáver en el Salón de Velación de la Funeraria La Milagrosa, llevándolo después al Hospital Federico Lleras para hacerle necropsia, efectuada por el forense TITO VEGA y cuyo dictamen fue que la muerte se debió en realidad a una hemorragia por aborto provocado en el segundo trimestre de gestación, practicado por el médico G.P.S....” (fol. 2).

3.- A los folios 89 y siguientes obra la declaración de N.C.R.D, cuñada y amiga de M.C., quien la acompañó al consultorio del doctor P. y la que asevera que la paciente le contó que había ido a que le hicieran un aborto.

4.- A los folios 97 y siguientes obran los pertinentes conceptos médico legales y el protocolo de necropsia, en las que se incluye que la causa de la muerte fue un shock hemorrágico uterino (patología II trimestre de gestación).

5.- Como el médico acusado se desempeñaba como Jefe de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima, allí se le adelantó investigación disciplinaria, por considerar que había incurrido en faltas constitutivas de mala conducta contempladas en el “Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional”, siendo sancionado con la pérdida del empleo, según providencia fechada el 10 de julio de 1990 (fol. 63 y ss.).

6.- Ante el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca rindió versión libre al doctor P.S. y manifestó que al examinar a la paciente encontró “el cuello vertical dilatado, restos de sangre y sus condiciones eran de cuidado, a lo cual yo le insté en repetidas ocasiones de que se presentara a la Brigada donde ella decía que trabajaba..., la puse en observación, se le aplicó sueros antibióticos y se dejó en observación, eso fue como a las 9:30 o 10:30 de la mañana del día jueves por la mañana, se dejó en observación como a la una o una y media de la tarde, más o menos, la enfermera me comunicó de que la paciente se estaba complicando yo la examiné y estaba presentando un paro cardíaco, paro respiratorio, le practiqué los primeros auxilios y no fue posible la reanimación... la paciente fue muy clara en decirme y en la historia clínica consta de que ella había ingerido bebedizos que la hacían marear, inyecciones en la vena que también la hacían marear, y deduzco de que estas drogas altamente tóxicas hayan coadyuvado a que presentara un cuadro agudo impredecible que le causó la muerte” (fols.127 y ss).

7.- El 23 de julio de 1991 se presentó el pertinente informe de conclusiones y en él se considera que existe mérito para formular pliego de cargos al médico implicado por violación de los artículos 1o., numeral 13 y 15 de la Ley 23 de 1981. (Fols. 130 y ss).

8.- Por providencia fechada el 1o. de octubre de 1991, el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca acogió el informe de conclusiones y formuló el pliego de cargos por presunta violación de las normas antes citadas. (Fols. 149 y ss).

9.- A los folios 222 y siguientes se extiende la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fechada el 25 de febrero de 1993, por medio de la cual esa Corporación resuelve cesar parcialmente la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Ibagué contra el doctor G.P.S., por los delitos de aborto y homicidio culposo, en el sentido de invalidar el incremento punitivo de 12 meses efectuado por el citado Tribunal con relación a la proferida por el Juzgado 4 Superior de Ibagué.

10.- A los folios 254 y siguientes aparece copia de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 4o. Superior de Ibagué, en la que se condena al doctor P.S. a la pena de 30 meses de prisión, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio culposo y aborto, en concurso heterogéneo, multa de dos mil pesos y suspensión de un año en el ejercicio de su profesión y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

11.- El médico acusado rindió descargos el 18 de mayo de 1993, manifestando que estuvo preso, que sufrió un infarto y que solo quiso ayudar a una persona enviada por el doctor R.L. Que él le explicó a la madre de la paciente “ lo que la niña se había hecho... según concepto de una reunión de ginecoobstetras la niña murió por embolia pulmonar a consecuencia de maniobras abortivas. Yo no creo que un médico ponga dilatadores. La señora me pidió 60 millones para retirar el denuncia, la suma se tronzaba por 30 millones para retirar el denuncia, yo no tuve la culpa”. Más adelante agrega: “Es físicamente imposible que la paciente hubiera muerto por atonía, eso no es cierto, ella murió súbitamente, compatible con una embolia pulmonar... yo no alcancé a hacerle revisión. La paciente cuando llegó a mi consultorio no llevaba los dilatadores”. (Fol. 250).

12.- El 9 de septiembre de 1993 se profirió decisión de fondo, no se aceptaron los descargos del doctor P. y se resolvió declarar que existía mérito para aplicar la sanción de que trata el literal d) del artículo 83 de la Ley 23 de 1981, por lo que se le dió traslado a esta Corporación para el pronunciamiento respectivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley 23 de 1981.

CONSIDERANDOS

1.- El médico acusado ya fue condenado por la justicia ordinaria, en sentencia ejecutoriada, por los delitos de aborto doloso y homicidio culposo, de manera tal que esta Colegiatura no puede poner en duda su autoría en los hechos punibles mencionados, por lo que su labor se limitará a establecer si con esos comportamientos infringió o no a las normas de la ética médica.

Así mismo, este proveído forma un todo con el pronunciado por el Tribunal de Ética de Cundinamarca, el que se abstuvo de aplicar la sanción por estimar que al ser superior a 6 meses de suspensión en el ejercicio profesional, la competencia para imponerla correspondía al Tribunal Nacional. Pero de todos modos, los argumentos allí expuestos forman parte de esta decisión.

2.- Sin embargo, es preciso hacer hincapié en los siguientes aspectos: El aborto es un comportamiento tipificado como delito por el artículo 343 del Código Penal, en forma tal que al practicarlo, aún en óptimas condiciones técnicas y contando con los elementos adecuados, se somete a la paciente a un riesgo no permitido por las leyes.

Pero si a lo anterior se agrega que doña M.C. se encontraba en avanzado estado gestacional (segundo trimestre de embarazo), que el centro médico estaba en reparación, que había sido cerrado y sellado por las autoridades de salud por no reunir las condiciones requeridas, que carecía de equipo de anestesia, de monitor cardíaco y de desfibrilador (como lo reconoce el propio implicado- fol. 128-), que no se tenía sangre a mano (pues la requerida se solicitó a los familiares que la consiguieran, sin que pudiera ser utilizada) y ni tan siquiera se contara con un equipo de microgoteo, ni material de venoclisis, se concluirá que el riesgo de la interrupción indebida del embarazo se aumentó en alto grado y de manera injustificada.

Además hay que tener en cuenta que ante la gravedad de la paciente y la profusa hemorragia que presentaba, ha debido ser trasladada a un centro hospitalario dotado de los elementos indispensables para tratarla, lo cual no se hizo.

En consecuencia, no hay duda que el doctor G.P. no solo violó el artículo 15, al someter a la paciente a riesgos injustificados, sino también el artículo 1o., en su ordinal 1o., pues su actuación no estuvo orientada a cuidar la salud, ni a respetar la vida humana, sino que, por el contrario, la desconoció al practicar las maniobras abortivas.

Asimismo, al no haber trasladado a la paciente a un centro hospitalario adecuado, no usó los métodos a su disposición o alcance desconociendo lo estatuido por el artículo 31.

3.- En cuanto a la dosificación de la sanción hay que tener en cuenta la extrema gravedad de la falta, pero también que el acusado no registra antecedentes, por lo que se le condenará a cuatro años de suspensión en el ejercicio de la medicina.

Se entiende que esta sanción es adicional a la interpuesta por la justicia ordinaria.

**POR MERITO DE LO EXPUESTO
EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA
EN USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES**

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Condenar al doctor G.P.S., de condiciones civiles conocidas en el proceso, a la sanción de cuatro años de suspensión en el ejercicio profesional, por haber contravenido los artículos 1o., ordinal 1o., 15 y 31 de la Ley 23 de 1981. **ARTICULO SEGUNDO.-** Dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 53 del Decreto 3380 de 1981. **ARTÍCULO TERCERO.-** Contra esta decisión procede el recurso de reposición ante este Tribunal, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, y el subsidiario de apelación, ante el Ministerio de Salud, dentro del mismo término, según lo normado por el artículo 89 de la Ley 23 de 1981. COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO SERPA FLÓREZ (Presidente, Magistrado Ponente),
HERNANDO GROOT LIEVANO (Magistrado), ERIX BOZON MARTINEZ
(Magistrado), ROBERTO JARAMILLO URICOECHEA (Magistrado),
EDUARDO CUELLAR GNECO (Magistrado), MARTHA LUCIA BOTERO
CASTRO (Abogada Secretaria General).

Bogotá, diciembre catorce (14) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1070 DEL CATORCE (14) DE DICIEMBRE
DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)**

REF: Proceso # 3978 del tribunal de ética médica de bogotá

Contra: Dr. RA.B.R.

Denunciante: SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ, Sra. P.J.V.S.

Asunto: Providencia. Determinación de sanción superior a 6 meses.

Magistrado ponente. Germán Peña Quiñones M.D

Providencia No. 115 -2010

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena, el 24 de noviembre de 2010 resolvió que el médico disciplinado Dr. RA.B.R. identificado con CC No..... de... y Registro Médico ... de la Secretaría Distrital de Salud, incurrió en violación de los numerales 1, 2, 9 y 10 del Artículo 1º de la Ley 23 de 1981, así como de los Artículos 2, 6, 10, 54, 16 y 15 de la citada legislación, en concordancia este último con el Artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año y como consecuencia de lo anterior, se considera que existen méritos para imponerle la sanción de suspensión en el ejercicio de la Medicina prevista en el literal d) del Artículo 83 de la citada legislación y dar traslado dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de este pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional de Ética Médica, con el fin que este decida lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 84 de la Ley 23 de 1981.

El expediente que consta de Dos cuadernos, uno de 181 folios y el otro de 243 folios, fue recibido en el Tribunal Nacional de Ética Médica el 29 de noviembre de 2010 y puesto en reparto en Sala Plena del 30 de noviembre, le correspondió a Germán Peña Quiñones.

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

HECHOS:

El primero de febrero de 2006, a las 03:40 A.M el Dr. RA.B.R. se presentó en el CAI de Teusaquillo, para informar que en el LABORATORIO CLÍNICO PRO-SALUD, se encontraba el cadáver de una mujer y dijo “la joven ingresó al Centro Médico aproximadamente a las 17 horas del día de ayer 31/01/06 manifestando que se sentía mal, por lo cual, en calidad de médico la atendió y minutos más tarde murió” agregó para justificar la tardanza en comunicar lo ocurrido que “por temor... se sentía asustado”. La policía se trasladó a ese lugar y encontró el cadáver de la Sra. V.V.S. en una camilla, cubierto por una sábana.

De acuerdo con la información dada por la hermana de la fallecida, J.P.V., el 31 de enero de 2006, la Sra. V.V.S. quién se encontraba con embarazo de 20 semanas, de acuerdo con un examen de ecografía que le habían practicado en el mismo laboratorio el día anterior fue al CENTRO MÉDICO LA GLORIA, acompañada de su hermana, y allí canceló \$500.000 (Quinientos mil pesos) para que le practicasen un aborto y luego, acompañadas por el Dr. RA.B.R. fueron al Laboratorio Clínico PROSALUD donde la occisa Sra. V.V.S. ingresó a las 3 de la tarde y una hora más tarde el médico, acompañado del dueño del laboratorio, salió con una bolsa negra y horas más tarde le informaron que su hermana “se había agravado un poquito” y en la madrugada le solicitaron que se fuera a su casa, que no contara sobre su hermana, pero ella informó a su padre lo ocurrido. Los hallazgos de la necropsia demostraron escasas laceraciones en el piso vaginal, endocervix eritematoso sangrante con leve ectropión, ausencia de producto (feto, placenta, cordón), planteando los forenses como hipótesis “probable embolismo por células del líquido amniótico” y concluyeron en el dictamen que “la hoy fallecida se encontraba cursando el segundo trimestre del embarazo a quién por procedimiento mecánico le fue evacuado el producto de la gestación; ocasionando como consecuencia de ello la muerte”

En la diligencia de versión libre ante el tribunal seccional, rendida el 28 de julio de 2010 por el Dr. R.A.B.R. afirmó que la paciente no deseaba su embarazo por ser madre soltera y que el embarazo también era rechazado por el padre, quién no era su novio y que ella intentó provocarse el aborto mediante unas inyecciones que le aplicaron en una droguería de Fontibón y la ingesta de “Misoprostol”. Añadió que las diligencias anteriores habían estado acompañada por su hermana. Que la paciente sabía que el aborto estaba penalizado en Colombia por lo que no había acudido a ningún hospital, que la paciente

estaba “manchando” y que él consideró que se trataba de una urgencia médica por lo que decidió atenderla y que a los pocos minutos había presentado un paro cardíaco que no respondió a las maniobras de resucitación que aplicó durante 30 minutos. Aceptó que la había atendido en el Laboratorio Prosalud; al describir el procedimiento realizado a la paciente dijo: “A la paciente la examiné, le hice un tacto vaginal, tenía una matriz aumentada de tamaño, doloroso a la movilización y pelvis permeable. Cuando empecé a examinar ya estaba dilatado, permeable el cuello, introduje una pinza de falsos gérmenes y la paciente refirió dolor abdominal y enseguida saqué el instrumento, inmediatamente presentó hipertonía en la mandíbula, hipertonía en los miembros superiores e inferiores, retiré el espéculo y fui a auxiliarla dándole respiración y masaje cardíaco ya que presentó paro “cardiorespiratorio” Admitió que en el laboratorio no se efectuaban procedimientos terapéuticos y que no contaba con equipos básicos de reanimación ni monitoreo. Informó que no se utilizó anestesia; agregó que no se le practicaron exámenes de laboratorio por ser una “urgencia” y dijo que la paciente le había dicho que se trataba de un embarazo de 13 a 14 semanas. Informó además que después entró en “pánico” pero que luego fue él quien informó a las autoridades.

El Magistrado Instructor del Tribunal de Ética Médica de Bogotá, hace notar en el análisis del caso que en la historia clínica no se anota los antecedentes de dos hijos previos, ni la ecografía realizada el día anterior.

En la Audiencia de descargos que rindió el Dr. RA.B.R. ante el Tribunal seccional, acompañado por su abogado el Dr. CÉSAR AUGUSTO CAYCEDO LEIVA afirmó que mientras estaba practicando el examen ginecológico, al poner el espéculo en la vagina, la paciente tuvo un paro cardíaco y niega que hubiera utilizado la pinza de falsos gérmenes, tal como lo había aseverado en la diligencia de versión libre.

La Fiscalía General de la Nación encontró pruebas suficientes para abrir un proceso contra el Dr. RA.B.R. por “HOMICIDIO CULPOSO Y ABORTO” y ante ese organismo, el Dr. B.R. reconoció su culpa y logró gracia a ello obtener el “Principio de Oportunidad”

Aplicando el “principio de oportunidad” la Fiscalía General de la Nación, Fiscal 15 delegada, Unidad 2nda de Vida, cerró el proceso por “Homicidio culposo y aborto” mediante conciliación entre los padres de la fallecida y el médico imputado R.B.R. y el Sr. E.C.L. (coautor – propietario del laboratorio), indemnizándose a los primeros con una suma de quince millones de pesos.

LA ACTUACIÓN

El Tribunal de Ética Médica de Bogotá, recibió el 23 de enero de 2009 la resolución 193 del 3 de abril de 2008 en la que la Secretaría de Salud de Bogotá le informaba sobre la decisión final dentro de la investigación administrativa No 253/2006 que se adelantó en contra del LABORATORIO CLÍNICO PROSALUD en la que en el Artículo Séptimo se ordenó compulsar copias de la actuación al Tribunal de Ética Médica para que se investigue el actuar del Dr. RA.B.R., por presuntas “fallas de negligencia, pericia e imprudencia y no aplicación del principio de beneficencia de la Ley 23 de 1981”.

En Sala Plena, el 11 de febrero de 2009 el Tribunal de Ética Médica de Bogotá designó como Magistrado investigador al Dr. ALBERTO BARRETO VELEZ y el mismo día el Dr. Barreto ordenó tener como pruebas los documentos acompañantes a la queja y practicar las diligencias que surjan de las anteriores y necesarias para el total esclarecimiento de los hechos materia de investigación y se le solicitó a la Fiscalía General de la Nación copia de las diligencias adelantadas dentro de la investigación del occiso B.B.V.S.

El 7 de JULIO DE 2010, El Tribunal de Ética Médica de Bogotá declaró abierta la Instrucción, con el fin de establecer si el médico RA.B.R. incurrió en faltas a la ética médica dentro del marco de la atención brindada a la Sra. B.V.S. y lo citó para versión libre y ordenó citar a las personas que tengan conocimiento de los hechos para declaración juramentada y demás diligencias que surjan.

El 28 de julio de 2010, el tribunal seccional llevó a cabo la diligencia de versión libre del médico encartado.

El 29 de septiembre de 2010, el Magistrado Instructor presentó el Informe de Conclusiones y el 6 de octubre de 2010 el Tribunal de ética Médica de Bogotá en Sala Plena resolvió que había méritos para formularle cargos al Dr. RA.B.R. por posible violación de los numerales 1, 2, 9 y 10 del artículo 1º de la Ley 23 de 1981, así como de los artículos 2, 6, 10, 54, 16 y 15 de la citada legislación, en concordancia este último con el artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año y lo citó a diligencia de descargos, lo cual se llevó en Sala Plena del Tribunal seccional el 17 de noviembre de 2010.

El Tribunal de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena, el 24 de noviembre de 2010 resolvió que el médico disciplinado Dr. RA.B.R. identificado con CC No.... de... y Registro Médico... de la Secretaría Distrital de Salud, incurrió

en violación de los numerales 1, 2, 9 y 10 del Artículo 1º de la Ley 23 de 1981, así como de los Artículos 2, 6, 10, 54, 16 y 15 de la citada legislación, en concordancia este último con el Artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año y como consecuencia de lo anterior, se considera que existen méritos para imponerle la sanción de suspensión en el ejercicio de la Medicina prevista en el literal d) del Artículo 83 de la citada legislación y dar traslado dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de este pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional de Ética Médica, con el fin que este decida lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 84 de la Ley 23 de 1981.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El Magistrado Ponente del Tribunal Nacional acoge en su totalidad el análisis que el Magistrado Instructor del Tribunal de Ética Médica de Bogotá hace del proceso quién consideró que una mujer de 23 años y madre de dos hijos, sin conocer los riesgos implícitos al procedimiento que solicitaba, aceptó someterse a él, y que el médico, conociendo la ilegalidad del acto, conociendo los riesgos inherentes y las complicaciones, realizó el procedimiento en condiciones inaceptables que contribuyeron al fallecimiento de la paciente, por lo que le hizo cargos al médico encartado por presunto incumplimiento a los Artículos 1º, numerales 1, 2, 9 y 10 del Capítulo I “Declaración de principios” y Capítulo II Artículo 2º de la Ley 23 de 1981, que trata del Juramento; además, por haber aceptado prestar sus servicios profesionales para actos jurídica y moralmente prohibidos, pudo haber violentado el Artículo 6º de la Ley 23 de 1981, y al no haber evaluado de manera adecuada a su paciente y al someterla a un tratamiento no justificado pudo incurrir en violación del Artículo 10º de la Ley 23 de 1981. Al no haber solicitado a su paciente el consentimiento y al haberla expuesto a riesgos injustificados, pudo incurrir en violación del Artículo 15 y al no haber previsto ni advertido el riesgo del tratamiento propuesto y realizado, el médico encartado pudo haber incurrido en violación del Artículo 16, en concordancia con el Artículo 12 del Decreto 3380 y pudo violar lo dispuesto en el Artículo 54 de la Ley 23 de 1981 al no atender las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación al aborto.

Las Normas vulneradas prescriben:

CAPITULO I DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

ARTICULO 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 distingos 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 lo 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.

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.

CAPITULO II DEL JURAMENTO

ARTICULO 2. Para los efectos de la presente ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la

Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

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

JURAMENTO MÉDICO

Prometo Solemnemente

Consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

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

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

Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

Velar solícitamente y ante todo, por la salud de mi paciente.

Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

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

Considerar como hermanos a mis colegas;

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

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

Solemnemente y espontánea, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

ARTICULO 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.

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

ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Conc. D. 3380/81. Art. 9. “Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico – patológicas del mismo”.

ARTÍCULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.

Conc. D. 3380/81 Arts. 10,11,12 y 13. D. 3380/81

Art. 12. “El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.”

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:

6. Aborto.

El apoderado del médico encartado basa su defensa en el hecho que la base de la investigación es el material probatorio realizado por la Fiscalía General de la Nación y la Secretaría de Salud de Bogotá, y en su criterio, estas pruebas no cumplen a cabalidad el ritual exigido para la adjunción de dichas probanzas pues son pruebas de referencia y que según el Artículo 438 del C.P.P. sólo se pueden admitir cuando el declarante ha perdido la memoria, es víctima del secuestro, padece grave enfermedad o ha fallecido y agrega que éstos documentos fueron remitidos en copia simple y que el Artículo 429 de C.P.P. el documento para ser valorado, debe ser remitido en original y copia y que según el Artículo 433 siguiente del referido código, debe presentarse el original y que por lo tanto no pueden ser valorados por el Tribunal porque fueron aportados irregularmente.

El Magistrado Ponente del Tribunal Nacional de Ética Médica también está de acuerdo con las consideraciones de la Sala del Tribunal Seccional cuando al pronunciarse sobre los planteamientos esbozados por el apoderado de la defensa frente a las pruebas allegadas a la investigación cuando manifiesta que los documentos allegados al proceso deben tenerse como auténticos en la medida que fueron remitidos directamente al Tribunal por parte de

la autoridad pública, en este caso la Fiscalía General de la Nación, la que mediante oficio remisorio da cuenta de su autenticidad y que esta, en ningún momento fué tachada de falsa por el médico disciplinado ni por su apoderado y que además fueron tenidas en cuenta para la resolución de cargos.

Acepta el Tribunal seccional que el Artículo 185 del C.P.C. que da cuenta de la prueba trasladada establece que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y ser apreciadas sin más formalidades siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de parte contra quién se aducen o con audiencia de ella y que por otra parte, el Artículo 251 del C.P.C. dispone que los documentos son públicos o privados y que los primeros son los otorgados por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Frente a la autenticidad o no de un documento, el Artículo 252 del C.P.C.P. establece que el documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado y que el documento público se presumirá auténtico mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

En este proceso, fue la Fiscalía la que remitió al Tribunal seccional copia de lo actuado en esa entidad y en esa actuación estuvieron presentes el médico disciplinado y su abogado defensor y se encuentra en ella establecido que ni el Dr. RA.B.R. ni su apoderado en ningún momento se declararon inconformes ni tacharon de falso los documentos; la Fiscalía le imputó la comisión del delito de Homicidio Culposo, imputación que aceptó y que posteriormente y ante una indemnización integral y otros requisitos le dio aplicación del principio de oportunidad según el cual, la Fiscalía renunció válidamente a la persecución penal y se declaró extinguida la acción penal.

El Tribunal seccional inició el proceso cuando recibió solicitud que la Secretaría Distrital de Salud le hizo el 9 de enero de 2009 para que investigara al Dr. RA.B.R., por la no aplicación del principio de beneficencia a la paciente B.V.V.S. durante la atención que le brindó en el Laboratorio Clínico Prosalud, así como por las presuntas fallas de negligencia, impericia e imprudencia y el 6 de agosto de 2009 la Fiscalía General de la Nación, Unidad Segunda de delitos contra la vida y la integridad personal, Fiscalía 15 Delegada ante los Juzgados Penales del Distrito le remitió al Tribunal seccional en respuesta al Oficio 214409 del 15 de Julio de 2009, copia de las diligencias adelantadas dentro de la investigación de la referencia en contra de RA.B.R. “para que se haga parte del proceso que ustedes adelantan bajo N° 3978-=B”.

El Informe pericial de necropsia N. BOG-2006-004240 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses estableció que el 31 de enero B.V.V.S. de 23 años falleció por “insuficiencia respiratoria secundaria a evento por evacuación uterina mecánica del producto de gestación...”

Teniendo en cuenta que los descargos omiten señalar argumentos en relación a los cargos formulados procedió el Tribunal seccional a precisar mediante interrogatorio al médico aspectos puntuales de su actuación cuestionada y desarrolló cada uno de los cargos formulados al médico:

Sobre la Declaración de Principios de la Ley 23 de 1981 y el Juramento Médico.

1.1 El Dr. B.R., para responder a los cargos en lo referente a la posible violación a la Declaración de Principios a la Ley 23 de 1981, a la Declaración de Principios de dicha Ley, Artículo 1º Numerales 1,2, 9 y 10 y al Juramento, Capítulo II, Artículo 2º de la misma Ley: El Dr. B.R. en su versión libre señaló que *“La sentencia 535Sic de 2006 llegó tarde para la paciente, ya que por ser un embarazo de alto riesgo, por no deseado, ella presentaba descompensación psicoafectiva y vulnerabilidad psicosocial, además no podía acudir a un centro hospitalario por ser penalizado ya que era perseguido social y penalmente”* El Tribunal Seccional consideró que cuando el Dr. B.R. se presentó al Centro Médico La Gloria y se dirigió con su paciente hacia el Laboratorio Clínico Prosalud, se enteró de los pormenores de la condición de salud de la paciente y le quedó clara la petición que ella le hace: realizar un aborto; las declaraciones de la hermana de la paciente J.P.V. son contundentes: *“llegamos al Centro Médico la Gloria y allí ella canceló la suma de 500.000 pesos, yo le pregunté porqué pagaba tanta plata y fue cuando me respondió que se iba hacer el aborto... en ese momento llegó el Dr. R.me parece que el apellido es B.R.”*

El Dr. B. reconoció ante la Fiscalía General de la Nación la práctica del procedimiento de aborto a la joven Blanca Viviana y ello le permitió obtener el principio de oportunidad (f.240 c2) *“En el caso que ha ocupado la investigación el médico que aceptó practicarle el aborto a la occisa, desde el primer momento se puso a disposición de la Fiscalía, estuvo dispuesto a reparar a las víctimas, se ha mostrado arrepentido y carece de antecedentes penales”* Este hecho le permitió al Dr. B.R. quedar a *“paz y salvo”* con la justicia penal, pero está pendiente responder por sus responsabilidades como médico. Si se hiciera caso omiso a los documentos de la Fiscalía, se comprobaría igualmente que el Dr. B.R. practicó el aborto, pues aceptó en sus declaraciones que la paciente llegó caminando al Laboratorio Clínico y falleció en éste y el Informe pericial

de necropsia N. BOG-2006-004240 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses estableció que el 31 de enero B.V.V.S. de 23 años falleció por *“insuficiencia respiratoria secundaria a evento por evacuación uterina mecánica del producto de gestación...”* y este **“evento por evacuación uterina mecánica”** sólo pudo ser practicado entre el ingreso de la paciente al centro y su fallecimiento.

El Tribunal seccional consideró que cuando ocurrieron los hechos, la sentencia C-355 no estaba vigente, y si hubiese estado, tampoco lo cobijaba y que la acción sobre el cuerpo de la joven, fue un acto contra una mujer vulnerable social y emocionalmente; el proyecto de vida de la paciente, no fue respetado en tanto se la condujo a una situación de riesgo inminente y claramente previsible. Si el proyecto de vida de la joven no incluía en ese momento tener un tercer hijo, tampoco incluía los altos riesgos que implicaba la realización de un aborto inseguro y tampoco incluía la posibilidad de una muerte abrupta y temprana, entre otras cosas, porque sus dos hijos la requerían. Cuando el médico encartado desligó a su paciente de su entorno social y afectivo y la llevó a un aborto en condiciones inseguras, la estaba reduciendo a ser simplemente un receptáculo de procreación, despojándola de la dignidad de persona y de mujer que merece una oferta de salud adecuada. Al Dr. B.R., su deber como médico le impone obligaciones legales y morales: el deber de proteger la vida en gestación y el derecho a la vida y a la salud de su paciente y le impedían realizar el acto médico que llevó a cabo en el cuerpo de Blanca Viviana. Al enfrentar el pedido de su paciente, el Dr. B.R. tenía varias opciones: Explicarle y hacerle comprender los riesgos implícitos en un aborto inseguro y las graves consecuencias que este puede tener para la salud y la vida. Escucharla y comprenderla, pero no aceptar su pedido. Remitirla al hospital localizado a cinco cuadras del lugar de los hechos. Examinarla y proceder en condiciones seguras. Escucharla y proceder en condiciones inseguras, esta última opción, la escogida por el médico la alejó de la beneficencia que, como principio, es exigible en todo acto médico. La beneficencia implica el deber de hacer bien al prójimo y para hacer el bien, el médico debe ponderar los beneficios esperados de su acción frente a los riesgos implícitos en ella y se trata de maximizar los beneficios y minimizar el potencial daño. Las circunstancias probadas en la actuación del médico B.R., muestran que maximizó los riesgos y minimizó los beneficios para la paciente. Los hechos demostraron que la paciente canceló dinero para acceder a los servicios del Dr. B.R. quién privilegió su beneficio económico sobre el beneficio de su paciente al practicar un aborto ilegal en condiciones de riesgo. El Dr. B.R. se quejó de la reprobación social después de los hechos y el Tribunal seccional consideró que esa reprobación social no

es otra cosa que la sanción moral que el cuerpo social expresa para reprobar una acción moral indebida y se ratificó en los cargos en contra del Dr. B.R. por violación de la Declaración de Principios y al Juramento Médico establecidos en la Ley 23 de 1981, puesto que el médico disciplinado en sus descargos no hace mención a los cargos formulados.

1.2 Sobre la aceptación del Médico a prestar sus servicios.

El Tribunal Seccional consideró que el Dr. B.R. pudo haber incurrido en violación del Artículo 6° de la Ley 23 de 1981 al haber aceptado prestar sus servicios profesionales para actos contrarios a la moral, así como cuando existan condiciones que interfieran el correcto ejercicio de la profesión. El Tribunal seccional acepta que la actitud moral frente al aborto ha presentado un cambio sustancial a partir de la década de los sesenta, cuando diversos movimientos sociales reivindicativos de la mujer pusieron sobre la mesa el debate sobre el aborto y que otra perspectiva sobre el tema lo plantea el propio Sistema de Salud, dadas las graves consecuencias que el aborto inseguro tiene sobre la mujer. Estos hechos y otros de tipo cultural y social, llevan a la modificación de la apreciación moral del aborto inducido. Este debate llevará a que el mínimo moral exigible bajo la fuerza coercitiva del Estado se modifique en el 2006 para tres hechos específicos. En enero de 2006 y en noviembre de 2010, el mínimo moral exigible por la ley, en relación al aborto provocado no ha cambiado y el Dr. B.R. no ha aportado en sus descargos ningún elemento de análisis en torno a ese punto y por lo tanto no ha desvirtuado los cargos formulados. En cuanto a la segunda parte del Artículo 6° de la Ley 23 el Tribunal de Bogotá que existieron dos elementos que interferían con el “correcto ejercicio de la profesión” por parte del Dr. B.R. El primero es que se le convocó para la realización de un acto ilegal y el segundo, que el acto médico se realizó en condiciones inaceptables para el ejercicio de la profesión médica. El Dr. B.R. reiteró que atendió a la joven por encontrarse frente a una emergencia y que sabía que el laboratorio clínico contaba con las condiciones adecuadas para la prestación de sus servicios., aunque allá no se realizaban procedimientos médicos y sostuvo que atendió a la paciente por tratarse de una urgencia. A la occisa se le había practicado ecografía obstétrica que demostraba embarazo de 20 semanas de gestación; el médico encartado dijo que había sido llamado al Centro Médico la Gloria, donde nunca había trabajado para que le prestara sus servicios a la paciente, quién después de cancelar 500.000 pesos le confiesa a su hermana que se va a practicar un aborto. El médico disciplinado señaló en la sesión de descargos *“la paciente no estaba grave, grave de salud, pero sí estaba sangrando, requería*

valoración médica. Cuando me entregaron la paciente, ella estaba caminando y no estaba en muy grave estado como para correr a un centro de urgencias.”

Por lo anterior se concluye que se desvirtúa el concepto de urgencia y la evidencia demuestra que fue convocado para “ayudar” a la paciente a provocarse un aborto y conocía al dueño del laboratorio, quién fue involucrado por la Fiscalía como coautor del aborto y se conocía la relación comercial preexistente entre ambos ya que el Dr. B.R. era el dueño del inmueble donde se encontraba el Laboratorio y por lo tanto, conocía sus condiciones locativas. La investigación adelantada por la Secretaría Distrital de Salud concluyó con una severa sanción al Laboratorio Clínico Prosalud, pues se demostró la violación de las normas de habilitación y esto demuestra que el acto médico se llevó a cabo en condiciones completamente inapropiadas para la seguridad de la paciente y en este caso los descargos presentados por el médico y su apoderado, tampoco desvirtúan los cargos.

1.3 Sobre el Artículo 10° de la Ley 23 de 1981.

El Tribunal de Bogotá consideró que el Dr. B.R. pudo haber incurrido en una violación de la Ley 23 de 1981. El médico dijo que durante el trayecto entre el Centro Médico y el laboratorio clínico pudo conocer las circunstancias que rodeaban el embarazo de su paciente y esta información se complementó con la obtenida en el laboratorio y con el examen físico que le practicó. En la versión del médico encartado sobre el procedimiento “cuando empecé a examinar ya estaba dilatado, permeable el cuello, introduje una pinza de falsos gérmenes y la paciente refirió dolor abdominal y enseguida saqué el instrumento. De lo anterior se deduce que el médico no tuvo en consideración la condición del producto de la gestación y los supuestos antecedentes de ingesta de “Cicotoc” y aplicación de inyecciones, no fueron estudiados con la debida atención en cuanto a tiempo y dosis, de forma que al médico no le era posible conocer el estado real del producto gestacional y la sola evidencia de sangrado no constituye prueba de que se hubiese producido un aborto y el médico omite mencionar que a la paciente se le había practicado ecografía obstétrica el día anterior.

Un médico prudente ante las condiciones clínicas de la paciente hubiese procedido a indicar a la paciente pruebas de laboratorio y de imágenes que le permitieran comprender el estado real de salud de la paciente y de su gestación y sólo tras ello pensar en proceder a introducir unas pinzas de falsos gérmenes en el útero de su paciente. Así pues, la acción emprendida por el médico no

tiene justificación en el estado actual del arte. En la etapa de descargos se le preguntó al médico por que utilizó la pinza de falsos gérmenes si estaba en el examen clínico, a lo que respondió: *“Esa pinza no se llama de falsos gérmenes. El día que dí el testimonio no me acordaba de su nombre. La pinza se llama de transferencia que es una pinza que tiene unos borde redondos que se utiliza para coger los algodones y las gasas para limpiar heridas y otras cosas”*. Al Tribunal seccional le pareció inaceptable que un médico que ha enfatizado en su entrenamiento y capacidad para realizar legrados tenga confusión entre pinzas de “falsos gérmenes” con una “pinza de transferencia”, ni por la forma ni por la función. En su versión libre el médico encartado expuso la sanción moral a que fue expuesto por la sociedad, sus colegas y su familia y agregó “también les pido perdón a ustedes”; esta declaración que no fue corregida ni modificada posteriormente para el Tribunal de Bogotá, muestra un reconocimiento a la no atención adecuada a la paciente y un reconocimiento explícito de la acción emprendida. En sus descargos, el médico encartado no desvirtuó los cargos que el Tribunal seccional le formuló en relación a la violación el Artículo 10° de la Ley 23 de 1981.

1.4 Sobre el consentimiento y los riesgos.

El Tribunal de Ética Médica de Bogotá considero que el Dr. B.R. pudo haber incurrido en violación al Artículo 15 de la Ley 23 de 1981 en concordancia con el Artículo 9° del Decreto 3380 de 1981 porque cuando la paciente discutía con su hermana por la decisión de practicarse un aborto y la hermana le pidió que lo pensara, la paciente le había dicho *“me dijo que no, que el médico le había dicho que se demoraba una hora y que no había ningún riesgo”* El diálogo anterior fue narrado por JOHANNA PATRICIA VENEGAS coincide en todos los escenarios donde testificó y hace referencia a un tema central de la ética médica: el respeto a la autonomía de BLANCA VIVIANA VENEGAS. En ninguna de las versiones que el Dr. B.R. ha tenido que compadecer, ha mencionado que le hubiese advertido a su paciente los riesgos inherentes a la inducción del aborto y menos aun del aborto inseguro. Se considera que en Colombia se realizan más de 300.000 abortos clandestinos al año y los abortos inseguros constituyen la tercera causa de mortalidad materna y las secuelas del aborto son ampliamente conocidas. Se pregunta el Tribunal seccional si la paciente tenía derecho a conocer sobre el aborto, si tenía derecho a saber sobre las diferentes opciones para la práctica del aborto, del riesgo de sangrado, de la infección. Se le mencionó que entre las posibles secuelas del aborto están la esterilidad y la pérdida de la capacidad de disfrute de la relación sexual? Se le informó sobre el tromboembolismo? El Tribunal considera que ella tenía

derechos y si la paciente no recibió la información adecuada y suficiente sobre su condición de salud y sobre los potenciales riesgos que su petición implicaban, su consentimiento tácito no tiene ningún valor en tanto la característica de libertad que es inherente al otorgamiento del consentimiento faltó. Cuando el médico no se toma el tiempo necesario para informar a su paciente sobre su condición de salud, sobre su diagnóstico y las implicaciones del mismo, sobre las posibles alternativas terapéuticas y de las probables consecuencias, buenas y malas, está incumpliendo con su deber; esta falta de diligencia es negligencia médica. Esta negligencia priva a la paciente de la capacidad de conocer y asumir los riesgos, debiendo asumirlos quien está en capacidad de hacerlo: el médico. El Dr. B.R. en sus descargos no se manifestó en torno a los cargos formulados en su contra en relación a los Artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981 en concordancia con el Decreto 3380, por lo cual se da por entendido su aceptación.

1.5 Los planteamientos de la Asociación Médica Mundial.

De acuerdo con el Tribunal seccional de ética, el Artículo 54 de la Ley 23 de 1981 expresa que el médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país, en este caso, con relación al aborto, el médico B.R. procedió en contravía con estas disposiciones. De otra parte el mismo Artículo 54 remite al médico a respetar las disposiciones emanadas de la Asociación Médica Mundial en lo que tiene que ver con el aborto, las cuales están claramente expuestas en la Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico:

Declaración de Oslo de la AMM sobre el Aborto Terapéutico adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial, Oslo, Noruega, agosto de 1970 y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia Octubre de 1983 y la Asamblea General de la AMM Pilanesberg, Sudáfrica Octubre de 2006.

1. La AMM pide al médico que mantenga el respeto de la vida humana.
2. Las circunstancias que ponen los intereses de la madre en conflicto con los intereses de su criatura por nacer crean un dilema y plantean el interrogante respecto a si el embarazo debe o no ser deliberadamente interrumpido.
3. La diversidad de respuestas a esta situación es producida en parte por la diversidad de actitudes hacia la vida de la criatura por nacer. Esta es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada.

4. No es función de la profesión médica determinar las actitudes y reglas de una nación o de una comunidad en particular con respecto a este asunto, pero sí es su deber asegurar la protección de sus pacientes y defender los derechos del médico en la Sociedad.

5. Por lo tanto, donde la ley permita el aborto terapéutico, la operación debe ser realizada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso.

6. Si las convicciones del médico no le permiten aconsejar o practicar un aborto, éste puede retirarse, siempre que garantice que un colega calificado continuará prestando la atención médica.

El Tribunal seccional consideró que en cuanto el médico no ha demostrado su pericia en el tema, ni el haber actuado en un lugar aprobado por las autoridades, por lo que le mantuvo los cargos por violación del Artículo 54 de la Ley 23 de 1981.

Por lo anterior, el Tribunal de Ética Médica de Bogotá consideró que el médico disciplinado se hacer merecedor a una sanción de suspensión en el ejercicio profesional superior a 6 meses de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 83 literal d).

El Magistrado Ponente del Tribunal Nacional de Ética Médica está de acuerdo con el análisis y conclusiones del Tribunal seccional.

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

RESUELVA:

Artículo Primero. Suspender en el ejercicio de la Medicina por cinco (5) años al Dr. RA.B.R. identificado con CC No.... de..., y Registro Médico... de la Secretaría Distrital de Salud, por violación de los numerales 1, 2, 9 y 10 del Artículo 1º de la Ley 23 de 1981, así como de los Artículos 2, 6, 10, 54, 16 y 15 de la citada legislación, en concordancia este último con el Artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año. Artículo Segundo. En contra de esta resolución son procedentes los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de la Protección

Social, dentro del mismo término. Artículo Tercero- Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado-Presidente; GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, julio cinco (05) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN No. 1093 DEL CINCO (05) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

REF : Proceso # 3978 del tribunal de ética médica de bogotá

Contra: Dr. R.A.B.R.

Denunciante: Secretaría de Salud de Bogotá,

Sra. P.J.V.S.

ASUNTO: Prescripción

Magistrado Ponente. Dr. Germán Peña Quiñones M.D

Providencia No. 65 -2011

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena, el 24 de noviembre de 2010 resolvió que el médico disciplinado Dr. R.A.B.R. identificado con CC.No.... de ... y Registro Médico ... de la Secretaría Distrital de Salud, incurrió en violación de los numerales 1, 2, 9 y 10 del Artículo 1º de la Ley 23 de 1981, así como de los Artículos 2, 6, 10, 54, 16 y 15 de la citada legislación, en concordancia este último con el Artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año y como consecuencia de lo anterior, se consideró que existían méritos para imponerle la sanción de suspensión en el ejercicio de la Medicina prevista en el literal d) del Artículo 83 de la citada legislación y dio traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica, con el fin que este decidiera lo pertinente de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 84 de la Ley 23 de 1981.

El 14 de diciembre de 2010 el Tribunal Nacional de Ética Médica sancionó con suspensión en el ejercicio de la medicina por 5 años por violación de los

numerales 1, 2, 9 y 10 del Artículo 1º de la Ley 23 de 1981, así como de los Artículos 2, 6, 10, 54, 16 y 15 de la citada legislación, en concordancia este último con el Artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año al Dr. R.A.B.R. , quién fue notificado de la providencia el 20 de enero de 2011 y el 23 de febrero, el Tribunal Nacional recibió del Dr. César Augusto Caycedo Leiva, apoderado del médico disciplinado recurso de Apelación que fue concedido para ante el Ministerio de la Protección Social, en Sala Plena el 15 de marzo de 2011.

El Ministerio de la Protección Social, por Resolución 00002072 del 2 de junio de 2011 rechazó de plano por improcedente el recurso de Apelación y ordenó devolver el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

En Sala Plena del 15 de junio de 2011 se repartió y le correspondió a Germán Peña Quiñones.

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

HECHOS:

El primero de febrero de 2006, a las 03:40 A.M el Dr. R.A.B.R. se presentó en el CAI de Teusaquillo, para informar que en el LABORATORIO CLÍNICO PRO-SALUD, se encontraba el cadáver de una mujer y dijo “la joven ingresó al Centro Médico aproximadamente a las 17 horas del día de ayer 31/01/06 manifestando que se sentía mal, por lo cual, en calidad de médico la atendió y minutos más tarde murió” La policía se trasladó a ese lugar y encontró el cadáver de la Sra. V.V.S. en una camilla, cubierto por una sábana.

De acuerdo con la información dada por la hermana de la fallecida, J.P.V., el 31 de enero de 2006, la Sra. V.V.S quién se encontraba con embarazo de 20 semanas, de acuerdo con un examen de ecografía que le habían practicado en el mismo laboratorio el día anterior fue al CENTRO MÉDICO LA GLORIA, acompañada de su hermana, y allí canceló \$500.000 (Quinientos mil pesos) para que le practicasen un aborto y luego, acompañadas por el Dr. R.A.B.R. fueron al Laboratorio Clínico PROSALUD donde la occisa Sra. V.V.S. ingresó a las 3 de la tarde y una hora más tarde el médico, acompañado del dueño del laboratorio, salió con una bolsa negra y horas más tarde le informaron que su hermana “se había agravado un poquito” y en la madrugada le solicitaron que se fuera a su casa, que no contara sobre su hermana, pero ella informó a su padre lo ocurrido. Los hallazgos de la necropsia demostraron escasas laceraciones en el piso vaginal, endocervix eritematoso sangrante con leve ectropión, ausencia

de producto (feto, placenta, cordón), planteando los forenses como hipótesis “probable embolismo por células del líquido amniótico” y concluyeron en el dictamen que “la hoy fallecida se encontraba cursando el segundo trimestre del embarazo a quién por procedimiento mecánico le fue evacuado el producto de la gestación; ocasionando como consecuencia de ello la muerte”.

En la diligencia de versión libre ante el tribunal seccional, rendida el 28 de julio de 2010 por el Dr. R.A.B.R. afirmó que la paciente no deseaba su embarazo por ser madre soltera y que el embarazo también era rechazado por el padre, quién no era su novio y que ella intentó provocarse el aborto mediante unas inyecciones que le aplicaron en una droguería de Fontibón y la ingesta de “Misoprostol”. Añadió que en las diligencias anteriores había estado acompañado por su hermana. Que la paciente sabía que el aborto estaba penalizado en Colombia por lo que no había acudido a ningún hospital, que la paciente estaba “manchando” y que él consideró que se trataba de una urgencia médica por lo que decidió atenderla y que a los pocos minutos había presentado un paro cardíaco que no respondió a las maniobras de resucitación que aplicó durante 30 minutos. Aceptó que la había atendido en el Laboratorio Prosalud; al describir el procedimiento realizado a la paciente dijo: “A la paciente la examiné, le hice un tacto vaginal, tenía una matriz aumentada de tamaño, doloroso a la movilización y pelvis permeable. Cuando empecé a examinar ya estaba dilatado, permeable el cuello, introduje una pinza de falsos gérmenes y la paciente refirió dolor abdominal y enseguida saqué el instrumento, inmediatamente presentó hipertensión en la mandíbula, hipertensión en los miembros superiores e inferiores, retiré el espéculo y fui a auxiliarla dándole respiración y masaje cardíaco ya que presentó paro cardiorespiratorio” Admitió que en el laboratorio no se efectuaban procedimientos terapéuticos y que no contaba con equipos básicos de reanimación ni monitoreo. Informó que no se utilizó anestesia; agregó que no se le practicaron exámenes de laboratorio por ser una “urgencia” y dijo que la paciente le había dicho que se trataba de un embarazo de 13 a 14 semanas. Informó además que después entró en “pánico” pero que luego fue él quién informó a la autoridades.

En la Audiencia de descargos que rindió el Dr. R.A.B.R. ante el Tribunal seccional, acompañado por su abogado el Dr. CÉSAR AUGUSTO CAYCEDO LEIVA afirmó que mientras estaba practicando el examen ginecológico, al poner el espéculo en la vagina, la paciente tuvo un paro cardíaco y niega que hubiera utilizado la pinza de falsos gérmenes, tal como lo había aseverado en la diligencia de versión libre.

La Fiscalía General de la Nación encontró pruebas suficientes para abrir un proceso contra el Dr. R.A.B.R. por “HOMICIDIO CULPOSO Y ABORTO” y ante ese organismo, el Dr. Bonilla reconoció su culpa y logró gracias a ello obtener el “Principio de Oportunidad” .

Aplicando el “principio de oportunidad” la Fiscalía General de la Nación, Fiscal 15 delegada, Unidad 2nda de Vida, cerró el proceso por “Homicidio culposo y aborto” mediante conciliación entre los padres de la fallecida y el médico imputado R.B.R. y el Sr. E.C.L. (coautor – propietario del laboratorio), indemnizándose a los primeros con una suma de quince millones de pesos.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Como los hechos tuvieron lugar entre el 31 de enero y el 1 de febrero de 2006, el Tribunal Nacional de Ética Médica considera que han transcurrido 5 años y 4 meses desde entonces y por lo tanto, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal se ocasiona prescripción, tal y como lo ha sostenido en providencias anteriores:

“Este Tribunal Nacional de Ética Médica ha entendido siempre la prescripción como instituto liberador y parte fundamental de la facultad punitiva de la Sociedad, pues reconoce y evita la injusticia que sería mantener a las personas sometidas de por vida a la posible investigación de sus acciones, aún muchos años después de realizadas. Sin embargo, también entiende que no se trata de un factor de impunidad, equivalente a negar la auto-regulación esencial de la profesión y el derecho de la comunidad a vigilar los actos médicos y sancionar, cuando llega el caso, aquellos que resulten reñidos con la ética profesional. Por ello, para llenar el vacío existente al respecto en la Ley 23 de 1981, este Tribunal Nacional y los tribunales seccionales han obedecido lo dispuesto en el artículo 82 de dicha norma y acudido siempre, para el caso de la prescripción, al Código de Procedimiento Penal y por inmediata analogía al Código Penal cuando el anterior, como sucede actualmente, no se ocupa de tal tema; tal es la razón para la reiterada jurisprudencia de fijar en cinco (5) años el plazo de prescripción para la acción ético-disciplinaria médica.

Providencia 51-2011, de la cual fue ponente el magistrado Dr. Juan Mendoza Vega.

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. Decretar la prescripción de la acción disciplinaria en el presente proceso por haber transcurrido más de cinco (5) años a partir de la ocurrencia del último hecho. **ARTÍCULO SEGUNDO.** Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO TERCERO.** Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Presidente- Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre del año dos mil (2000).

SALA PLENA SESIÓN No.643 DEL DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL (2000).

Ref: Expediente N° 326-98 Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca
Denunciante: M.C.H.B.
Disciplinado: Dr. C.H.A.C.

Ponente: Doctor Juan Mendoza-Vega
Providencia No. 026-2000

VISTOS

El Tribunal Nacional de Ética Médica, por providencia número 11-2000 fechada el 20 de junio de 2000, resolvió sancionar al médico C.H.Z.C., identificado con cédula de ciudadanía ... expedida en ..., con la pena de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA MEDICINA por el término de cuatro (4) años, por violación a los artículos 6, 9, 15 y 54 numeral 6, de la Ley 23 de 1981. La mencionada providencia fue debidamente notificada, por el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca al cual se le libró exhorto 01-2000 con esa finalidad, el día 18 de Julio de 2000 a la doctora Adelaida Barrios Castro, abogada titulada e inscrita quien es la apoderada del disciplinado dentro del presente proceso, a quien se le entregó copia simple de la providencia atrás mencionada. La citación para notificación, enviada al disciplinado por servicio de mensajería, fue devuelta sin abrir con la nota manuscrita "No reside".

El 29 de Agosto de 2000, la doctora Barrios Castro presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, contra la providencia 11-2000 de este Tribunal Nacional, y lo sustentó por escrito.

Corridos los traslados y vencidos los términos, la Sala procede a resolver los recursos teniendo en cuenta los siguientes

HECHOS

Se resumieron en la providencia de primera instancia de la siguiente forma:

“...M.C.H.B., formuló denuncia contra C.H.Z.C. quien le practicara maniobras abortivas el 20 de diciembre de 1997, denuncia donde cuenta que luego de haber entablado relación con U.C., administrador de un garaje, quedo en embarazo y la esposa de éste L.B.A., una vez que se enteró de su estado, la llevó donde el médico A.C., para que le practicara el aborto.

La resolución interlocutoria No.074 de mayo 6 de 1998 emanada de la fiscalía 28 de Tuluá establece para los implicados en el proceso CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL así: C.H.Z.C., U.C.B. Y L.B.A., deben responder por el punible que trata el Código Penal en su libro II, título XIII, Capítulo III artículo 343, cuya pena es de prisión de uno =1=a tres =3= años, a título de autores del delito referenciado.

La fiscalía 28 seccional -Tuluá- Valle solicitó a la clínica Médico Quirúrgica Alvernia Ltda la historia clínica de la señora M.C.H.B., documento que se encuentra inserto en el expediente ente folios 001 a 0024.

En la mencionada historia clínica se encuentra consignado en los datos de inscripción y como diagnóstico definitivo SCHOK séptico. El médico que ordena la hospitalización el 23 de diciembre de 1997 a las 0:00hrs encuentra a una paciente de 15 años G1-P1 febril, quien relata que después de una caída del día anterior, presentó sangrado que hoy se vuelve abundante. Indica como FUR agosto 23/97 altura uterina de 15cm. Niega maniobras abortivas y posterior al examen acepta “Manipulación externa”.

Al examen ginecológico se encuentra sangrado escaso, cervix no permeable laceraciones en el cuello y fondo vaginal y plantea diagnóstico de aborto séptico incompleto.

La paciente se hospitaliza y se ordena ecografía y tratamiento antibiótico: Gentamicina- Penicilina Cristalina se ordena inducción Ocitocina además de la Cytotec y en vista de la evolución de la paciente que presenta deterioro debido a la sepsis a las 18:hrs del mismo día 23 de Dic, el ginecólogo cita a los

familiares para comentarle sobre maniobras abortivas realizadas (Aceptadas por la paciente) y enterarlos del riesgo y complicaciones posibles que puedan sobrevenir a su aborto séptico.

El ginecólogo Dr. G. decide efectuar legrado uterino urgente por las condiciones de deterioro de la paciente y el mismo día 23 de Dic. , bajo anestesia general suministrada por el Dr. Sánchez se efectúa el curetaje extrayéndose producto macerado fraccionado, fétido.

A folio 009 se encuentra dictamen concepto médico legal que el INSTITUTO NAL. DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES unidad local de Tuluá que en referencia a M.C.H.B, después de efectuar examen y revisar ecografía obstétrica, tomada el 19 de Dic./97, concluye:

1. En la fecha de este examen no presenta embarazo.
2. Presentó un embarazo comprobado con la Ecografía antes referida tomada el pasado 19 de diciembre /97.
3. El producto del embarazo fue evacuado terapéuticamente en clínica de la ciudad, por maniobras abortivas previas fallidas.

Dr. G.A - Médico Legista.

A folio 0032 se encuentra la ampliación de la queja que M.C.H. interpusiera contra el Dr. C.H.Z.

M.V.H. dice que fue en busca del Dr. A. por que una amiga suya le comentó que el mencionado médico le había practicado un legrado. La primera vez que lo consultó fue el 15 de Dic./97 cuando, al día siguiente 16 de Dic. conoció una ecografía obstétrica que le presentó M.C.H manifestó que no había ningún problema y que el procedimiento lo haría el 18 de Dic.

La mencionada M.C.H., relata con pormenores como el médico A. en su consultorio de la carrera 21 de Tuluá hacia las 8 de la noche de la fecha mencionada, después de ofrecerle que ingiriera aguardiente y sin ningún tipo de anestesia hizo manipulación y la citó para el día siguiente, cuando no la atendió, por que dijo que acababa de efectuar una amputación de dos dedos y tenía que desinfectarse previamente, para atenderla. M.C. se marchó a su casa con dolor en el vientre y hemorragia y resolvió contar lo sucedido a su mamá.

La madre de M.C la condujo a la Clínica Alvernia donde al interrogatorio manifestó que se había caído en la escalera.

El médico que la revisó la instó que dijera la verdad puesto que al examen encontró “heridas internas”. La hospitalizaron, le tomaron una ecografía y obtuvieron autorización de los padres para terminar de efectuar el legrado. Informa M.C que tenía tres y medio meses de embarazo aproximadamente.

El padre de M.C se enteró de lo sucedido cuando firmó la autorización para el legrado y fue él quien puso la queja en la fiscalía.

A folios 00038 se encuentra oficio emanado de la Secretaría Departamental de Salud del Valle fechado Marzo 10/99 a solicitud del TEM-SV No.085-99, en el cual manifiestan que el Centro Médico Alianza ubicado en la Carrera 21 No.26A- 06 de Tuluá, no ha presentado Declaraciones de Requisitos Mínimos Esenciales ante la Secretaría y por lo tanto no se encuentra inscrito en el registro especial Departamental..”

CONSIDERANDOS:

En la sustentación del recurso de reposición y en subsidio de apelación, insiste la doctora Barrios Castro en plantear dudas sobre la autoría del médico A. respecto al ilícito de aborto, con base en cambios que la afectada M.C.H.B. habría hecho de su versión sobre lo ocurrido, argumento que fue analizado y desvirtuado en los considerandos de la sentencia recurrida, por lo cual no parece necesario volver aquí sobre él.

Enseguida pregunta si un médico “habría causado daño notorio mayor” durante las maniobras abortivas y cita al respecto el dictamen médico cuando anota que se encontraron en la afectada “signos orgánicos de un aborto reciente que por lo demás causó en el aparato genital de la denunciante **daños notorios mayores a cualquier examen instrumental ginecológico**” (las negrillas y el subrayado no son del original), para argüir que tales daños más bien pudieron ser causados por persona sin conocimientos médicos, esa presunta “persona del barrio” que habría practicado el aborto; la distinguida abogada pasa por alto que el perito médico se refiere claramente a daños superiores a los que causaría “cualquier examen instrumental ginecológico” y no superiores a los que causarían maniobras abortivas; estas maniobras de suyo y aunque las practique un profesional de la medicina, son mucho más agresivas que el examen ginecológico con los instrumentos acostumbrados, lo cual explica la acotación del perito y no pone en duda la autoría del ilícito.

Admite la doctora Barrios Castro que no tiene cómo demostrar que el médico A. “no practicó el aborto, cuando hay una menor de edad y la madre de la menor que declaran que sí lo hizo”; solicita que se reduzca la sanción impuesta porque la considera muy severa y termina diciendo que el profesional disciplinado es padre de familia y por la sanción “no tendrá medios económicos para brindar a su cónyuge e hijos la educación, alimentación que requieren”. Argumento éste último que el Tribunal lamenta sin duda pero que no basta para mover a cambio alguno en la sentencia recurrida, lo que llevará a no reponerla pero sí conceder, por mandato legal, la apelación impetrada.

Basta lo dicho para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades legales,

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. Negar la reposición de la sentencia por la cual se impuso al médico C.H.Z.C., identificado con cédula de ciudadanía ... expedida en..., la pena de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA MEDICINA por el término de cuatro (4) años. **ARTÍCULO SEGUNDO.** Conceder el recurso de apelación contra la misma providencia, para ante el Ministerio de Salud, de acuerdo con el artículo 89 de la Ley 23 de 1981. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. HERNANDO GROOT LIÉVANO, Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado-ponente; EDUARDO REY FORERO; Magistrado; HERNANDO MATIZ CAMACHO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; EFRAÍN MORA CASTILLO, Asesor Jurídico Ad-Hoc; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaría General.

Bogotá, veintinueve (29) de noviembre del año dos mil dieciséis (2016).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1346 DEL VEINTINUEVE (29) DE
NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)**

REF: Proceso No. 2333, Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Contra: Doctor J.G.G.S.
Denunciante: De oficio
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente. Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 99-2016

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en sesión de Sala Plena del 7 de septiembre de 2016, dentro del proceso número 2333, resolvió no aceptar los descargos presentados por el doctor J.G.G.S. y sancionarlo con suspensión en el ejercicio de la medicina por el lapso de cinco (5) meses; el abogado defensor del disciplinado presentó dentro de términos el recurso de apelación contra dicha providencia, que el tribunal seccional lo concedió y ordenó enviar las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Recibidos los cuadernos que contienen el expediente el 11 de noviembre de 2016, fue puesto para reparto en Sala Plena del 15 de noviembre y se adjudicó por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia decidió, el 2 de agosto de 2013 y ante un artículo publicado por el diario El Espectador el 25 de junio de 2013, abrir investigación ético-disciplinaria contra el doctor J.G.G.S. por haber presuntamente faltado a su deber de guardar el secreto profesional frente a la paciente Diana Patricia Colorado Bolívar, a quien atendió en la noche del 26 de noviembre de 2011.

De acuerdo con lo transcrito en el expediente, el médico disciplinado recibió en el servicio de urgencia donde se encontraba laborando, a la señora D.P.C.B., quien se encontraba embarazada y consultaba por cuadro de dolor abdominal intenso; al examinarla, el médico encontró signos de aborto en curso y dentro del canal vaginal unos cuerpos extraños que identificó como tabletas del medicamento misoprostol, por lo cual supuso que estaba en presencia de aborto provocado; interrogó en tal sentido a la paciente y obtuvo de ella la confirmación de que voluntariamente no sólo se había aplicado dentro de la vagina tal medicamento sino había ingerido algunas tabletas del mismo. El examen clínico mostró contracciones uterinas frecuentes, borramiento y dilatación del cuello uterino y en corto tiempo, la salida de feto masculino muerto. Tras completar la atención del caso y decidir la remisión de la paciente a un centro de mayor complejidad para su cuidado, el doctor G.S procedió a llamar a la estación de policía mas cercana y pedir la presencia de agentes para que se hicieran cargo de lo que consideró un aborto provocado. Cuando los agentes de policía llegaron, el doctor les suministró toda la información que tenía y dejó en sus manos la situación; la señora C.B. fue notificada de su arresto y trasladada con vigilancia policial a un centro asistencial de tercer nivel.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, que se enteró del caso por la publicación aparecida en el diario El Espectador el 25 de junio de 2013, resolvió iniciar procedimiento ético-disciplinario de oficio y para el efecto recabó los documentos producidos en la justicia penal durante la investigación adelantada contra la señora D.P.C.B. por el delito de aborto provocado; citó para declaración libre al doctor J.G.G.S., recibió testimonio juramentado del patrullero de la policía Walter Córdoba Fonseca que atendió el llamado en la noche de los hechos y recibió la información dada por el médico disciplinado; finalmente y con base en el acervo probatorio, planteó pliego de cargos al doctor J.G.G.S. por faltas contra la obligación del secreto profesional, concretamente contra los artículos 11, 37 y 38 de la ley 23 de 1981. Cumplida la diligencia de descargos, en la que el profesional disciplinado estuvo asistido por el abogado

defensor Rafael Darío Cardona Jaramillo, el tribunal seccional estimó que los descargos no desvirtuaron el pliego de cargos establecido, por lo que resolvió sancionar al doctor G.S. con la pena de suspensión en el ejercicio profesional por el lapso de cinco (5) meses. Contra esta providencia presentó dentro de términos el abogado defensor, recurso de apelación que fue concedido por el tribunal de primera instancia y que se resuelve en la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Es necesario advertir que este Tribunal Nacional de Ética Médica acoge totalmente la aclaración planteada por el tribunal de primera instancia en el sentido de que no se estudia ni se da opinión alguna sobre el aborto, sino exclusivamente sobre la obligación del secreto profesional y los actos del médico disciplinado que parecen configurar una violación de tal secreto en lo concerniente a la señora D.P.C.

Como lo muestra con todo detalle la providencia recurrida, el secreto profesional es para el médico un deber fundamental, pues sobre él se construye la confianza que permite al enfermo y a su familia entregar al galeno toda la información, incluyendo la más delicada y reservada, con la cual sea posible aclarar y comprender tanto el cuadro patológico como las circunstancias en que aquel se desarrolla, logrando así las mejores condiciones para prestar adecuado y oportuno auxilio mediante las medidas terapéuticas necesarias; así se ha entendido desde milenios atrás, hasta el punto de que el secreto profesional es una de las características más ampliamente conocidas y apreciadas de la medicina en todos los entornos culturales, pero singularmente en el mundo occidental.

También concuerda este Tribunal Nacional con las reflexiones del a quo sobre las muy pocas ocasiones en que es aceptable romper el secreto profesional médico, claramente señaladas además en el artículo 38 de la ley 23 de 1981, cuyo literal d tiene el siguiente tenor:

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

...

d. A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley.

Al sustentar su apelación, admite el recurrente cuanto se acaba de plantear, pero insiste en las afirmaciones que ya había presentado durante la diligencia de descargos, para tratar de demostrar que el doctor J.G.G.S. cuando atendió a la señora D.C. se encontró en situación tan atípica, frente a tantas dudas y obligaciones contrapuestas, que tomó la decisión que le pareció “adecuada de cara a los mandamientos que lo cobijaban en ese momento”. Por ello incurrió, según el libelista, en “error de prohibición” por el cual, aunque conocía la norma del secreto profesional, hizo “interpretación errónea de la misma” porque “nunca ha recibido ningún tipo de formación respecto a la manera de proceder en estos casos (coexistencia de obligaciones contrapuestas)”; alega también que, aunque reconoce que las normas sobre secreto profesional no son de imposible cumplimiento para el médico, “dicho cumplimiento está relacionado directamente con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se deban observar dichas normas”.

Considera la Corporación de suma importancia hacer algunas consideraciones sobre el secreto profesional médico, las que efectivamente se deben hacer porque el secreto ha sido y es un concepto que históricamente, desde épocas muy remotas se convirtió en una necesidad personal y social de indiscutible trascendencia, porque hay determinados aspectos de la vida de las personas, de las organizaciones sociales y gubernamentales, de las actividades industriales, comerciales, bancarias, financieras, investigativas y de otra naturaleza, que solo deben ser conocidas por unas pocas personas y cuya divulgación de manera general ocasiona daños y perjuicios de muy diversa gravedad, razón por la cual, de manera general, los legisladores en todos los países del mundo han dictado reglamentaciones tendientes a la conservación de ciertos secretos y a establecer sanciones administrativas o penales, para la castigar las conductas de divulgación de las cosas que están calificadas como reservadas o secretas. Son innumerables las clases de secretos conocidas y protegidas normativamente, pero para el caso que nos convoca solo nos interesa por ahora, el secreto profesional y de manera concreta el secreto profesional médico.

Decíamos que desde la más remota antigüedad se formó la cultura del “secreto” en relación con ciertos aspectos de la vida individual de los seres humanos y de las personas jurídicas de derecho público y privado.

Como consecuencia de la existencia de ese valor cultural, nuestro Constituyente consagró el secreto profesional al establecer en el artículo 74 de la Carta Política:

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

El secreto profesional es inviolable.” (Lo destacado no lo es en el texto).

Por la forma gramatical como está consagrado este derecho-deber, pareciera que es de carácter absoluto, pero ello no es así, porque no existen derechos absolutos, tanto que ni siquiera la vida lo es, porque hay casos en los que se puede matar sin que exista responsabilidad penal, y en otras circunstancias está permitido matar, incluso se premia y privilegia a quien más enemigos mate durante la guerra.

En tales condiciones es una realidad, que el secreto profesional tiene excepciones, porque hay casos en los que la guarda del secreto puede llegar a ocasionar consecuencias gravísimas, mucho más que las que pudieran resultar de la divulgación del secreto.

Como consecuencia de ésta disposición constitucional, el legislador la ha reglamentado en los códigos procesales, creando excepciones en relación con el deber de declarar de ciertos profesionales, en relación con hechos o temas que hayan conocido en el ejercicio de una determinada profesión. Es así como el Código Procesal Penal, actualmente vigente en relación con la inviolabilidad del secreto profesional ha dispuesto:

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

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) **Médico con paciente;**
- c) **Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;**
- d) Trabajador social con el entrevistado; e) Clérigo con el feligrés;
- f) Contador público con el cliente;

g) Periodista con su fuente;

h) Investigador con el informante. (Lo destacado no lo es en el texto).

Hay ciertas actividades de la vida privada de las personas y de las personas jurídicas privadas y públicas que por diversas razones deben mantenerse en reserva, en tales condiciones los profesionales que asesoran o trabajan con determinados clientes, tienen que asegurar a los mismos, la confidencialidad de lo asuntos que le son comunicados por razones del ejercicio profesional. Si no existiera la seguridad de esa confidencialidad, el ejercicio de tales actividades se convertirían en un imposible, porque es claro que ante el peligro de divulgación, las personas preferirían no confiar sus secretos a terceras personas.

Ciertos secretos industriales tienen valores inconmensurables y la revelación y divulgación de los métodos, sustancias, fórmulas o planos significarían para la empresa que los tenía como reservados, perdidas verdaderamente millonarias. Esta es la razón por la cual el legislador haya creado diversos tipos delictivos tendientes a asegurar la privacidad y no divulgación de tales secretos comerciales e industriales. Es el caso de la sanción penal establecida para la divulgación de la reserva industrial o comercial al establecerse:

“ARTICULO 308. VIOLACIÓN DE RESERVA INDUSTRIAL O COMERCIAL. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.

De la misma manera el Estado consagra la inviolabilidad de las comunicaciones y establece sanciones penales para la divulgación no consentida de archivos públicos y privados, consagrándose múltiples tipos penales destinados a proteger la intimidad informativa y de los archivos al determinar:

“ARTÍCULO 269A. ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO.

Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 269C. INTERCEPTACIÓN DE DATOS INFORMÁTICOS.

Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: El que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses.

ARTÍCULO 269F. VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES.

Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Y si se trata de secretos de Estado la situación es todavía más delicada, precisamente porque está de por medio la eficiencia del funcionamiento de la administración pública, y porque la divulgación de tales secretos, en la mayoría de los casos causa graves consecuencias, e incluso se puede llegar a poner en peligro la seguridad de la patria:

“ARTICULO 418. REVELACIÓN DE SECRETO.

Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva,

incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

“ARTICULO 463. ESPIONAJE. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político, económico o militar relacionado con la seguridad del Estado, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses.

C. de J. P. M. Ley 1407 de 2010. “Artículo 130. REVELACIÓN DE SECRETOS. El miembro de la Fuerza Pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años.

Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

El secreto desde una perspectiva general es el conocimiento que se tiene sobre algo, o sobre una persona que debe permanecer en reserva y que por tanto, desde el punto de vista legal o moral, no puede ser difundido.

El profesor Pacheco Pulido en relación el secreto desde esa perspectiva general nos dice:

“ Debe entenderse por secreto¹, el conocimiento de situaciones que se tienen reservadas; reserva, arcano, sigilo, lo que se oculta, ya sea sobre uno mismo o respecto de otro, todo estos desde un punto de vista amplio y global.

Las relaciones múltiples humanas que surgen por razón del desarrollo cotidiano de la vida en sociedad generan la necesidad de que una persona

1 - SECRETO. TA. Adj. Oculto, ignorado, escondido y separado de la vista y del conocimiento de los demás\ callado, silencioso, reservado\ lo que se tiene reservado u oculto\ reserva, sigilo \ conocimiento particular que alguien posee de las propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en alguna ciencia, arte o industria\ escondrijo de algunos muebles\ misterio arcano\ SECRETO PROFESIONAL. Deber de los médicos, abogados, notarios, y otros miembros de ciertas profesiones tienen de no descubrir a tercera persona los hechos o relaciones que les han sido comunicados o han conocido en el ejercicio de su profesión. Sopena. Diccionario Ilustrado de la Lengua Española.

conozca o se allegue datos, información, documentos, circunstancias en general o en particular, que corresponden a otra persona, tanto en la actividad privada como en el servicio público.

Los derechos que corresponden a la persona en cuanto a “ sus secretos “ y que son conocidos por otro, deben permanecer en la esfera de la persona a quien se le confiaron bajo su responsabilidad; ya se le hayan confiado por disposición de la ley o por un contrato o a consecuencia de un convenio de prestación de servicios”².

El secreto profesional por el contrario, hace referencia al conocimiento que un profesional tiene respecto de una persona o de un asunto determinado, pero esa cognición la adquiere única y exclusivamente en relación con el ejercicio de su actividad profesional. Dentro de ésta especie de secretos se encuentran todos los profesionales que están adscritos a las ciencias de la salud, los abogados, los notarios, los contadores, los empleados bancarios y de entidades financieras, los funcionarios públicos en relación con determinados asuntos, los militares, etc.

En relación con el secreto profesional el Diccionario de Cabanellas nos enseña:

“ Secreto Profesional: Al servicio de valores fundamentales y de la seguridad colectiva, se proclama en principio la obligación de denunciar todos los hechos públicos. Sin embargo, un poco por reconocimiento de ciertos instintos y del ejercicio de determinadas actividades, que, de no encontrar cierto amparo, conducirían a violentar la convivencia y a fomentar argucias más nocivas, aún, el legislador reconoce esferas de reserva, incluso en perjuicio de la legalidad estricta.

1.- Lineamiento. Por secreto profesional se entiende la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad; como los sacerdotes, por confesión de los delincuentes; los abogados o defensores, por revelación de sus patrocinados; los militares, por estar en cierto establecimiento de la defensa nacional, en investigaciones o cargos que impiden toda manifestación.

2 - *El secreto en la vida jurídica*, Guillermo Pacheco Pulido, págs 1y 2, Editorial Porrúa. México, 1996.

2.- Fundamento. Las leyes en determinados casos, relevan a los profesionales, por razones fundadas en la forma de haber sabido los hechos, del deber de revelarlos, aun tratándose de una investigación judicial; y más aún, sancionan a quien descubre tales secretos. Se basa en que entonces se traicionaría al que hizo la revelación, motivado tan sólo por la necesidad y ante la confianza de que el depositario del secreto no lo revelaría sin su consentimiento o su ejemplo. Alcanza a abogados, notarios, médicos, confesores; pero en caso alguno a las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de los delitos, obligadas precisamente a dejar constancia del dicho o revelación, aunque momentáneamente no convenga la publicidad.

3.- Admisión Legal. Procesalmente, el favorecido por el secreto profesional está exento de declarar sobre los puntos que al caso se refieran; pero no en lo que sepa de esa persona por otras fuentes de información. A tal efecto, la Ley de Enj. Crim. Esp. Establece que: “No podrían ser obligados a declarar como testigos: 1º. Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueron revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. 2º. Los funcionarios públicos, tanto civiles como criminales, de cualquier clase que sea, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar; o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por sus superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida”. (art. 417).

4.- Proscripción. Están comprendidos en la obligación de denunciar, y de no efectuarlo incurrir en multa, si es que no cabe procesarlos por encubrimiento, los médicos, cirujanos y farmacéuticos que por razón de su profesión tengan noticia de algún delito público (art. 262 de la Ley de Enj. Crim. Esp.); sin perjuicio, por supuesto, de aquella asistencia que a los delincuentes heridos, por resistencia de la víctima o por persecución de la autoridad, deban prestarles por deber profesional³.

Mateo Goldstein en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, en relación con el Secreto Profesional nos enseña:

“**1.-** Su naturaleza y caracteres. Las leyes, en determinadas circunstancias, relevan a los profesionales, por razones fundadas en la forma de haber sabido

3 - *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Guillermo Cabanellas, Tomo VII, pág 309, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996.

los hechos, del deber de revelarlos, aun tratándose de una investigación judicial; y más aún, sancionan a quien descubre tales secretos. Se basa en que entonces se traicionaría al que hizo la revelación, movido tan sólo por la necesidad y ante la confianza de que el depositario del secreto no lo revelaría sin su consentimiento, o ejemplo. Alcanza a abogados, notarios, médicos, confesores; pero en caso alguno a las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de los delitos, obligadas precisamente a dejar constancia del dicho o revelación, aunque momentáneamente no convenga la publicidad.

La prohibición está castigada expresamente por diversas disposiciones de la ley penal, dirigida a reprimir a los que, ejerciendo secretos que por razón de ella se le confiesen en secreto; hállese entre éstas, especialmente sindicados por la ley, los abogados y procuradores que cometen el delito específico de prevaricato, cuando dan a conocer los secretos que su defendido o mandante les hubiera confiado. La sociedad no puede, en consecuencia, admitir a las personas indicadas, y a otras que la ley comprende, a declarar y si no obstante las restricciones lo hicieran, por ignorancia o mala fe de los encargados de recoger las declaraciones testimoniales, ella debe considerarse como no escrita, como no existente, como una hoja doblada del expediente.

Y lo que mencionamos del abogado y del procurador ha sido extendido por la legislación, al médico, al consultor jurídico, al sacerdote y los ministros de culto, tanto el de la iglesia católica como el representante de otros cultos admitidos por los Estados. Es análoga la situación, en materia de defensa, del militar encargado de la defensa de otros ante los tribunales militares.

La exención no se funda, anota Manzini, en la calidad social del profesional (abogado, etc.), sino en el hecho de haber recibido, en el ejercicio de su profesión, una confidencia determinada por una confianza necesaria, o cuasi necesaria o de haber llegado en otra forma a conocimiento de determinados hechos, por razón de su ejercicio profesional. La dispensa, por consiguiente, no se refiere a lo que el profesional pueda llegar a conocer independientemente de la asistencia profesional verdadera y propia.

Los tratadistas italianos del Derecho intermedio fundaban la prohibición de revelar el secreto confesional en argumentos diversos. “Pregunto por qué derecho está obligado el confesor a no revelar la confesión, manifiesta Carocius. Primero, por derecho natural: lo que queráis que os hagan los demás, hacédselo de igual modo a ellos... Segundo, por derecho divino se introdujo la confesión ... Y el sello de ella es la ocultación... Tercero, se prohíbe por

Derecho canónico... Cuarto, se prohíbe por Derecho civil, porque está sujeto a la acción de injurias, y por interés”.

Discute la doctrina si la exención de los Códigos procesales debe ser absoluta, en el sentido de que si el confidente revela al profesional, o al sacerdote, del deber de guardar secretos, queda éste en libertad para actuar conforme a su conciencia: los autores franceses más afamados están contestes en que desaparecida esta traba, no hay motivos para mantener el secreto, sobre todo so está en juego un alto interés social, el de esclarecer la verdad que se persigue. En este sentido se ha llegado a atenuar el rigor de la norma, al consagrar el principio casi indiscutible de que el secreto profesional ha de limitarse a los hechos que han sido confiados a la reserva de un tercero y se haya hecho con la garantía del secreto; y luego, que si quien ha depositado sus confidencias puede liberar al tercero de todo compromiso, al prestar consentimiento para sus revelaciones.

En cuanto a la serie numerosa de los miembros de profesiones sanitarias y artes auxiliares de las profesiones sanitarias (médicos, parteras, farmacéuticos, idóneos, enfermeros, etc., etc), se advierte por doquier una tendencia a morigerar los efectos del secreto profesional, y numerosos Códigos modernos facultan a estos profesionales a testimoniar libremente en justicia, o les ordenan denunciar los delitos que descubran en el ejercicio de su profesión o les obligan a poner en conocimiento de las autoridades los casos de ciertas enfermedades contagiosas. De este modo se ha ido morigerando la doctrina de los glosadores del Derecho canónico, que llegaron a sostener, con el nombrado Carocius: El confesor no puede revelar los cómplices después de la muerte del delincuente principal, ni a él mismo.⁴

En relación al secreto profesional médico, se lo define de la siguiente manera:

“ En el juramento Hipocrático se estipula:

“...Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos...”⁵

4 - Mateo Goldstein, en el “ Deber de abstención de testimoniar “ pág 692, Tomo V, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, E. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.

5 - “ Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré, teniéndolo por secreto “. Esta versión del juramento Hipocrático aparece en la obra “ *La intimidad y el secreto Médico* “, Carmen Sánchez Carazo. Ediciones Díaz Santos, pág 69. Madrid, 2000.

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.⁶

La declaración de Ginebra I, aprobada por la Asociación Médica Mundial, 1948, 1968 y 1983 contempla el secreto médico de la siguiente manera:

“ En el momento de ser admitido dentro de la profesión médica:

Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

...

Guardar y respetar los secretos a mí confiados, aún después que un paciente haya muerto;

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

En la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica aparece consagrado el derecho médico de la siguiente manera:

“**ARTÍCULO 37.** Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.

Se establece igualmente la reserva de la historia clínica, que no es otra cosa que una faceta del secreto médico, en cuanto al registro escrito que se hace de un tratamiento, intervención quirúrgica o prestación de servicios sanitarios que se hagan a una persona:

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

6 - *Derecho Médico Colombiano. Responsabilidad ética Médica Disciplinaria. Fernando Guzmán Mora, Md. Abogado, Eduardo Franco Delgadillo, abogado. Edgar Saavedra Rojas, abogado.,* pág 96. E. *Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2006.*

En el artículo 38 se consagran algunas de las excepciones al secreto médico al establecerse:

“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 y 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 totalmente incapaces;
- d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;
- e) A los interesados; cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

Ya habíamos afirmado que no existen derechos de carácter absoluto, y es por ello que el secreto profesional puede llegar a tener excepciones. Ese carácter no absoluto del secreto médico lo vislumbra el legislador, al definirlo en el artículo 37, estableciendo, que secreto médico es aquel que no es lícito ni ético revelar “sin justa causa” y es claro que existiendo justa causa es posible y lícito revelar ciertos secretos médicos. Y a continuación se consagran algunas de las excepciones del secreto médico consagradas legalmente.

En relación a la posibilidad de revelar secretos profesionales o médicos en concreto, debemos precisar que se presenta para quien tiene el secreto en su poder, una verdadera disyuntiva ética y legal, porque la realidad es que se contraponen o entran en tensión dos deberes, de un lado el deber de denunciar todos los hechos delictivos de que se tenga conocimiento, y de otro, el deber de guardar la reserva del secreto conocido por motivos profesionales.

Se podría afirmar a priori, que al ser el secreto profesional un deber constitucionalmente impuesto, prevalece sobre el deber de denunciar que es un deber determinado por el legislador. Y si bien lo anterior en principio es cierto, puesto que es claro que el deber de denunciar los hechos delictivos de que se tenga conocimiento son de carácter legal, lo cierto es que el mismo

se deriva del principio de solidaridad, consagrado en el artículo 1º de la Carta Política⁷, porque la convivencia dentro del conglomerado de la Nación, impone que todos los miembros de la colectividad, estén en disposición de ayudar a sus semejantes en aquellas circunstancias en que se encuentren en dificultades, particularmente cuando estén en peligro de ser vulnerados sus derechos fundamentales. La vigencia del principio de solidaridad lleva a que el Constituyente o el Legislador hayan impuesto la captura en flagrancia por cualquier ciudadano, sin que exista orden judicial previa⁸, que se haya consagrado el delito de omisión de socorro⁹, se haya impuesto el deber de denunciar los hechos delictivos de que se tenga conocimiento, y otras previsiones normas que devienen del principio de solidaridad y que terminan imponiendo a todos los ciudadanos el deber de ayuda en relación con sus conciudadanos, cumpliendo con éstos deberes cívicos que le imponen ayudar al desvalido y a toda persona que por cualquier motivo se encontrare en un determinado peligro, que ponga en riesgo alguno de sus derechos.

El deber de denunciar se encuentra establecido en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, al establecer:

“ **ARTÍCULO 67. DEBER DE DENUNCIAR.** Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

7 - *ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Lo destacado no lo es en el texto).*

8- *ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

9 - **ARTICULO 131. OMISION DE SOCORRO.** *Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.*

Quien incumpla este deber de denunciar incurre en el delito de omisión de denuncia de particular, previsto en el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, pero solo en relación con algunos de los delitos más graves al establecer:

“ARTICULO 441. OMISIÓN DE DENUNCIA DE PARTICULAR. Aparte tachado INEXEQUIBLE Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferro, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor ~~de doce (12) años~~, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.- *Aparte tachado del texto modificado por la Ley 1121 de 2006 declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-853-09 de 25 de noviembre de 2009, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.*

Esta tensión o contraposición de deberes ha sido resuelta por el legislador al relevar al personal sanitario del deber de guardar el sigilo profesional e imponerles el deber de denunciar determinados hechos, o ponerlos en conocimiento de determinadas personas. Así ha ocurrido con ciertas enfermedades infecto-contagiosas de conformidad con lo que se informa en obra ya citada:

“ Aunque el artículo 74 de la Constitución Política dispone la inviolabilidad del Secreto Profesional, existen limitaciones, especialmente en casos de algunas enfermedades infecto-contagiosas, en donde lo que más llama la atención es la contradicción misma de las normas sanitarias.

El Decreto 559 de Febrero 22 de 1991, que hace referencia a la Prevención, Control y Vigilancia de las Enfermedades Transmisibles, especialmente en lo relacionado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), obliga a NOTIFICAR a las autoridades tanto a los enfermos de SIDA como a los infectados por HIV, así sean sintomáticos, so pena de incurrir en el delito de violación de normas sanitarias consagrado en el Código Penal.

“...De conformidad con la Ley 09 de 1979 y el decreto 1562 de 1984, todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas del sector, están obligadas a notificar los casos de enfermos de SIDA y los de infectados por el HIV, so pena de ser sancionados de conformidad con las normas pertinentes y sin perjuicio de que puedan llegar a incurrir en el delito de violación de medidas sanitarias consagradas en el Código Penal. El procedimiento de notificación deberá garantizar la confidencialidad...”

Y el artículo 21:

“...La información epidemiológica en relación con la infección con el HIV es de carácter confidencial. El secreto profesional no podrá invocarse como impedimento para suministrar dicha información en los casos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias...”

Dice además el Artículo 33:

“ Por razones de carácter sanitario, cuando la persona tenga la condición de infectado asintomático, el médico tratante podrá informar de su estado de salud al cónyuge, compañero permanente o pareja sexual permanente, previo consentimiento informado para su respectivo estudio diagnóstico. Asimismo, cuando el médico considere pertinente se informara a las personas que están expuestas al riesgo, para que asuman las medidas de protección pertinentes “

Y el Artículo 34:

“ En cumplimiento del Artículo 18 de la Ley 23 de 1981, cuando la condición del paciente infectado por el HIV sea grave, por cualquier causa, o haya desarrollado el SIDA, el médico tiene la obligación de comunicar tal situación a sus familiares o allegados”

Artículo 32

“...Los integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar la confidencialidad de la consulta, diagnóstico y evolución de la enfermedad. De igual manera, se observara tal disposición con personas con conducta sexual de riesgo cuyo estado no sea seropositivo...”

Otros casos que merecen especial consideración son los referentes a estudios de investigación, (En donde debe guardarse celosamente el nombre de los pacientes) y algunos casos médico-legales.¹⁰

Por su importancia transcribimos en extenso la Sentencia C-264 del 13 de junio de 1996, con ponencia del H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, porque en ella se resolvió la demanda de presunta inconstitucionalidad formulada contra los artículos 37 y 38 de la Ley 23 de 1981, en los que nuestro Juez Constitucional hizo amplias consideraciones sobre el secreto profesional médico:

“ 5. La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el fundamento del secreto profesional, en los siguientes términos:

“La preservación del secreto profesional aparece como una necesidad urgente en las sociedades donde el grado de desarrollo y la complejidad de las relaciones interpersonales e intergrupales, determinan la prevalencia de la solidaridad orgánica (o por semejanza) sobre la solidaridad mecánica (o por parecido), en términos de Dürkheim[1], pues a medida que se acentúa la división social del trabajo, cada uno de los miembros del conglomerado, que ejerce un oficio específico - y sólo uno -, requiere más del aporte de los otros, para la satisfacción de sus necesidades más apremiantes. Esto por contraste con las sociedades embrionarias donde, en esencia, todos hacen lo mismo y desempeñan a la vez múltiples funciones.

Lo anterior significa que en una sociedad como la nuestra, la información confiada a determinados profesionales, que el propio ordenamiento señala, exige cada vez más protección en función de la confiabilidad que debe serle aneja.

La solidaridad de las personas que integran la comunidad en general y, específicamente, la República de Colombia, no sólo es un valor, que debe estar presente en el comportamiento de todas las personas residentes en el país, para viabilizar las relaciones de convivencia (“respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.” artículo 95, numeral 2 de la Carta), sino un hecho ineluctable, en la medida en que todo lo que afecta a un miembro de la comunidad, de algún modo repercute en los otros y termina afectando a la comunidad misma considerada como un todo.

10 - *Derecho Médico Colombiano. Responsabilidad ética Médica Disciplinaria. Fernando Guzmán Mora, Md. Abogado, Eduardo Franco Delgadillo, abogado. Edgar Saavedra Rojas, abogado.,* pág 97. E. *Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2006.*

Es esa solidaridad, en su doble proyección (hecho y valor), la que explica que se consagre en el artículo 15 de la Carta Política, la inviolabilidad de las comunicaciones, los documentos privados y la intimidad personal y familiar. Las relaciones que las personas establecen con el Ministro del culto religioso que profesan, con el abogado, con el médico y con otros profesionales, pertenecen al fuero íntimo, personal y familiar, protegido por el mandato del artículo referido.

En razón de las relaciones que las personas se ven precisadas a establecer con los profesionales enunciados en el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, éstos últimos se enteran de asuntos atinentes sólo al fuero íntimo de aquéllas; y es en función de esa especialísima condición, que la Constitución ordena, en su artículo 74, la guarda rigurosa del secreto profesional, así como la preservación del buen nombre (Artículo 15)[2], íntimamente vinculado a aquella, pues, como atinadamente anota Helmut Coing, “El individuo puede exigir que no se le espíe; hay que dejar en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles quiere mantener sólo en su conciencia”[3].

Con base en lo anterior, resulta conveniente sintetizar los aspectos que configuran el secreto profesional y profundizar sobre su alcance.

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 reducto 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 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 porqué 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 ésta última, a través de la faz común de la ciudadanía, la persona participa en condiciones de igualdad en los asuntos que revisten un interés intrínseco para la comunidad.

En la esfera social, el individuo traba toda suerte de relaciones con sus congéneres y allí satisface necesidades vitales de su propia existencia, tales como la educación, el trabajo etc. En este espacio, el sujeto es más o menos visible, dependiendo del grado de interpenetración con los otros y de la mayor o menor masificación de que sea objeto.

Sin embargo, la personalidad del individuo no se circunscribe a lo público o a lo social. Trasponiendo ése umbral, exigencias radicales del ser humano, obligan a considerar una esfera íntima y profunda donde la persona se recoge e intenta encontrarse consigo misma, lo cual libremente puede hacer con otros seres ante quienes voluntariamente decide abrir las compuertas de su yo o a través de sujetos calificados que obran como su alter ego (Vgr., el médico psiquiatra).

No podría darse vida privada, menos todavía evolucionar de manera fecunda generando un individuo diferenciado y singular, si el derecho no extendiese su protección a los lazos de confianza íntima que lo hacen posible y a la exclusividad y apartamiento provisorio de lo público, sin los cuales el individuo difícilmente podría encontrar la paz y el sosiego necesarios para retomar el dominio de su propio ser.

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 centrípeta 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.

6. La Corte examinará cada una de las hipótesis en las que la ley, autoriza al médico a revelar el contenido del secreto profesional.

6.1 Las revelaciones que el médico hace al paciente, no entrañan violación al secreto médico. El titular del derecho al secreto profesional es el paciente. Las informaciones que el médico suministra al paciente, permiten a éste conocer su realidad vital y sólo en estas condiciones podrá eventualmente dar su aprobación consciente a los tratamientos y terapias que indique el primero. La Corte ha sostenido que la relación médico-paciente no es de tipo autoritario o paternalista, sino de confianza y se rige por los principios de competencia científica del médico y de consentimiento informado del paciente.

Sobre este particular, la Corte ha expuesto la siguiente doctrina:

“La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla:

- 1) cuando el estado mental del paciente no es normal;
- 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y
- 3) cuando el paciente es menor de edad.

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

2. La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

3. En esta materia se presenta una dificultad adicional que consiste en saber bajo qué criterio general debe juzgarse la información, con el objeto de determinar, por ejemplo, hasta qué punto el médico está obligado a divulgar ciertos detalles que pueden causar perjuicio en el estado anímico y físico del paciente. Resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos posibles. La información que el médico debe transmitir al paciente es un elemento para ser considerado dentro de un conjunto de ingredientes que hacen parte de la relación médico-paciente[4].

Recientemente la Corte, insistió en la necesidad de contar con el consentimiento informado del paciente:

“Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

“Antonio V, Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de ‘informed consent’ en U.S.A. y de ‘consentement éclairé’ en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”[5].

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial[6].

De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado. En consecuencia, el literal a del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, será declarado exequible bajo el entendido de que en la relación médico-paciente la información a éste último es la regla y no la excepción.

6.2 El desvelamiento de la información cubierta bajo el manto del secreto profesional a los familiares del paciente, en caso de que ello sea útil para el tratamiento, sólo puede juzgarse correctamente si se distinguen varios supuestos.

Si el estado mental del paciente le permite ser consciente de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información, hacer caso omiso de su consentimiento, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico. No obstante que el descubrimiento de la reserva a los familiares, pueda resultar útil para los fines del tratamiento, el paciente que, bien puede rehusar por entero el tratamiento del mal que lo aqueja, con mayor razón podrá negarse a una modalidad del mismo que comporte el

conocimiento o la intervención de sus parientes próximos. La Corte, sobre este punto, ha expresado:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la libertad general, que en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico.

El derecho al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad, o de libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, ejercido dentro del marco del respeto de los derechos de los demás y el orden jurídico, es un derecho constitucional fundamental, pues no sólo así se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual hace parte del capítulo 1 del título II, denominado “De los derechos fundamentales”, sino que esa connotación le ha sido reconocida por esta Corporación, entre otras, en las providencias T-050 del 15 de febrero de 1993 y C-176 del 6 de mayo de 1993.

Tanto los peticionarios de la tutela, como el fallo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango Antioquia, desconocen el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, en cuanto coartan la libertad que posee María Libia Pérez Duque de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida (T-493 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell)”.

Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente - estado mental anormal, inconsciencia o minoridad -, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos.

Por consiguiente, la Corte declarará la exequibilidad del literal b de la Ley 23 de 1981, salvo en el caso de que el paciente esté en condiciones de tomar

por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares.

6.3 La entrega de información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, no quebranta el secreto profesional médico. La relación médico-paciente, desde el punto de vista jurídico no puede, en este caso, prescindir de los representantes legales del menor o del incapaz. El suministro de las informaciones médicas a los susodichos representantes legales, corresponde al cumplimiento del deber del médico de procurar un consentimiento ilustrado y no puede, por ende, considerarse en modo alguno violación al secreto profesional. De otro lado, las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso del menor y del incapaz enfermos, reclaman de la sociedad y de sus parientes próximos el mayor cuidado, y éste no puede darse si sus representantes legales no reciben información de parte del médico tratante. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del “impacto del tratamiento” sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y, al mismo tiempo, sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad (sentencia T- 477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero). En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del literal c del artículo 38 de la Ley 23 de 1981.

6.4 Las informaciones que se suministran a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley, pueden comportar violación al secreto profesional médico si se dan ciertos supuestos.

En principio, siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico, hubieren sido válidamente ordenadas por un Juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo. Esta situación, sin duda, es diferente de la que se presentaría a raíz de la declaración que eventualmente se le podría exigir al médico sobre hechos o circunstancias del paciente, conocidos en razón de su relación profesional, que podrían conducir a su incriminación. En este caso, la condición de “alter ego” que se predica del médico, impediría que por su conducto se llegare a dicho resultado y la prueba así practicada no podría tenerse en cuenta (C.P arts. 29 y 34).

Si se trata de un informe sanitario o epidemiológico, según lo exijan las circunstancias, no será posible, a riesgo de violar el secreto médico, que se

individualice al paciente. En verdad, para los fines generales de la policía de salud pública, resulta desproporcionado que en los registros, sin su autorización, figure el nombre del paciente y sus condiciones personales, máxime si se tiene en cuenta que de esa revelación podrían desprenderse discriminaciones y consecuencias prácticas indeseables. En fin, la única forma de no violar el secreto médico, en este contexto, es el de reportar la novedad, sin aludir al dato particularizado.

Con estas salvedades la primera frase del literal d del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 será declarada exequible. En relación con la frase “en los casos previstos por la ley”, la Corte se declarará inhibida, pues el demandante no indicó las normas legales a que ella se refiere y, en todo caso, es procedente resolver el punto cuando se eleven las respectivas demandas.

6.5 La apertura del secreto a los interesados, “cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia”, indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera. En estricto rigor, no puede afirmarse que la ley señale una condición bajo la cual resulta legítimo violar el secreto profesional. Simplemente, en la situación límite en que fatalmente debe decidirse por uno de los dos valores - confianza y vida -, se ha considerado que la preservación de la vida desplaza, en ese caso, a la conservación del secreto.

Debe tratarse, como lo advirtió en la sentencia C-411 de 1993, de una “situación extrema” en la que la no revelación del secreto tuviera objetivamente la virtualidad de sacrificar la vida del cónyuge o de su descendencia. En otras palabras, si la relación de causalidad de la que parte el médico es puramente conjetural, es evidente que sólo con el asentimiento del paciente podrá revelarse su dolencia y características a los interesados. Pero, si de manera cierta cabe formular la relación entre enfermedad y peligro para la vida del otro cónyuge y de su descendencia, y no existe otro medio idóneo para prevenir el fatal desenlace, distinto de la revelación de la información, se impone hacer prevalecer el derecho de los niños (descendencia) y del cónyuge (cuyo deceso afectaría a los niños en cuanto puede significar la extinción virtual de la familia), sobre el derecho del paciente a que sus datos personales se mantengan, no obstante el peligro existente, ocultos. La regla de solución de conflictos cuandoquiera que se arriba a una situación límite en la que se deba afrontar la disyuntiva de sacrificar la vida de los niños y un derecho tan caro a ellos como el de tener una familia y no ser separado de ésta, la ofrece la

misma Constitución Política: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (C.P. art., 44).

A los anteriores argumentos se agregan otros que también están llamados a obrar en una situación dilemática como la planteada. Si se hace caso omiso del derecho a la vida del cónyuge que se encuentra en una situación de objetivo peligro, en razón de que se decide favorecer el derecho al secreto radicado en cabeza del otro, se colocaría el derecho a la vida del cónyuge amenazado en un plano inferior al derecho a la vida del paciente y a los otros derechos de éste. Se desconocería que la relación familiar se basa “en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes” (C.P. arts. 42 y 43).

En todo caso, del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia consciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte. En realidad, aún respecto de los profesionales, naturalmente a partir de un umbral superior, tampoco son exigibles deberes excesivamente onerosos, es decir, aquéllos que “rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal” [en esta ocasión la Corte agrega: a un “profesional recto y diligente”] (sentencia C-563 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Con base en las consideraciones hechas, la Corte declarará la exequibilidad del literal e de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.

7. La frase demandada del artículo 37 de la Ley 23 de 1981, que reza “(...) salvo en los casos contemplados por disposiciones legales”, será declarada exequible sólo en relación con las hipótesis contempladas en el artículo 38 de la ley. En efecto, la Corte sin un examen detenido de cada caso previsto en una ley, para lo cual se requiere de la correspondiente demanda, no puede extender su aval a todos los eventos en los que se permita - por motivos que en este momento no es dado colegir - la revelación de informaciones cubiertas por el secreto profesional médico. Finalmente, la apelación a la prudencia que se hace en el primer inciso del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, no puede ser objeto de glosa constitucional. Los episodios que en el mismo artículo se enuncian, exigen del médico una actividad de ponderación y reflexión profundas sobre

las circunstancias concretas que rodean la decisión. En estas condiciones, es apenas razonable exigir un juicio prudente.

En aquellos casos donde no se tiene el auxilio del legislador, como en el caso que se acaba de destacar, es indispensable que el médico que se encuentre en esa disyuntiva, acuda al principio de proporcionalidad, principio constitucional que ha sido deducido por la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional. Es así como sostuvo:

“ 10. Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por exralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

“ El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

(...)

“ En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”. Sentencia C-417/09, 26 de junio de 2009. M. P. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

El principio de proporcionalidad en materia punitiva es de muy fácil comprensión, porque a cada persona que infrinja la ley penal, se le debe fijar la pena que corresponda proporcionalmente a la importancia del derecho vulnerado, lo que nos indica que a mayor trascendencia del derecho desconocido, vida, libertad, traición a la patria, evidentemente la pena señalada por el legislador y la posteriormente individualizada por el juez, debe ser tan intensa y grave, como la magnitud del derecho vulnerado; pero es claro que a menor trascendencia del derecho desconocido, necesariamente se impone la necesidad de discernir una pena menos intensa y menos grave que la dispuesta para los casos anteriores.

En la materia que nos interesa en el caso sub-judice, es claro que el principio general es que el secreto médico debe mantenerse incólume, pero aceptado que no es un derecho de carácter absoluto, y que la misma ley le ha consagrado excepciones, el médico debe sopesar razonadamente las consecuencias de vulnerar el secreto médico y las consecuencias de mantenerlo. Frente a estas dos hipótesis, si las consecuencias al guardar y respetar el secreto médico pueden llegar a ser muy graves, como sería el caso de la posterior consumación de graves hechos delictivos, o del contagio de otras personas por transmisión de grave enfermedad infecto contagiosa, es evidente que el médico queda relevado de su conservación y puede denunciar los hechos ante las autoridades, o avisar a las personas que puedan verse afectadas con el desconocimiento del secreto que el galeno les revela.

Dentro de una ejemplificación muy fácil, es claro, que si trata de un paciente patológico que ha cometido un grave delito y existiera la posibilidad de su reiteración, el médico debe revelar éste hecho para evitar la consumación de hechos delictivos muy graves. Sería un caso similar al del célebre Garavito, psicópata sexual que violó y asesinó a más de un centenar de niños.

O el caso de la persona que padece de una grave enfermedad contagiosa, surge el deber del médico de alertar a los miembros de la familia del paciente, para que se tomen las medidas preventivas que fueren necesarias para prevenir un probable contagio.

Pero pese a la existencia reconocida de algunas excepciones al secreto profesional médico, nunca debe olvidarse que la norma general es la de absoluto respeto por el secreto médico, porque es una realidad que si la comunidad en general, no pudiera tener la seguridad y certeza del sigilo de los médicos ante quienes acude en búsqueda de una solución a sus problemas de salud,

la consecuencia generalizada sería que los miembros de la comunidad serían reacios a acudir a los médicos, porque verían en ellos un verdadero peligro para el mantenimiento de la confidencialidad de los datos sobre su salud que debe revelarle al médico y del respeto de su intimidad, que sería desconocida y vulnerada al difundirse por parte del médico de los secretos conocidos en su calidad de médico tratante.

Lo anterior nos lleva a concluir que el ejercicio profesional médico solo es posible sobre la base del mantenimiento del secreto profesional, porque de no ser así, el paciente no acudiría en la búsqueda de ese apoyo y ayuda profesional, de la misma manera, que podría inducirlo a mentir al galeno sobre su verdadera sintomatología o en relación a las circunstancias en que pudo haber adquirido la patología; porque lo cierto es que cuando un ciudadano acude a la cita médica, lo hace porque tiene la certeza que en ese médico encontrará no solo a un profesional de medicina suficientemente entrenado, en el que puede confiar, porque no solo le puede dar una solución a sus quebrantos de salud, sino que estará ante un verdadero confesor, que en todas las circunstancias guardará el sigilo respecto de los secretos a él confesados y que encontrará en él un confidente, que con respeto lo ayudará a superar sus problemas y a alentarle psicológicamente para enfrentar la enfermedad con optimismo, a tener presencia de ánimo, para luchar y obtener finalmente la necesaria curación.

Este Tribunal Nacional discrepa respetuosa pero firmemente de la afirmación que el tribunal seccional hace, cuando escribe que “es entendible que en una situación como éstas (caso de aborto) los médicos consideren que pueden convertirse en cómplices de dicho acto, sin comprender que con la revelación de lo sucedido se viola la confianza que es indispensable para el éxito de la relación médico-paciente”; dada la obligación legal de enseñar ética médica en toda facultad de medicina, no puede entenderse que un profesional graduado sufra ese grado de ignorancia en algo tan delicado, en algo que sus profesores de ginecología y obstetricia tienen como trabajo diario y sin duda le enseñaron y explicaron con detalle. El secreto profesional no es, ciertamente, uno de los campos abstrusos de la medicina.

Así las cosas, no han lugar los argumentos del recurrente para tratar de configurar un error de prohibición por equivocada interpretación de la norma sobre secreto profesional; esta norma, en la ley 23 de 1981, está escrita con claridad meridiana, hasta el punto de señalar los casos en los cuales se acepta transgredir la prohibición, sin que en tales raros casos esté incluida la

información a las autoridades policiales; de otro lado, ni en su versión libre ni en sus descargos dijo el disciplinado haber tenido dudas sobre su obligación de guardar como secreto lo que la paciente le había confiado durante su interrogatorio médico, así como aquello de lo cual se enteró cuando ella le permitió examinarla; de su relato y del testimonio juramentado del patrullero de policía que recibió inicialmente el caso, se advierte por el contrario que el doctor G.S. en forma espontánea suministró toda la información y sus propias deducciones, además de entregar los objetos encontrados dentro de la cavidad vaginal de la persona atendida, como si nada hubiera que le planteara una conducta distinta.

Por ninguna parte aparece alguna de las causales aceptables para no guardar el secreto profesional. No medió antes de las espontáneas informaciones del disciplinado a la policía, orden ninguna de autoridad judicial; si el médico llegó a concluir que se había llevado a cabo un acto delictuoso, lo hizo con base únicamente en datos obtenidos en el marco de la confianza generada por la relación médico-paciente; cometido ya el acto considerado delictivo, dadas las características del mismo, la denuncia a las autoridades no tenía la virtualidad de evitarlo ni mucho menos la de evitar daños a terceras personas. El argumento del recurrente no está llamado a prosperar.

En cuanto a la tasación de la pena, es de recibo la reflexión del recurrente sobre la juventud y corta experiencia del médico disciplinado, así como la ausencia de antecedentes y su evidente voluntad de someterse al proceso ético-disciplinario. La suspensión en el ejercicio profesional es, sin duda, muy fuerte sanción aunque ella se decreta por lapso relativamente corto; pero considerando que el acto del doctor G.S. no puede quedar impune, este Tribunal Nacional procederá a disminuir la sanción para que produzca los efectos legales y sociales buscados, sin excederse en rigor que para el caso parece innecesario.

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO- Modificar, como en efecto modifica, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, dentro del proceso 2333, por la cual sancionó al doctor J.G.G.S. con la pena de suspensión en el ejercicio profesional por el lapso de cinco (5) meses, y en cambio imponer al doctor

J.G.G.S. la sanción de censura escrita y pública, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO TERCERO** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado-Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY Magistrado, FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Santafé de Bogotá D. C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALA PLENA SESION No. 261 DEL TRECE (13) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993). DISCUTIDA Y APROBADA EN SESION No. 262 DEL VEINTE (20) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993).

REF.: Proceso del Tribunal de Etica Médica de Antioquia
Contra: Dr. A.S.Q

Magistrado Ponente: doctor Miguel Otero Cadena
Providencia No. 05-1993

VISTOS

Procede esta colegiatura a decidir el recurso de apelación interpuesto por el doctor A.S.Q., a través de su defensor, contra la decisión fechada el 4 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal de Etica Médica de Antioquia, por medio de la cual se le condenó por infracción a varias disposiciones de la ley 23 de 1981, por haber atentado contra la vida humana, haber expuesto a su paciente a riesgos injustificados y no haber elaborado las pertinentes historias clínicas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos se traducen en que el día 13 de agosto de 1986 concurrió al consultorio del médico implicado la señorita G.P.E.G., con el aparente propósito de que se le efectuara un aborto, no encontrándose embarazada, y con la real finalidad de demostrar ante las autoridades que el citado médico practicaba tales comportamientos.

El doctor O. le manifestó que la intervención tendría un costo de \$40.000.00, que ella canceló, le pidió que se desnudara de la cintura para abajo y, al parecer, le colocó un tapón, le aplicó una inyección y le ordenó regresar el día siguiente a las cinco y media de la mañana para practicarle el aborto, orden que obedeció, presentándose acompañada de cuatro agentes del Departamento de Orden Ciudadano.

Al ingresar las personas mencionadas al consultorio-residencia del galeno, encontraron a la señorita S.R.S., quien manifestó que estaba allí desde la cinco a.m., pues presentaba una severa hemorragia por la menstruación y esperaba ser atendida por el doctor O.; y a la empleada del servicio doméstico L.M.B.

Mientras los agentes interrogaban tales personas el doctor O. huyó por el balcón.

Poco después hicieron su aparición en el consultorio R.C.M., amiga personal del médico, y L.M.B.M. quien declaró ante el Departamento de Orden Ciudadano y las autoridades judiciales que había concurrido a que le practicaran un aborto, que había ido la víspera y le había pagado al doctor O. \$40.000.00, el cual la había examinado y colocado un aparato, mandándola regresar al otro día de seis a seis y treinta de la mañana, cuando se encontró con los agentes.

Sometida doña L.M.O. al correspondiente examen médico legal se estableció que en introito vaginal tenía un tapón de algodón “que al retirarlo muestra en su superficie sangre y material purulento; además se visualiza material vegetal que al colocar el espejo vaginal se ve parcialmente introducido en el canal endocervical y se retira; su aspecto es el de un tallo vegetal. El material extraño extraído de la cavidad, que se anexa, es prueba incontrovertible de maniobras que pretenden producir un aborto”. (fol. 29 y vto).

No sobra advertir que pocos días después de ocurridos estos hechos, tres de los agentes que intervinieron en el procedimiento contra el doctor O. fueron privados de la libertad sindicados de los delitos de concusión, abuso de autoridad y violación de domicilio y lugar de trabajo, porque actuando en compañía de J.M.G y P.E.G, llegaron a comprometer a varios médicos de Medellín.

2. El doctor O. y su paciente L.M.B.M. fueron condenados por el Juzgado 6 Superior de Medellín, en decisión confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Antioquia, por tentativa de aborto, a siete meses de prisión y al doctor, además a la suspensión en el ejercicio de la medicina por un mes.

3. La copia de las diligencias enviadas por el Juzgado 6 Superior de Medellín y que dieron lugar a la presente actuación, fueron recibidas por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia el 12 de junio de 1989, habiéndose iniciado el proceso ético el 29 de julio del mismo año. (fol. 1vto y 11).

4. El informe de conclusiones fue presentado el 9 de marzo de 1990 y el pliego de cargos se profirió el 15 de agosto de 1991, habiendo quedado ejecutoriado el 21 de noviembre de ese año, según constancia secretarial (fol. 106, 112 y 148).

CONSIDERANDOS

Para resolver se considera:

Ante todo, es preciso establecer su el Estado, a través de los Tribunales de Ética Médica, aún conserva su facultad para adelantar el proceso ético disciplinario e imponer la pertinente sanción o si tal potestad ya se le extinguió por el transcurso del tiempo.

Según aparece, los hechos tuvieron ocurrencia el 13 de agosto de 1986, por lo que la acción disciplinaria quedaba prescrita el 13 de agosto de 1991, termino que, aplicando por integración las normas pertinentes del Código Penal y de Procedimiento Penal. es de cinco años y que solo se podía interrumpir por la ejecutoria del pliego de cargos la que solo se cumplió el 21 de noviembre de 1991, es decir, tres meses después de haberse vencido el término prescriptivo.

Conforme al artículo 82 de la ley 23 de 1981, en lo no previsto en dicha Ley, se aplicarán las normas pertinentes del código de Procedimiento Penal.

Según el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, la acción penal se extingue en los casos previstos en el Código Penal.

De acuerdo con el artículo 80 de l Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad y cuando no lo fuese prescribirá en cinco años”, lo que indica que la acción ético disciplinaria prescribe en tal término.

Conforme al artículo 84, ibídem, la prescripción de la acción se interrumpe con la ejecutoria del pliego de cargos.

Aplicando las anteriores disposiciones tenemos que concluir, necesariamente, que si los hechos juzgado acaecieron el 13 de agosto de 1986 la prescripción se cumplió el 13 de agosto de 1991 y solo podía ser interrumpida por la ejecutoria del pliego de cargos, la que solo vino atener lugar el 21 de noviembre de ese año, esto es, tres mese después de que el Estado había perdido la potestad para adelantar el proceso ético disciplinario.

No compartimos el concepto del Tribunal de Antioquia en el sentido de que la ejecutoria del auto de proceder o pliego de cargos proferido por la justicia ordinaria, y que quedó ejecutoriado el 30 de junio de 1988, interrumpió la prescripción de la acción disciplinaria, pues las acciones penales entre si, y con mayor razón con relación a la disciplinaria, son totalmente autónomas en cuanto a la duración del término prescriptivo.

Para corroborarlo basta leer el artículo 85 del Código Penal, conforme al cual “cuando fuere varios los hechos juzgados en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos”.

Si la prescripción de las acciones es independiente cuando se trata de delitos juzgados en un solo proceso, con mayor razón cuando son acciones distintas que generan proceso de diferentes naturaleza, como son el penal y el ético.

De lo anterior se colige que desde el 13 de agosto de 1991 de extinguir para la justicia ética la facultada de adelantar el proceso y que lo único procedente es disponer la cesación del mismo.

No queremos pasar inadvertido que hubo excesiva demora en la calificación del informativo, pues si el galeno ya había sido sancionado por la justicia ordinaria y el proceso estaba prácticamente instruido, no se justificaba la tardanza, máxime si se tiene en cuenta no solo la gravedad de los cargos imputados si no también que entre el informe de conclusiones (marzo de 1990) y la calificación del informativo (agosto de 1991), transcurrieron diecisiete meses que hicieron posible la extinción de la acción disciplinaria en perjuicio de la pronta y eficaz administración de la justicia ética.

POR MÉRITO DE LO EXPUESTO EN EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDIA EN USOS DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES

RESUELVE:

PRIMERO ÚNICO: Decretar la cesación del proceso seguido en contra del doctor A.O.Q., por haberse cumplido el fenómeno de la prescripción de la acción ético disciplinaria. COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Fdo. FERNANDO SÁNCHEZ TORRES, Magistrado Presidente; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado Ponente; JAIME CASASBUENAS AYALA, Magistrado; ERNESTO ANDRADE VALDERRAMA, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaria.

Bogotá, septiembre veintiséis (26) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA - SESIÓN No. 889 DEL VEINTISÉIS (26) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: proceso no.505 del tribunal de ética médica de risaralda y quindío

Denunciante: Señora C.H.E.

Denunciados: Doctores F.J.O.G, L.M.P. y J.C.G.

Magistrado Ponente: Miguel Otero Cadena

Providencia No.47-2006

ASUNTO

Apelación presentada por la Doctora A.L.G.deH. contra la providencia del Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío del 27 de junio de 2006, mediante la cual resolvió: Declarar que no existe mérito para abrir proceso ético disciplinario a los doctores F.J.O.G, L.M.P. y J.C.G..

HECHOS:

La señora C.H.E. presentó ante la Personería Delegada para los Derechos Humanos de Pereira el día 24 de junio de 2005 DERECHO DE PETICIÓN para solicitar la intervención de la Procuraduría ante la “COMISIÓN DE ÉTICA MÉDICA DE RISARALDA” con el fin de que se investigue situación presentada en la Clínica los ROSALES” por la atención médica que le brindaron del 13 al 16 de junio de 2005; la Personería dio traslado al Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío.

La señora C. H. quien presentaba un embarazo de aproximadamente 19 semanas y que según lo manifestó era de alto riesgo, consultó el día 13 de junio de 2005 al servicio de urgencias de la CLÍNICA LOS ROSALES por presentar contracciones, fue atendida por los médicos de turno doctores J.C.G. y F.O quienes solicitaron los exámenes paraclínicos, la dejaron en observación por vivir en zona rural y con el fin de practicar una ecografía transvaginal. En la mañana siguiente en la evolución realizada por el doctor O. le manifiesta que luego de la ecografía se dará salida, con los resultados obtenidos la doctora L. P. le manifiesta “que me baje de la camilla que me va a despachar, yo le digo que las contracciones se siguen presentando no muy fuertes pero que aún se siguen presentando, ella dice que eso no es nada, que pasé una noche bien, que mi bebe está en perfectas condiciones, que la ecografía salió normal, que no tengo, que porque quedarme, que me puedo ir, le digo que vivo en zona rural pero no lo toma en cuenta y lo escribe en la epicrisis.”

Según declaro la señora H. en su casa continuó con contracciones que se fueron incrementando de intensidad acompañándose de sensación de pujo que determino que en la noche la llevaran al servicio de urgencias de la Clínica Los Rosales, ingreso el día 15 de junio de 2005 a las 22:36:53 y es atendida a las 22:53:57 por el doctor G. quien consigna en la historia clínica:

“PACIENTE CON CUADRO DE 4 DÍAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN DOLOR ABDOMINAL TIPO SORDO EN HEMIABDOMEN INFERIOR, PACIENTE QUIEN CONSULTO POR URGENCIAS SE DEJO EN OBSERVACIÓN SIN EVIDENCIAR ACTIVIDAD UTERINA O CAMBIOS CERVICALES POR LO CUAL SE DIO SALIDA, HOY PRESENTA DESDE HACE 3 HORAS DOLOR ABDOMINAL TIPO CONTRACCIÓN UTERINA Y PUJO, SENSACIÓN DE MASA EN VAGINA POR LO CUAL CONSULTA, AL INGRESO A URGENCIAS HAY EXPULSIÓN DE PARTES FETALES POR EL CANAL VAGINAL Y SANGRADO MODERADO...

EXAMEN FÍSICO

CUELLO NORMAL. CARDÍACO: RÍTMICOS SIN SOPLOS, PULMONAR BIEN VENTILADOS, ABDOMEN DOLOR A LA PALPACIÓN DE HIPOGASTRIO. GENITOURINARIO: HAY RESTOS FETALES EN CANAL VAGINAL SANGRADO ESCASO..EXTREMIDADES: NORMAL. SISTEMA NERVIOSO CENTRAL; NORMAL”

La señora H. se quejó por la forma fría como la atendieron, por no haber intentado salvar el hijo y por la forma como la enfermera de turno dispuso del feto y sin tener en cuenta su deseo de conservarlo para darle sepultura, lo envió supuestamente a estudio.

Dentro de la averiguación preliminar el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío, citó a ratificar bajo juramento a la Señora C.H.E. la queja presentada. El Tribunal escuchó a los médicos que atendieron a la paciente en la Clínica los Rosales y revisó la historia clínica correspondiente.

El Magistrado Instructor Dr. Juan Diego Villegas Echeverri en su análisis de conclusiones presenta una revisión del tema del aborto espontáneo acompañada de adecuada y actualizada Bibliografía. Posteriormente analiza la historia clínica de la paciente con sus antecedentes y las recomendaciones previas que había recibido en relación a la hipertensión arterial que sufría y los medicamentos ordenados, así mismo analiza en forma completa la actuación de cada uno de los profesionales médicos endilgados, concluyendo que actuaron de acuerdo con las normas y conocimientos médicos actuales. Con respecto a la actuación de la Enfermera es claro el Magistrado en señalar que su actuación esta fuera de la competencia del Tribunal.

EL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE RISARALDA Y QUINDÍO en SALA PLENA sesión 019 del 27 de junio de 2006 resolvió:

“Artículo Primero: Declarar que no existe mérito para abrir proceso ético disciplinario a los doctores: F.J.O.G, L.M.P. y J.C.G..

Artículo Segundo Compulsar copia de la Presente Resolución a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su competencia.”

Con fecha 25 de julio de 2006 el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío recibió en documento sin fecha poder de la señora H. a la doctora A. L. G. de Herrera quien presenta recurso de reposición y en subsidio de apelación al auto del 27 de junio de 2006 del tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío.

El recurso de reposición luego del análisis pertinente el tribunal seccional no lo otorga y en subsidio concede la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

CONSIDERACIONES

La señora C.H.E. presentó un aborto espontáneo el día 15 de junio de 2005, consultó inicialmente a la Clínica Los Rosales de Pereira el día 13 de junio de 2005 donde fue valorada y estudiada por los médicos de turno quienes por distintas consideraciones incluyendo que la paciente vivía en zona rural la dejaron en observación hasta el día 14 y luego de una ecografía considerando que no existían alteraciones morfológicas o placentarias dan salida a la paciente, el día 15 consultó de nuevo a la institución en las horas de la noche según la historia clínica con diagnóstico de “ABORTO ESPONTANEO INCOMPLETO SIN COMPLICACIONES”.

La paciente expulsa la placenta espontáneamente y ante una evolución satisfactoria se suspende la realización de un legrado y dan salida el día 16 de junio.

La investigación se realizó por parte del Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío dentro de los términos establecidos por la Ley 23 de 1981, escucho las declaraciones de los médicos implicados, reviso la Historia Clínica de la paciente, no investigó a la enfermera relacionada por la quejosa por no ser de su competencia y no habiendo encontrado dudas en la actuación de los médicos que atendieron a la señora H. en Sala Plena del 27 de Junio de 2006 profirieron auto inhibitorio.

La Doctora A. L. G. de H. en la sustentación de la apelación hace referencia a la violación de los “principios fundamentales de la Ley 100/94 como son la integralidad, universalidad, eficiencia y eficacia de la atención médica de la paciente.”

Debemos manifestar que la Ley por la cual se creo el sistema de seguridad social integral y se dictaron otras disposiciones es la Ley 100 de 1993 y no la Ley 100/94, el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío actuó y dictó la respectiva resolución de acuerdo a los preceptos de la Ley 23 de 1981.

La Doctora G. tilda a los profesionales de faltar a la verdad al ser desmentido por la paciente la suspensión de la realización el legrado por parte del Doctor A.P. situación no solamente sustentada en las declaraciones de los médicos que atendieron la paciente sino respaldada en la historia clínica y por la evidencia que ese legrado no se requirió por ser un aborto espontáneo con expulsión de la placenta y sin hemorragia.

EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA dadas las anteriores consideraciones:

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR el auto inhibitorio proferido por el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío del 27 de junio de 2006 al declarar que no existe mérito para abrir proceso ético disciplinario a los doctores F.J.O.G., L.M.P., y J.C.G. **ARTICULO SEGUNDO.** Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente (E.); MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, octubre diecisiete (17) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA - SESIÓN No. 891 DEL DIECISIETE (17) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: Proceso No. 810 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Contra la doctora P.A.H.M.
Denunciante: señora A.M.A.D.

Magistrado Ponente: Miguel Otero Cadena.
Providencia No.52-2006

Asunto

El Tribunal Nacional de Ética Médica recibió el día 14 de Septiembre de 2006 el oficio fechado el 12 del mismo mes remitiendo el cuaderno copia de la investigación ético disciplinaria No. 810 contra la doctora P.A.H.M., el cual consta de tres cuadernos que contienen 95, 1 y 5 folios, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales.

El Tribunal Nacional designó mediante sorteo para su estudio al Magistrado Dr. Miguel Otero Cadena en Sala Plena del día 26 de septiembre de 2006.

Hechos

El 10 de diciembre de 2003 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia aceptó la denuncia presentada por la señora A.M.A.D. ante la personería Municipal de Itagüi por la atención médica recibida en la Clínica Antioquia durante los días 15 y 17 de noviembre de 2003 y designó al Magistrado doctor ANTONIO VÉLEZ ZAPATA, como Miembro Instructor.

La Señora A.M.A.D. según manifestó en la declaración juramentada ante la Personería Municipal de Itagüí que el día 15 de noviembre de 2003 asistió al servicio de urgencias de la Clínica Antioquia entre la 7 y 8 de la noche y la médica que se encontraba en “clasificación”, le manifestó que debía solicitar cita por consulta externa.

El lunes 17 de noviembre (festivo) presentó un aborto espontáneo en la casa y por este motivo fue a urgencias de la Clínica Antioquia y según la declaración “entré, me clasificaron, después me llamaron y me examinó una médica y me dijo que era un aborto, que tenía casi los tres meses, no me quiso hacer un curetage por que había comido muy tarde y que fuera de eso me valía \$ 50.000, que volviera el martes en ayunas y que llevara \$ 50.000, **PREGUNTADA.** Sabe el nombre de la médica que le dijo el 15 de noviembre de 2003 que pidiera cita por consulta externa y de la médica que la trató el 17 de noviembre de 2003. **CONTESTÓ.** No se los nombres de ella, eran dos médicas.

El día 17 de febrero de 2004 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia solicitó a la Clínica Antioquia la historia clínica de la señora A.y la recibió el 1 de marzo de 2004.

El día 20 de abril de 2004 solicitó a la Clínica Antioquia la lista de los médicos que estaban de turno en urgencias el 15 de noviembre de 2003 y la recibió el 19 de mayo de 2005. (**Un año un mes después**).

El día 27 de febrero de 2006 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia escuchó en declaración a la doctora P.A.H.M. (quien es la única médica que figura en la lista de turnos del 15 de noviembre de 2003, enviada por la Clínica Antioquia).

La doctora H. manifiesta no recordar haber atendido la paciente A., pero si haber estado de turno en esa fecha y relata el procedimiento seguido en ese servicio: “todo paciente que ingresa al servicio de urgencias de la clínica Antioquia requiriendo atención se le realiza una reseña médica, inicialmente al paciente se le hace un proceso de clasificación en el cual se deja reseña en un libro en el cual se escribe el motivo de la consulta y los datos principales sobre el examen físico del paciente, posterior a esto se define por parte del médico si el paciente es atendido en el servicio o si debe desplazarse o pedir cita en su correspondiente centro asignado por la EPS.

PREGUNTADA: Pudo usted constatar que ese registro quedó consignado en dicho libro para el caso de la señora A.M.A.. **CONTESTÓ:** No me fue posible

constatar dicha información, pues al dirigirme a la Gerencia de la Clínica Antioquia para solicitar copia del libro de clasificaciones recibí carta en respuesta afirmando que no habían podido encontrar los libros, pues el archivo estaba sometido a un cambio de locación y aportó la carta que me enviaron.”

El día 28 de febrero de 2006 el Tribunal solicita a la Clínica el envío del libro de Registro de Clasificación (Triage), correspondiente al día 15 de noviembre de 2003.

El 10 de Marzo el apoderado de la doctora H. solicitó al Tribunal la práctica de pruebas testimoniales sobre la investigación. Solicitud que es resuelta por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia el día 24 de abril de 2006 ordenando dos declaraciones y negando otros dos testimonios; ante esta situación el abogado de la doctora H.M. interpone el 10 de mayo, los recursos de Reposición y en subsidio de Apelación.

El 5 de julio de 2006 ante el Tribunal de Ética Médica de Antioquia rinde declaración Juramentada el Dr. J. C. E. V. quien ocupa el cargo de Director de la Clínica Antioquia, en su declaración expresa que no puede corroborar que la doctora H. haya realizado el turno del 15 de noviembre de 2003, que el no verificó la lista de profesionales que recibió el tribunal, que la historia clínica de la paciente no se perdió, lo que está extraviado es el registro de las clasificaciones.

El 17 de julio de 2006 El Tribunal procede a desatar los recursos de reposición y apelación y resuelve: NO REPONER LA PROVIDENCIA RECURRIDA Y CONCEDER EL RECURSO DE APELACIÓN.

El 19 de julio de 2006 el doctor J. P. T. presenta declaración juramentada ante el Tribunal como testigo solicitado por la doctora H.

El doctor T. a solicitud del Tribunal explica en que consiste la Clasificación realizada en el servicio de urgencias, la forma como se establecen los turnos y los mecanismos o forma en que se hacen cambios en los turnos fijados y considera que la forma de verificar quien atendió un paciente es revisando los RIPS que cada médico diligencia con los pacientes que atiende. Expresa el doctor Tamayo su concepto sobre las altas calidades humanas, personales y profesionales de la doctora H.

Con fecha del mismo día 19 de julio de 2006 en el folio No. 68 se encuentra la providencia que decreta la apertura de investigación disciplinaria **FORMAL** ético profesional a la doctora P.A.H.M. porque “no realizó historia clínica conforme lo indica la Ley 23/81 y la resolución 1995/99 del ministerio de Salud.”

El 26 de julio de 2006 la doctora B. E. B. S. presenta declaración juramentada ante el Tribunal, como testigo solicitado por la doctora H. y quien atendió la paciente el día 17 de noviembre de 2003. La doctora Botero explica la forma como atendió a la paciente y al ser interrogada en relación a la consulta previa informa que debe estar consignada en el registro de clasificación y da su opinión sobre este acto. A solicitud del Tribunal refiere los sistemas de turno, la notificación de los mismos y las diferentes maneras de cambio y sobre los turnos adicionales o de refuerzo.

Este mismo día en derecho de petición el Tribunal le solicita al Director de la Clínica el envío de los RIPS correspondientes al 15 de noviembre de 2003 con un plazo de 15 días.

El 3 de agosto el apoderado de la doctora H. presenta al Tribunal una ampliación de la Apelación solicitando se decrete el testimonio del doctor V. E. Z., Gerente de la Clínica Antioquia y que por lo tanto estaría en capacidad de informar sobre los procesos de clasificación y registro de los pacientes que consultan al servicio de urgencias y confirmar lo relacionado en comunicación firmada por él a la doctora H. y que reposa en el expediente al folio 32.

El día 8 de agosto de 2006 la doctora P.A.H.M. rindió declaración ante el Tribunal y solicita sean llamadas a declarar tres miembros del personal de enfermería que trabajaron con ella durante 6 años y medio en la Clínica y solicitar la respuesta oficial a la Clínica Antioquia sobre el manejo de la información.

El 14 de agosto el Tribunal consideró que ya existen declaraciones respecto a las calidades de la doctora H. y también que habiéndose solicitado previamente la información a la Clínica se da por satisfecha la solicitud de la doctora H..

El día 12 de septiembre procede el Tribunal de Ética Médica de Antioquia a dar curso a la apelación aprobada por ellos el 17 de julio de 2006.

CONSIDERACIONES

Se ha realizado un resumen cronológico del proceso adelantado por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia en relación a una queja presentada por la señora A.M.A.D. ante la PERSONERÍA MUNICIPAL DE ITAGÜÍ, que no fue posible ampliar en el Tribunal porque la señora no se presentó a declarar. Existen una serie de dilaciones unas justificadas por dificultades del apoderado de la doctora H. y otras injustificadas como la demora de un año y un mes de parte de la Clínica en suministrar la lista de los médicos de turno correspondiente al día 15 de noviembre de 2006 y firmada por la secretaria del Director sin la corroboración del mismo, las informaciones solicitadas a la Clínica con derecho de petición con fecha 28 de febrero de 2006 para el envío del libro de Registro de Clasificación y del 26 de julio con respecto a los RIPS que aún no reposan en el expediente. La demora en remitir una Apelación aprobada el 17 de julio hasta el 12 de septiembre.

Es importante definir el tema de la clasificación que se realiza en los servicios de urgencia del país que se ha impuesto por parte de las EPS, que no reconocen pago alguno por este trabajo difícil de realizar, a las IPS, ni a los profesionales de la salud, se dice, profesionales porque en algunas IPS lo realiza personal de enfermería. Es valido el cuestionamiento si se debe realizar o no una historia clínica o sólo registrar la clasificación.

Causa perplejidad a esta Corporación que pruebas solicitadas desde el 10 de marzo, solo hayan sido negadas el 24 de abril y que recursos de reposición y apelación, interpuestos oportunamente contra esa providencia el 10 de mayo de 2006, solo se haya resuelto la reposición de manera negativa el 17 de julio, concediéndose en la misma fecha el de alzada, y solo se haya ordenado la remisión del expediente a la segunda instancia el 12 de septiembre, cuatro meses después de su interposición.-

Obsérvese que entre el momento de la solicitud, 10 de marzo de 2006 y la fecha del oficio por medio del cual se remite el expediente, 12 de septiembre, transcurrieron seis meses, tiempo excesivo para un trámite de esta naturaleza que es prioritario, puesto que el derecho a la defensa y sus correspondientes derechos de probar y de contradicción probatoria no pueden tener obstáculos temporales de tanta dimensión, porque el ciudadano sometido a proceso sobre las consecuencias adversas de las moras excesivas e injustificadas de los funcionarios, que le ocasionan perjuicios notables, no solo en su vida personal y familiar, sino también en el ámbito profesional.

El derecho a la defensa se ejerce a cabalidad fundamentalmente a través de los derechos de probar y de contradicción. Son derechos tan inescindiblemente unidos, que la doctrina tanto nacional, como la universal han sostenido su identidad, pues es una realidad, que si no se permite el ejercicio de tales derechos, la garantía de defensa, constitucionalmente establecido a favor de toda persona acusada de un determinado hecho que tiene reproche legal, se esta negando de un solo tajo.-

Estima la Sala que las pruebas denegadas eran pertinentes y conducentes, puesto que es una realidad que el testimonio del Dr. Vicente Eduardo Zúñiga Ramírez en su condición de Director de la Clínica donde sucedieron los hechos, podría aportar informaciones muy importantes respecto de los hechos que son motivo de investigación, sobre todo en lo relacionado con el funcionamiento de urgencias y el sistema de clasificación.-

Igualmente considera la Sala que el testimonio de Lina María Arrubla es pertinente y conducente porque siendo médica de urgencias de la Clínica donde sucedieron los hechos que son motivo de investigación, puede aportar muchos datos que pueden ser trascendentes para la investigación.-.

Estos testimonios son particularmente válidos para que den una explicación sobre la razón de ser de la clasificación de los pacientes que llegan a urgencias, como se hace y si tal aspecto regularmente debe aparecer en la historia clínica, o se trata de un asunto meramente administrativo de la clínica, que por tanto no tiene por que aparece en la misma.

En las circunstancias precedentes, se revocará la decisión objeto del recurso, y en su lugar se ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa.-

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar la providencia del 14 de agosto del 2006 dentro del proceso No.810 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, contra la doctora P.A.H.M. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Decretar las pruebas solicitadas por la apoderada de la doctora P.A.H.M. **Artículo Tercero.-** Devolver el expediente al tribunal de origen, para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diciembre cinco (05) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA - SESIÓN No. 897 DEL CINCO (05) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: Proceso No. 810 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Contra la doctora P.A.H.M.
Denunciante: señora A.M.A.D.

Magistrado Ponente: Miguel Otero Cadena.
Providencia No.68-2006

VISTOS.

Por providencia del 24 de abril de 2006, el Tribunal de Ética Médica de Antioquia negó la práctica de las declaraciones solicitadas por la defensa, en relación con los testimonios de V.E.Z.R. y L.M.A., en el proceso adelantado contra la Dra. P.A.H.M.-

El defensor de la disciplinada interpuso los recursos de reposición y apelación contra la anterior decisión.-

Por providencia del 17 de julio de 2006, el Tribunal no repuso la decisión impugnada y en su lugar concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.-

La Corporación de primera instancia concedió el recurso interpuesto y sustentado el 12 de septiembre de 2006.-

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS:

Esta apelación ya fue tramitada por esta Corporación y se hicieron las consideraciones pertinentes en relación con la providencia motivo de impugnación, pero por un error involuntario en la parte resolutive en lugar de hacer mención a la providencia que había sido motivo de impugnación y sobre la que se hicieron las motivaciones en la decisión de segunda instancia, se hizo mención a otra providencia diferente a la que se había tratado en la decisión de revocatoria.-

Es perfectamente evidente que la providencia de segunda instancia se refiere con absoluta claridad a la decisión del 24 de abril y sin necesidad de hacer grandes esfuerzos intelectuales se observa que se trata de un lapsus en el momento de redactar la parte resolutive de la sentencia, en la que sin mencionar la providencia que es revocada, se hace alusión equivocadamente a otra decisión.-

En tales condiciones se reiterarán las mismas consideraciones que ya se hicieron en nuestra providencia del 17 de octubre de 2006, pero en la parte resolutive se debe revocar es la decisión del 24 de abril del año en curso.-

En nuestra providencia anterior se hicieron las siguientes consideraciones:

“...El 10 de diciembre de 2003 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia aceptó la denuncia presentada por la señora A.M.A.D. ante la personería Municipal de Itagüí por la atención médica recibida en la Clínica Antioquia durante los días 15 y 17 de noviembre de 2003 y designó al Magistrado doctor ANTONIO VÉLEZ ZAPATA, como Miembro Instructor.

La Señora A.M.A.D. según manifestó en la declaración juramentada ante la Personería Municipal de Itagüí que el día 15 de noviembre de 2003 asistió al servicio de urgencias de la Clínica Antioquia entre la 7 y 8 de la noche y la médica que se encontraba en “clasificación”, le manifestó que debía solicitar cita por consulta externa. El lunes 17 de noviembre (festivo) presentó un aborto espontáneo en la casa y por este motivo fue a urgencias de la Clínica Antioquia y según la declaración “entré, me clasificaron, después me llamaron y me examinó una médica y me dijo que era un aborto, que tenía casi los tres meses, no me quiso hacer un curetage por que había comido muy tarde y que fuera de eso me valía \$ 50.000, que volviera el martes en ayunas y que llevara \$ 50.000, PREGUNTADA. Sabe el nombre de la médica que le dijo el 15 de

noviembre de 2003 que pidiera cita por consulta externa y de la médica que la trató el 17 de noviembre de 2003. CONTESTO. No se los nombres de ella, eran dos médicas.

El día 17 de febrero de 2004 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia solicitó a la Clínica Antioquia la historia clínica de la señora A. y la recibió el 1 de marzo de 2004.

El día 20 de abril de 2004 solicitó a la Clínica Antioquia la lista de los médicos que estaban de turno en urgencias el 15 de noviembre de 2003 y la recibió el 19 de mayo de 2005. (Un año un mes después).

El día 27 de febrero de 2006 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia escuchó en declaración a la doctora P.A.H.M. (quien es la única médica que figura en la lista de turnos del 15 de noviembre de 2003, enviada por la Clínica Antioquia). La doctora H. manifiesta no recordar haber atendido la paciente A., pero si haber estado de turno en esa fecha y relata el procedimiento seguido en ese servicio: “todo paciente que ingresa al servicio de urgencias de la clínica Antioquia requiriendo atención se le realiza una reseña médica, inicialmente al paciente se le hace un proceso de clasificación en el cual se deja reseña en un libro en el cual se escribe el motivo de la consulta y los datos principales sobre el examen físico del paciente, posterior a esto se define por parte del médico si el paciente es atendido en el servicio o si debe desplazarse o pedir cita en su correspondiente centro asignado por la EPS. PREGUNTADA: Pudo usted constatar que ese registro quedó consignado en dicho libro para el caso de la señora A.M.A.. CONTESTO: No me fue posible constatar dicha información, pues al dirigirme a la Gerencia de la Clínica Antioquia para solicitar copia del libro de clasificaciones recibí carta en respuesta afirmando que no habían podido encontrar los libros, pues el archivo estaba sometido a un cambio de locación y aporío la carta que me enviaron.”

El día 28 de febrero de 2006 el Tribunal solicita a la Clínica el envío del libro de Registro de Clasificación (Triaje), correspondiente al día 15 de noviembre de 2003.

El 10 de Marzo el apoderado de la doctora H. solicitó al Tribunal la práctica de pruebas testimoniales sobre la investigación. Solicitud que es resuelta por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia el día 24 de abril de 2006 ordenando dos declaraciones y negando otros dos testimonios; ante esta situación el abogado de la doctora H.M. interpone el 10 de mayo, los recursos de Reposición y en subsidio de Apelación.

El 5 de julio de 2006 ante el Tribunal de Ética Médica de Antioquia rinde declaración Juramentada el Dr. J. C. E. V. quien ocupa el cargo de Director de la Clínica Antioquia, en su declaración expresa que no puede corroborar que la doctora H. haya realizado el turno del 15 de noviembre de 2003, que el no verificó la lista de profesionales que recibió el tribunal, que la historia clínica de la paciente no se perdió, lo que está extraviado es el registro de las clasificaciones.

El 17 de julio de 2006 El Tribunal procede a desatar los recursos de reposición y apelación y resuelve: NO REPONER LA PROVIDENCIA RECURRIDA Y CONCEDER EL RECURSO DE APELACIÓN.

El 19 de julio de 2006 el doctor J. P. T. presenta declaración juramentada ante el Tribunal como testigo solicitado por la doctora H.

El doctor T. a solicitud del Tribunal explica en que consiste la Clasificación realizada en el servicio de urgencias, la forma como se establecen los turnos y los mecanismos o forma en que se hacen cambios en los turnos fijados y considera que la forma de verificar quien atendió un paciente es revisando los RIPS que cada médico diligencia con los pacientes que atiende. Expresa el doctor T. su concepto sobre las altas calidades humanas, personales y profesionales de la doctora H.

Con fecha del mismo día 19 de julio de 2006 en el folio No. 68 se encuentra la providencia que decreta la apertura de investigación disciplinaria FORMAL ético profesional a la doctora P.A.H. M. porque “no realizó historia clínica conforme lo indica la Ley 23/81 y la resolución 1995/99 del ministerio de Salud.”

El 26 de julio de 2006 la doctora B. E. B. S. presenta declaración juramentada ante el Tribunal, como testigo solicitado por la doctora H. y quien atendió la paciente el día 17 de noviembre de 2003. La doctora B. explica la forma como atendió a la paciente y al ser interrogada en relación a la consulta previa informa que debe estar consignada en el registro de clasificación y da su opinión sobre este acto. A solicitud del Tribunal refiere los sistemas de turno, la notificación de los mismos y las diferentes maneras de cambio y sobre los turnos adicionales o de refuerzo.

Este mismo día en derecho de petición el Tribunal le solicita al Director de la Clínica el envío de los RIPS correspondientes al 15 de noviembre de 2003 con un plazo de 15 días.

El 3 de agosto el apoderado de la doctora H. presenta al Tribunal una ampliación de la Apelación solicitando se decrete el testimonio del doctor V. E. Z., Gerente de la Clínica Antioquia y que por lo tanto estaría en capacidad de informar sobre los procesos de clasificación y registro de los pacientes que consultan al servicio de urgencias y confirmar lo relacionado en comunicación firmada por él a la doctora H. y que reposa en el expediente al folio 32.

El día 8 de agosto de 2006 la doctora P.A.H.M. rindió declaración ante el Tribunal y solicita sean llamadas a declarar tres miembros del personal de enfermería que trabajaron con ella durante 6 años y medio en la Clínica y solicitar la respuesta oficial a la Clínica Antioquia sobre el manejo de la información.

El 14 de agosto el Tribunal consideró que ya existen declaraciones respecto a las calidades de la doctora H. y también que habiéndose solicitado previamente la información a la Clínica se da por satisfecha la solicitud de la doctora H.

El día 12 de septiembre procede el Tribunal de Ética Médica de Antioquia a dar curso a la apelación aprobada por ellos el 17 de julio de 2006.

CONSIDERACIONES

Se ha realizado un resumen cronológico del proceso adelantado por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia en relación a una queja presentada por la señora A.M.A.D. ante la PERSONERÍA MUNICIPAL DE ITAGÜI, que no fue posible ampliar en el Tribunal porque la señora no se presentó a declarar. Existen una serie de dilaciones unas justificadas por dificultades del apoderado de la doctora H. y otras injustificadas como la demora de un año y un mes de parte de la Clínica en suministrar la lista de los médicos de turno correspondiente al día 15 de noviembre de 2006 y firmada por la secretaria del Director sin la corroboración del mismo, las informaciones solicitadas a la Clínica con derecho de petición con fecha 28 de febrero de 2006 para el envío del libro de Registro de Clasificación y del 26 de julio con respecto a los RIPS que aún no reposan en el expediente. La demora en remitir una Apelación aprobada el 17 de julio hasta el 12 de septiembre.

Es importante definir el tema de la clasificación que se realiza en los servicios de urgencia del país que se ha impuesto por parte de las EPS, que no reconocen pago alguno por este trabajo difícil de realizar, a las IPS, ni a los profesionales de la salud, se dice, profesionales porque en algunas IPS lo realiza personal de

enfermería. Es valido el cuestionamiento si se debe realizar o no una historia clínica o sólo registrar la clasificación.

Causa perplejidad a esta Corporación que pruebas solicitadas desde el 10 de marzo, solo hayan sido negadas el 24 de abril y que recursos de reposición y apelación, interpuestos oportunamente contra esa providencia el 10 de mayo de 2006, solo se haya resuelto la reposición de manera negativa el 17 de julio, concediéndose en la misma fecha el de alzada, y solo se haya ordenado la remisión del expediente a la segunda instancia el 12 de septiembre, cuatro meses después de su interposición.

Obsérvese que entre el momento de la solicitud, 10 de marzo de 2006 y la fecha del oficio por medio del cual se remite el expediente, 12 de septiembre, transcurrieron seis meses, tiempo excesivo para un trámite de esta naturaleza que es prioritario, puesto que el derecho a la defensa y sus correspondientes derechos de probar y de contradicción probatoria no pueden tener obstáculos temporales de tanta dimensión, porque el ciudadano sometido a proceso sobre las consecuencias adversas de las moras excesivas e injustificadas de los funcionarios, que le ocasionan perjuicios notables, no solo en su vida personal y familiar, sino también en el ámbito profesional.

El derecho a la defensa se ejerce a cabalidad fundamentalmente a través de los derechos de probar y de contradicción. Son derechos tan inescindiblemente unidos, que la doctrina tanto nacional, como la universal han sostenido su identidad, pues es una realidad, que si no se permite el ejercicio de tales derechos, la garantía de defensa, constitucionalmente establecido a favor de toda persona acusada de un determinado hecho que tiene reproche legal, se esta negando de un solo tajo.

Estima la Sala que las pruebas denegadas eran pertinentes y conducentes, puesto que es una realidad que el testimonio del Dr. Vicente Eduardo Zúñiga Ramírez en su condición de Director de la Clínica donde sucedieron los hechos, podría aportar informaciones muy importantes respecto de los hechos que son motivo de investigación, sobre todo en lo relacionado con el funcionamiento de urgencias y el sistema de clasificación.-

Igualmente considera la Sala que el testimonio de Lina María Arrubla es pertinente y conducente porque siendo médica de urgencias de la Clínica donde sucedieron los hechos que son motivo de investigación, puede aportar muchos datos que pueden ser trascendentes para la investigación.

Estos testimonios son particularmente válidos para que den una explicación sobre la razón de ser de la clasificación de los pacientes que llegan a urgencias, como se hace y si tal aspecto regularmente debe aparecer en la historia clínica, o se trata de un asunto meramente administrativo de la clínica, que por tanto no tiene por que aparece en la misma...”

En las circunstancias precedentes, se revocará la decisión objeto del recurso, y en su lugar se ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa.-

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar la providencia del 24 de abril del 2006 dentro del proceso No.810 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, contra la doctora P.A.H.M. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Decretar las pruebas solicitadas por la apoderada de la doctora P.A.H.M. **Artículo Tercero.-** Devolver el expediente al tribunal de origen, para lo de su competencia. **COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.**

JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; MIGUEL OTERO CADENA Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS Asesor Jurídico MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO Secretaria.

Bogotá D. C., septiembre cinco (5) del año dos mil (2000).

SALA PLENA SESIÓN No. 638 DEL CINCO (5) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL (2000).

REF: Proceso No.233 Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Denunciante: Señor. R.G.
Contra el doctor N.M.M.

Magistrado Ponente: Dr. ODILIO MÉNDEZ SANDOVAL
Providencia No. 20-2000

VISTOS.

Por providencia del 12 de mayo del presente año, el Tribunal de ética Médica de Antioquia, determinó que era del caso imponer una sanción de seis (6) meses de suspensión en el ejercicio de la medicina al Dr. N.M.M., por la presunta vulneración de los numerales 1 y 9 del artículo 1 y los artículos 6, 10 y 15 de la ley 23 de 1981.-

La defensa oportunamente interpuso el recurso de apelación, razón por la cual este Tribunal debe conocer de la providencia motivo de impugnación.-

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

HECHOS:

La queja fué interpuesta por el señor R.G.P. en comunicación dirigida al doctor J. G. A., Director General de la Clínica Medellín (Antioquia), fechada el 8 de diciembre de 1995; cuya parte específica dice: a la señora M.C.V.Z. - ex-esposa del señor G.-, se le practicó un aborto provocado por parte del doctor M., dicho aborto lo comenzó la semana pasada en un consultorio situado en Robledo (...) como este aborto quedó mal realizado la paciente se agrava y el día lunes 4 de diciembre de 1995 en las horas de la tarde acude nuevamente al consultorio del doctor M. Este al ver la gravedad de la paciente se dirige hacia Bello y concretamente a Urgencias del Norte (...) allí, la recibe el doctor G.R., quien inmediatamente la interviene quirúrgicamente (Drs. M. y R.) y le dan de alta, pero la paciente continúa agravándose, estuvo mal el día martes 5 y el miércoles 6 de diciembre (...)-

Agrega que el miércoles 6 de diciembre fue informado telefónicamente del estado de gravedad en que se encontraba, su ex-cónyuge, que había sido llevada a la Clínica Medellín en ambulancia por el doctor M. e intervenida quirúrgicamente, allí en horas de la noche del 6 de diciembre de 1995. También se refiere a los médicos que la operaron - M. y S. - se enteró que no eran especialistas en ginecología y que, su recomendación de que el ginecólogo de la clínica asumiera el control total de la paciente no fue tomada en cuenta; que las indagaciones adelantadas por los abogados fueron la base para plantear la práctica del aborto; que según ellos (sus abogados) son los médicos tratantes quienes deben responder económicamente por la atención de la paciente en la Clínica Medellín, ya que el error y delito (sic) fue de los mismos; que estos señores van a evadir este pacto de caballeros que se acordó inicialmente.-

El doctor A., a su turno, remitió al doctor C., presidente del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, el 19 de diciembre de 1995 fotocopia de la susodicha queja. En su declaración juramentada, dada al Tribunal Seccional el 8 de febrero de 1996 (folio 12) manifestó: que a través de FAX de la clínica llegó el documento en el cual el señor G. ponía en su conocimiento de los hechos y me pedía que interviniera en el caso, lo localicé telefónicamente y concluí que lo que buscaba básicamente era no responder por las cuentas de los servicios médicos prestados a la señora M.C.V.; sin embargo consideró que era su obligación como médico y gerente de la clínica enviar a esta corporación copia del documento aludido para que lo analizara y actuara en concordancia. En la conversación telefónica referida observó que el quejoso, así mismo censuraba la actitud asumida por los médicos tratantes en la atención a la paciente. En

torno a la no participación del doctor J.T.M., ginecólogo de la institución, solicitada con antelación por el señor G., en el manejo del caso, dijo que el doctor T. le había aclarado que ciertamente los familiares habían hablado con él, como condición para aceptar el compromiso profesional correspondiente, les pidió una autorización del médico tratante (doctor M.) quienes al buscar tal requisito, obtuvieron la respuesta de él que ya tenía a un cirujano como encargado de la paciente, ante esta negativa, no se concretó ningún tipo de relación médico-paciente, por parte del doctor T. El doctor A. ratificó que la señora V. fue intervenida quirúrgicamente en el citado centro asistencial por el doctor C.M.S, quien es cirujano general, ha sido docente en la universidad de Antioquia y está desarrollando programa de especialización de cirugía cardiovascular en la Universidad Pontificia Bolivariana.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

La paciente es la señora M.C.V.Z., de profesión comerciante, estado civil separada, ex - esposa del señor G. - el quejoso -, de 37 años de edad, gestaciones 2 - partos 2- abortos 0-. Según historia clínica disponible (folios 1 al 5 del cuaderno 4, y folio 2 al 15 del cuaderno 2) los actos médicos cronológicamente se desarrollaron así: B1. Nov. 30 de 1995 (H: 18:30) - Centro Médico Ser- Antecedentes patológicos: sin importancia. Motivo de consulta: Hemorragia vaginal abundante. Enfermedad actual; dos días de evolución. Fecha última menstruación: octubre 25/95. Planifica con anticonceptivos orales. Examen físico: Buenas condiciones generales, pálida, deshidratada. Temperatura 37°C. Tensión arterial 90/60 mm de Hg, frecuencia cardíaca 120'. Tacto vaginal: sangrado activo abundante; cuello permeable, no doloroso a la movilización, niega maniobras, no se observan restos a la especuloscopia. Impresión diagnóstica: hemorragia uterina disfuncional. Conducta: se colocan 8 c.c. de xilocaína al 1% SE, se hace BX, no se extraen restos ni muestras para BX (sic).-

Paciente en buenas condiciones, se dá de alta, se cita para HLG y VSG (Fdo) N.M.

B2. Centro Médico Ser (diciembre 4/95 hora 9 a.m.): regulares condiciones generales, abdomen distendido, doloroso a la palpación sin sangrado. Se ordena ecografía pélvica. 5 pm.: resultado de la ecografía pélvica. Colección pélvica: Se comunica a la paciente la necesidad de hospitalizarse, manifiesta que no tiene plata y de común acuerdo se decide trasladarla a Urgencias del Norte.-

Diciembre 6/95: regulares condiciones generales: tensión arterial 90/60 mm Hg. Temperatura 38,5°C. Frecuencia cardíaca 120'. Abdomen distendido, sin peristaltismo, se piensa en íleo - paralítico o en otra complicación. Se pide segunda opinión del doctor C.M.S., quien conceptúa que debe ser reintervenida. Se pide turno en el HPTU (13:00) Fdo: N.M.

Ecografía del centro médico - Buenos Aires (diciembre 4/95) - complejos ecos mixtos bilaterales, compatibles con colecciones pélvicas y/o quistes bilaterales - miomatosis discreta. Abundante líquido en el Douglas. Fdo. A.E. - ginecólogo.-

B3. Urgencias del Norte (diciembre 4 de /95 hora 7 p.m.). Motivo de consulta: dolor bajito, cólico, Enfermedad actual: cuadro de 3 días de evolución, el 30 de noviembre de 1995 había consultado por hemorragia vaginal abundante.-

Examen físico: Regulares condiciones generales, temperatura 39,5°C, Frecuencia cardíacas 120' , tensión arterial 70/40 mm. Hg.-

Lengua saburral deshidratada, abdomen distendido, signos de irritación peritoneal, Impresión diagnóstica: absceso pélvico, Conducta: se decide pasarla a cirugía, previa autorización de ella, quien dice no contar con ningún recurso económico. Nota quirúrgica: incisión de Phanestil, ruptura de cara anterior de útero que se sutura con cat gut O, se hace drenaje de hemoperitoneo.-

Se ordenan líquidos endovenosos y antibióticoterapia. Sin complicaciones, se pasa a la pieza. El 5 de diciembre de 1995 buena evolución- hidratada. HLG y citoquímico dentro de límites normales. Se decide darla de alta. Fdo .N.M.

B4. El doctor M., ordena la hospitalización de la señora V. en la clínica Medellín, para cirugía, con impresión diagnóstica de absceso pélvico, a donde ingresa el 6 de diciembre de 1995, interviniéndola quirúrgicamente el mismo día los doctores C.M.S.Q. y N.M.M., cuyos hallazgos operatorios fueron : Infección Pélvica, uterina y de anexos, y útero parcialmente deshiscente; se practicó histerectomía abdominal. El examen patológico del espécimen quirúrgico (folios 9, 10 y 11, del cuaderno No.1) realizado por el doctor R.R.M, se describe macroscópicamente : “ una de sus caras (cuerpo uterino) presenta puntos de sutura y marcado despulimento de serosa ”. Se diagnóstica, Histerectomía abdominal - miometritis aguda- endometrio con cambios secundarios a efecto progestacional-, quistes de NABOTH. Un informe adicional de patología anota: “ Se realizaron más cortes de endometriometrio,

evidenciándose a nivel de la cavidad endometrial fibrina y presencia de vellosidades coriónicas inmaduras, además una estroma deciduizado. En el miometrio hay focos de infiltrado inflamatorio polimorfonuclear”.-

A la paciente se le da de alta de la Clínica, en buenas condiciones generales, el 11 de diciembre de 1995. No se dispone de información clínica posterior a esta fecha.-

En la sesión plena del 22 de enero de 1996, en vista de cumplirse los requerimientos señalados por el artículo 74 del código de ética médica se acepta la denuncia instaurada por la Clínica Medellín S.A. y el señor RG.P., en contra del doctor N.M. y otro, designándose al doctor Mario Robledo Villegas Magistrado instructor.-

Se recepcionaron las declaraciones, de las que enseguida se extracta lo pertinente.-

Del doctor J. G. A. (febrero 8 de 1996), médico cirujano general y gerente de la Clínica Medellín, constató que la paciente había sido intervenida quirúrgicamente en esa clínica el 6 de diciembre de 1995 por el doctor C.M.S. En relación con la sutura descrita macroscópicamente en la pieza quirúrgica, opinó que podía corresponder a una sutura de una perforación uterina (sic).-

De Rosalba Beatriz Ramírez Ribant, auxiliar de enfermería de la clínica Medellín. Sin aportes específicos - marzo 14 de 1996.-

Del doctor J.A.T.M., Noviembre 28 de 1996 médico ginecóobstetra de la clínica Medellín. Comentó que la razón de no haberse encargado del manejo de la paciente, fue porque en la clínica (Medellín) se tiene como norma respetar la decisión de los pacientes en la escogencia de los facultativos. Sobre los dos informes anatomopatológicos concluyó que hubo un embarazo y una infección endometrial.-

Del doctor N.M.M. Agosto 20 de 1997, médico encartado- asistido por su apoderada Edelmary Puerta Pérez. Médico general, egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana en 1986, quien anotó haber atendido médicamente a la señora M.C.V. en noviembre y diciembre de 1995 por un sangrado abundante, con desarreglos últimamente, planificaba; según ella, sin riesgo de embarazo. Le hace curetaje, la cita a revisión, presentando mejoría y buena evolución. Al cuarto o quinto día regresa con síntomas compatible con cuadro infeccioso, se decide que la paciente es quirúrgica, de común acuerdo

con la paciente y debido a su estado económico la hospitalizó en Urgencias del Norte, donde se interviene quirúrgicamente con impresión diagnóstica de absceso pélvico, encontrándose la colección líquida y ruptura de la cara anterior del útero, se sutura el útero (la perforación) y evacua la cavidad pélvica y se inicia antibióticoterapia; evoluciona bien y se dá de alta a los dos días. La paciente vuelve el 6 de diciembre de 1995 en regulares condiciones con fiebre, taquicardica. Abdomen distendido, sin peristaltismo; se piensa en una complicación y se pide opinión al doctor C.M.S.Q, quien indica la necesidad de una intervención quirúrgica, la cual se practica en la clínica Medellín por el doctor S., extirpándosele el útero (histerectomía abdominal). El esposo de ella solicitó que la cirugía se efectuara por un ginecólogo en la clínica Medellín; el doctor M. le explicó con antelación a la paciente y los familiares que prefería que fuera con el cirujano general y no un ginecólogo para el manejo del caso, y la señora V. finalmente autoriza la cirugía, la cual transcurrió sin ningún contratiempo, la evolución postquirúrgica fue satisfactoria, por lo cual se le dió salida. Mencionó además - el doctor M.- que ha sido, desde aproximadamente ocho años, el médico de ella y de su familia.-

En la primera consulta a la paciente a la que acudió a su consultorio - 30 de noviembre de 1995- por molestias ginecológicas declaró no haber encontrado hallazgos de infección como los que se presentaron días después ni tampoco signos y síntomas de embarazo; y que para el sangrado vaginal que era el problema a tratar, formuló el diagnóstico de hemorragia uterina disfuncional. Así mismo que el material obtenido del procedimiento (curetaje) no fue enviado para análisis histopatológico, y que la cirugía en Urgencia del Norte se realizó en asocio con el doctor G.R..-

Del doctor C.M.S.Q., 4 de septiembre de 1997 cirujano que intervino a la señora V. en la clínica Medellín, Titulado por la Universidad de Antioquia como médico general (1983), cirujano general (1988), y cirujano cardiovascular por la universidad Pontifica Bolivariana (1997); en su versión señaló que el 6 de diciembre de 1995 lo contactó telefónicamente el doctor M. para que evaluara a la señora V., que el pensaba que tenía un abdomen agudo, evaluación que se cumplió ese mismo día después de la 1 p.m en el consultorio del doctor M. cuyo examen reveló paciente pálida, deshidratada, con francos signos de abdomen agudo, peritonitis generalizada, dolor difuso abdominal con antecedentes de instrumentalización vaginal por curetaje tres días atrás; dictaminó que la conducta era quirúrgica, previa hidratación y administración de antibióticos. Le solicitó (el doctor M.) que se encargara de la intervención operatoria, porque si bien el sabia de una ruptura uterina

durante el procedimiento inicial tenía temor de lesión de otras vísceras como por ejemplo de intestino; accedió a tal petición, siempre y cuando se realizara en una institución que contará con unidad de cuidados intensivos, como la clínica Medellín, dadas las condiciones de infección. La hospitalización la tramitó directamente el doctor N.M.M. , en la citada clínica, realizándose la cirugía el día mencionado después de la 5 pm. (6 de diciembre). Se practicó una histerectomía abdominal, observándose una ruptura uterina en la cara posterior e infección peritoneal, se dejó piel abierta por la infección, se manejó con antibióticos apropiados y con líquidos y fue dada de alta al cabo de 5 días en buenas condiciones. Previo a la cirugía él le comentó que un ginecólogo había visto a la paciente, ante lo cual le manifestó que no había ningún inconveniente de parte suya para que el ginecólogo asumiera tal responsabilidad profesional, sin embargo el doctor M. insistió en que fuera él, por la eventualidad de compromiso de otros órganos, en cuyo caso el doctor S., por su calidad de cirujano general tenía más experiencia, diferenciando que el doctor M. se comprometió a solucionar.

Consideró que la enfermedad de base era una endometritis infecciosa, y sobre la sutura, descrita macroscopicamente en el reporte anatópatológico. aclaró que fue en un punto que pasó para sellar el orificio, mientras se manipulaba el útero durante la histerectomía y así evitar mayor contaminación desde la cavidad endometrial. Respecto al ya referido curetaje, se enteró por información directa del doctor M., que había sido él quien lo practicó en la clínica del doctor G.R., en Bello.-

De la señora M.C.V.Z. - La paciente-, 11 de septiembre/97. Manifestó que consultó al doctor M. el 30 de noviembre de 1995 por hemorragia vaginal debida a desarreglos menstruales, que presenta desde soltera; atrasos o hemorragias muy frecuentes, puesto que planificaba con pastillas y a veces hacía recesos en las tomas del anticonceptivo. El curetaje lo hizo el doctor M., quien ha sido el médico de confianza y de la familia de muchos años (10 o 12 años). Posteriormente por una ecografía ordenada por el doctor M. con resultado de miomas uterinos, le dijeron que tenían que operar para extraerle estos tumores; por iniciativa del doctor M., se dirigieron a Urgencia del Norte en Bello, a donde el doctor G. (no recuerda el apellido) para que la operaran de los miomas, con anestesia raquídea, le limpiaron el útero y los ovarios y procedieron a sacar los miomas (sic), al otro día le dieron salida de la clínica.-

El día siguiente se sintió mal se comunicaron nuevamente con el doctor M. que a su vez llamó al doctor G. y S. con carácter de médicos interconsultantes,

su excónyuge autorizó su internación en la clínica Medellín, allí la visitó un ginecólogo pero ella prefirió que la operara los doctores S. y M. por la confianza que le tenía al este facultativo y también a que no se sabía qué daños podrían haber más profundamente. El curetaje fue el 3 de diciembre. El doctor M. le preguntó si sospechaba o había alguna posibilidad de embarazo y la respuesta de ella fue negativa. Añadió que para todos los procedimientos realizados el doctor M. le solicitó su consentimiento y le explicó la conveniencia que fuera con el cirujano general y no un ginecólogo quien acometiera la intervención quirúrgica.-

Del doctor G.R.S.. 30 de noviembre de 1997. Médico general egresado de la Universidad de Antioquia en 1983, quien practicó la intervención quirúrgica en Urgencias del Norte del municipio de Bello - quien expresó que el doctor M. le comentó el caso telefónicamente, de antemano le preguntó si había habido algún acto ilegal y entendió que la paciente no se había realizado ningún tipo de maniobras abortivas ni tampoco ningún tipo de manipulación médica; en la revisión a la paciente estuvo de acuerdo en una intervención quirúrgica por peritonitis que estaba desarrollando, cirugía que en efecto se efectuó el 4 de diciembre de 1995 en compañía del doctor M., hallándose a nivel uterino dos perforaciones y una gran frialdad de los tejidos, lo que hacía un gran riesgo de peritonitis aún después del acto quirúrgico,- ausencia de material purulento, y una gran secreción inflamatoria; el transoperatorio transcurrió sin ninguna complicación, la paciente quedó hospitalizada con antibiótico terapia y demás tratamientos médicos bajo la dirección y responsabilidad del doctor M., a quien le brindó su colaboración y asesoría. Al día siguiente se le dió salida para continuar con control ambulatorio por parte de su médico de cabecera (doctor N.M.M.); acerca de la perforación de la matriz subrayó que fue secundaria a una instrumentación de la cavidad uterina, pero ni la paciente ni el médico dijeron haberla realizado, ella insistió con que no se hizo ningún tipo de maniobra y como es lógico nadie revela su pecado (sic) y en el medio donde trabajaba el 90% de las pacientes se practican diversas maniobras abortivas, y ello no es asunto del interrogatorio médico por las implicaciones que puede acarrear, limitándose los médicos a creerles a sus pacientes sin entrar en contradicción con ellas en la dilucidación de esta problemática.-

Cierre de la investigación disciplinaria ético profesional. En virtud de hallarse perfeccionada en su etapa investigativa el proceso, se declaró cerrada la misma, mediante auto del 9 de febrero de 1998, suscrito por el magistrado instructor, doctor Mario Robledo Villegas, el cual por estado se fijó el 19 de febrero de 1998 a las 8 horas, y se desfijó el 19 de febrero de 1998 a las 18 horas.-

Informe de conclusiones. (folio 48 a 54) Lo presenta el magistrado instructor, doctor Mario Restrepo Villegas, el 17 de noviembre de 1998, dentro del proceso ético disciplinario que se adelanta en el que están vinculados los médicos doctores G.R.S., C.M.S.Q. y N.M.M..-

En su contenido se analizan diversos tópicos, a saber:

En la que se resalta las realidades procesales de: a) No haberse realizado a la paciente una prueba inmunológica de embarazo, antes del curetaje del 30 de noviembre de 1995; b) la práctica del curetaje en el consultorio particular del doctor N.M.M. en el barrio Robledo, y no en una clínica donde hubiera tenido mayores facilidades y recursos para este tipo de procedimientos, y se hubiera podido evitar la doble perforación uterina que se le produjo a la señora M.C.V.Z. . C) No haber enviado el material obtenido en el mentado curetaje a estudio anatomopatológico, para comprobar o descartar el diagnóstico clínico de hemorragia uterina disfuncional, examen de rutina indicado para descartar o confirmar tal diagnóstico, no obstante haber tenido tiempo suficiente para solicitarlo; d) Traslado de la paciente a la clínica Urgencias del Norte, en el municipio de Bello, para reparar el daño ocasionado en el curetaje uterino (perforación uterina), según declaración del doctor G.R.S. , quien realizó la corrección quirúrgica de la complicación aludida, y no haber llevado a la paciente a una clínica de mayor infraestructura que le pudiera ofrecer mejores recursos para tratar el estado clínico patológico que padecía. E) Por último, la presencia de vellosidades coriales, en el espécimen quirúrgico (útero) resecado a la señora M.C.V.Z. , evidencia patognómica de gestación reciente.-

Por los hechos investigados se presume la violación de los artículos 6,10,15 y 1 numerales 1 y 9 de la ley 23 de 1981.-

Se desvinculan totalmente del proceso a los doctores C.M.S.Q y G.R.S. .-

El instructor propone formular pliego de cargos al doctor N.M.M. por presunta violación de los artículos 6,10,15 y 1 numerales 1 y 9, y al mismo tiempo, no formular pliego de cargos a los doctores C.M.S.Q. y G.R.S. .-

Al tenor de la providencia del 17 de noviembre de 1998 la sala Plena del Tribunal de Ética Médica de Antioquia acogió en su totalidad el informe del magistrado instructor y procedió en consecuencia a proseguir con la etapa de juzgamiento.-

La audiencia de descargos se desarrolló el 31 de mayo de 1999, en la que el doctor N.M.M. compareció ante la Sala plena del Tribunal de instancia, acompañado por su apoderada doctora Edelmary Puerta Pérez.-

Las respuestas del doctor N.M.M. se pueden resumir así: a) No se practicó la prueba inmunológica de embarazo antes del curetaje porque era una paciente conocida y de confianza, de muchos años, y en el interrogatorio dijo no tener ningún riesgo de embarazo; b) La remisión de la paciente del consultorio de Robledo a Urgencias del Norte, fundamentalmente fue por la condición económica de la paciente y después de conversar y pedir autorización de ella; c) Envío el material a estudio patológico, porque realmente estaba convencido que no había riesgos de embarazo y por eso se mandó la pieza a patología; d) Hay condiciones de la paciente en las que uno está seguro o piensa que se puede hacer un curetaje con anestesia local, de hecho en el Seguro los hacíamos y en las practicas. E) En ningún momento pensé que la paciente estaba actuando de mala fe, lo sigo pensando y por una situación económica, era separada, vivía con sus hijos y decía que no tenía recursos económicos, parte de esa confianza que tenía en ella me indujo a pedir el examen patológico en compañía del doctor S..

La abogada de la defensa adicionó que era un caso de buena fe en el obrar del doctor N.M.M. , en donde debido a la confianza y conocimiento de muchos años de una paciente, quiso obrar de la manera más correcta, tanto en la primera consulta como en la posterior intervención, prueba de ello es el haber decidido enviar examen de patología (sic) y los resultados de patología, de lo contrario hubiera omitido este procedimiento, ya que esta es la única prueba por la que se presume el comportamiento objeto de sanción.-

En razón del vencimiento legal del período de los miembros del Tribunal Seccional, en cuya renovación no fue reelegido el doctor Mario Robledo Villegas, a la doctora Constanza Eugenia Díaz González, nueva magistrada, se le adjudica la ponencia a rendir a la Sala Plena para entrar a resolver a fondo el juicio procesal.-

En la sentencia recurrida se determinó la suspensión del doctor N.M.M. en el ejercicio de la profesión por un lapso de seis (6) meses, por vulneración a los numerales 1 y 9 del artículo 1, y los artículos 6,10 y 15 de la Ley 23 de 1981.-

Remisión de la providencia a la Fiscalía General de la Nación, Dirección Seccional de Fiscalías Medellín, Unidad Tercera de Delitos contra la Vida y la

Integridad Personal, Fiscalía Seccional 129 Delegada ante los jueces penales del Circuito de Medellín.-

La Sala Plena al tomar esta determinación de hallar responsable por comportamiento ético profesional del doctor N.M.M. , expone una serie de elementos argumentales y probatorios, que se concretan en lo siguiente: A) Competencia del Tribunal, basada en la Ley 23 de 1981, pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, y el Derecho Procesal Penal; B) Situación Fáctica, referida a la misiva del señor R.G.P., excónyuge de la señora M.C.V.Z. , dirigida al doctor J. G. A., gerente de la Clínica Medellín, en la que relata los eventos médicos que se le brindaron a su exesposa, su queja de no haber sido atendida en la Clínica Medellín por un ginecólogo como él lo solicitó, las averiguaciones de sus abogados que apuntan hacia la práctica de un aborto por parte del doctor N.M.M. en su consultorio particular en el barrio Robledo, y la vinculación de los doctores C.M.S.Q. y G.R. con los procedimientos médico quirúrgicos realizados a la señora menciona; C) Alegatos de las partes: Se circunscribe a la diligencia de descargos D) Ponderación jurídica: Se comenta inicialmente un marco teórico alrededor de los alcances jurídicos de la Ley 23 de 1981, en cuanto a sus postulados, las consecuencias al ser desconocidas (acción u omisión), el propósito de los mismos que propenden un ejercicio idóneo y adecuado de la medicina, los beneficios que redundan en bien del paciente, el respeto a la persona en su dignidad, la responsabilidad de los actos y la dignificación del ejercicio médico. E) Luego se ahonda en el campo de las pruebas que obran en el proceso, concluyendo que tiene certeza (la Sala) de las imputaciones formuladas al doctor N.M.M. ; el acerbo probatorio se reduce a: E1: Perforación uterina, debida a una instrumentación de la cavidad uterina aseveración del doctor G.R.S. (Folio 38); E2: La falta de examen inmunológico de embarazo, solicitud que le correspondía tramitarla al doctor N.M.M. , antes del curetaje del 30 de nov./95, máxime tratándose de una mujer en edad reproductiva y con hemorragia vaginal abundante. E3: Infracción artículo 10. La realización del curetaje por parte del doctor N.M.M. en su consultorio particular, siendo una intervención que requiere condiciones asépticas, que no las puede garantizar en su consultorio particular, así mismo pueden presentarse una serie de complicaciones, sólo tratables en un centro hospitalario, donde se tienen mayores facilidades y ventajas (anestesia, enfermería y otros) infracción artículo 15, lo anterior reafirma con la presentación de la doble perforación uterina. E4: La omisión del doctor N.M.M. de no haber enviado el producto del curetaje a estudio histopatológico, siendo un examen rutinario en este tipo de procedimientos, a fin de establecer la causa de la hemorragia; es sumamente

conocido el protocolo de manejo de hemorragia uterina disfuncional en edad fértil se inicia con la historia clínica, descartar embarazo evaluación clínica y por último quirófano y estudio histopatológico de la muestra obtenida. E5. El Hallazgo de vellosidades coriales en el producto de la histerectomía (realizada en la Clínica Medellín) es demostrativo de un embarazo, reciente de M.C.V.Z. . E6: La intervención profesional del doctor N.M.M. el 30 de nov./95, con el curetaje, y dado el principio de duda razonable, estuvo en presencia de una mujer en embarazo que presuntamente venía de practicarse maniobras abortivas (SIC) infracción artículos 6 y 1, numerales 1 y 9. E7: Ausencia de causales de inculpabilidad en la conducta ético profesional del doctor N.M.M. .-

Tasación de la sanción: Para ello, la Sala recuerda el artículo 55 del Decreto 3380/81: “ La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta ”. Para la dosificación de la sanción disciplinaria, se establecieron dos parámetros: Uno implícito, grado de lesividad al bien jurídico que se protege con la Ley 23 de 1981: Ejercicio médico ético e idóneo; y el otro sería explícito, representado por el grado de culpabilidad, o sea, el reproche normativo , que engloba las circunstancias atenuantes y agravantes de la falta disciplinaria, y el reproche social, relacionado con los antecedentes profesionales, personales y sociales del médico infractor.-

La Sala aclaró, igualmente, que no porque se acostumbre realizar curetajes en mujeres en período reproductivo, omitiendo los pasos a seguir (árbol de decisiones) y ello, aunado al sitio donde tuvo ocurrencia el procedimiento en el consultorio particular, hacen que la conducta asumida por el doctor N.M.M. y que motivó el cuestionamiento conocido, sea éticamente admisible, también que si bien es cierto que la señora V. le manifestó que no estaba embarazada, ello en modo alguno lo exoneraba del deber ético científico, de descartar antes del curetaje el estado de gestación, mediante la prueba indicada.

La doctora Edelmary Puerta Pérez, en calidad de apoderada en el proceso de la referencia, con fecha de junio 28/00 apela la resolución condenatoria emitida por el Tribunal Seccional el 12 de mayo/00, sin utilizar el recurso de reposición. Solicitando la revocatoria y en su lugar absolver al doctor N.M.M. , cuyos pasajes más importantes de la sustentación se esbozan en seguida: La declaración del doctor G.R.S. antes que inculpatoria, lo que hace es precisamente confirmar la versión dada por el doctor N.M.M. para explicar su actuación; el doctor R. al decir: “ nadie revela su pecado ”, refiriéndose a la

actitud de la paciente que hubiera ocultado, al doctor N.M.M. su real estado y las maniobras que pudo haberse realizado antes, y aclarando además que el 90% de las pacientes se realizan maniobras de diversa índole para causarse un aborto, condición que no es investigada en el interrogatorio médico por las implicaciones, sin aclarar cuales, y que por eso el médico se limita a creerle a la paciente y cambia de actitud luego de atenderla sin entrar en contradicción con ella. “ Esta información es diciente de que el procedimiento de su cliente fue regular y no subrepticio, ni mal intencionado, sin faltar a la moral y a la ética, cuando le creyó a la paciente de muchos años, ya separada, la información de que no ha estado en embarazo ni mucho menos que se ha hecho maniobras abortivas viendo por otra parte que en la práctica médica, se ha dicho, que la anamnesis aporta más del 50% del diagnóstico.-

Inexistencia de una norma procedimental que establezca indubitadamente la realización de la prueba de embarazo antes del curetaje, la evaluación la establece el médico tratante de manera particular y concreta y teniendo en cuenta no sólo los síntomas (metrorragia) sino también el conocimiento que tenía del paciente, el comportamiento del mismo y la información suministrada por éste. El estado de embarazo fue descartado válidamente con otro tipo de información o análisis. En consecuencia no se vulneró el artículo 10, por cuanto el encartado dedicó a la paciente el tiempo necesario para hacer la evaluación para precisar el diagnóstico y la terapéutica correspondiente.-

La exposición a riesgos injustificados por la práctica del curetaje en el consultorio particular, no solo es sesgado y parcializado sino discriminatorio y por decir lo menos clasista. El procedimiento no fue hecho propiamente en el consultorio particular del doctor N.M.M. , sino en su consultorio ubicado en el Centro Médico SER, con todos los servicios de Sala de procedimiento totalmente equipada, con condiciones de asepsia, laboratorio clínico y en general todos los servicios necesarios para cualquier emergencia, centro que está debidamente legalizado el funcionamiento. Aparte de garantizar la seguridad de la intervención en el centro SER, se aseguraba que los costos económicos estarían al alcance de la capacidad económica de la paciente. No es una deducción lógica decir que por haberse practicado el curetaje en un centro médico de barrio popular, aunque plenamente equipado, no sea aséptico ni que cuente con los elementos para ello. La inferencia lógica no se da, artículo 300 C. de P. P. : “ Todo indicio debe basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, procedimiento en un centro médico de barrio, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro (no es aséptico, está mal dotado, presenta riesgos).-

Esta lógica no opera al menos que se refuerce, con un poco de prejuicio y mucho de superficialidad. Todo procedimiento médico conlleva un riesgo dependiente de cada caso particular.-

Así tampoco el doctor N.M.M. violó el artículo 15.

El doctor N.M.M. sí descartó el estado gestacional con un exhaustivo interrogatorio, el conocimiento de la misma, como mujer separada, y una fecha de menstruación reciente.-

No se discute el estado de gestación reciente de la señora M.C.V.Z., pero no es fundamento para decir que el doctor N.M.M. actuó en condiciones que interferían el libre y correcto ejercicio de la profesión (artículo 6), se está invirtiendo el principio de presunción de inocencia, si existiera duda razonable debía haber sido resuelta en favor del imputado con la aplicación del principio del IN DUBIO PROREO.-

Por encima del artículo está el deber mayor de prestar atención a todo aquel que lo requiera para preservarle la vida o la salud y el doctor N.M.M. solo podía excusarse a la prestación de sus servicios al tenor del artículo 4 del Decreto 3380/81, reglamentario de la Ley 23 de 1981.-

En tratándose de potestades sancionatorias estas solo pueden ser aplicadas en el ejercicio del principio de legalidad, o sea que toda sanción debe provenir de una norma expresamente establecida por la ley contentiva de una conducta clara que sea verificable; además, la conducta debe ser material y subjetivamente antijurídica que aparte de parecer objetiva, se requiere de la comprobación del aspecto volitivo del agente. El Tribunal sanciona al doctor N.M.M. sin que haya certeza sobre los hechos, todo se ha basado en aspectos subjetivos de apreciación y presunción, se ha echado de menos las pruebas favorables y se ha resuelto en su contra las dudas existentes.-

No se han respetado los principios de legalidad, presunción de inocencia, de In Dubio Proreo; se ha aplicado un procedimiento inductivo en vez de uno deductivo.-

Aplicación de responsabilidad objetiva, proscrita en nuestra legislación.-

Se desdeña en la tasación de la pena aspectos favorables del imputado, al no encontrar circunstancias de atenuación o exculpación, habiéndolas en el proceso.-

La magistrada ponente, doctora Constanza Díaz González, como quiera que la petición es procedente y fue presentada a su debido tiempo, en auto del 21 de julio/00, remite el proceso para lo de su competencia al Tribunal Nacional de Ética Médica.-

El negocio es repartido mediante sorteo, en la Sala del 1 de agosto/00, correspondiéndole el estudio de las diligencias al magistrado doctor ODILIO MÉNDEZ SANDOVAL, quien recibe el proceso el 2 de agosto/00, presentando la ponencia respectiva para discusión y fallo de la Sala en la reunión del 5 de septiembre/00.-

De entrada quisiéramos extrapolar sucintamente del artículo: El aborto: Una realidad social, publicado en el periódico Portafolio del miércoles 16 de agosto/00, páginas 28 y 30, de autoría de la periodista Gloria Moanack, algunas observaciones que estimamos son pertinentes con el análisis del presente caso. “ El aborto en Colombia es una realidad social cotidiana, es un tema álgido y complicado en el concepto de la vida misma y la esencia humana y más allá de las convicciones éticas y morales, es un problema de salud pública, que se incrementa día tras día y ante el cual solo ha habido permisividad. Los especialistas hablan de un estimativo de 300 mil abortos anuales, aunque no existen estadísticas, se cree que en su inmensa mayoría son abortos provocados, sin embargo la cifra puede ser más alta. Según estudio de los doctores Camilo Mojica y Hernán Redondo cada año se registran en nuestro país un promedio de 1'300.000 embarazos, de éstos el 26% ocurre por accidente, descuido o ignorancia, y se clasifican como embarazos no deseados. Un 24% del total de embarazos termina en aborto, sin saber cuántos son espontáneos y cuántos buscados, pero se supone que la gran mayoría pertenecen al grupo de los provocados.-

El aborto es una práctica clandestina en Colombia, y las cifras de las mujeres que buscan la interrupción de su embarazo corresponden apenas a las que se registran en los hospitales. Pero no se tiene estadísticas de las que acuden a centros ilegales y a consultorios.-

La mortalidad materna en Colombia es de 78/100.000 nacidos vivos, y el aborto es la segunda causa, en contraste con la de otros países que es alrededor de 10. La mayoría de aborto practicado en condiciones clandestinas dejan secuelas tan graves como infección, hemorragia, esterilidad y muerte. El primer paso hacia el aborto es precisamente un embarazo no deseado, la solución real está en la planificación, y para ello, se requiere educación.”-

En la valoración de la argumentación esgrimida por la defensa, consideramos:

La señora M.C.V.Z. , en su consulta el 30 nov./95, al doctor N.M.M. , con una amenorrea de por lo menos 4 semanas (folio 3- cuaderno 4-FUM- (fecha de la última menstruación -25/10/95- con una planificación familiar oral - según ella, tomada en forma irregular y en edad fértil (37 años), el diagnóstico diferencial que se imponía forzosamente era el de embarazo con relación al de hemorragia uterina disfuncional (HUD) formulado por el doctor N.M.M. y era estrictamente necesario descartarlo (embarazo) con la ayuda diagnóstica específica, antes de practicar el curetaje -, como es la prueba inmunológica de embarazo, que por lo demás es un examen sencillo y rápido que se utiliza en forma rutinaria; noción profesional básica que debe conocer todo médico general y para la cual el doctor N.M.M. tuvo el tiempo y el laboratorio clínico (el del centro médico SER) disponibles.-

De acuerdo con la breve nota clínica (ver de nuevo folio 3 cuaderno 4) que registra buenas condiciones generales, no había urgencia absoluta o vital para proceder inmediatamente al curetaje, sin darse una espera mientras se obtenía el resultado del susodicho examen. Frente al diagnóstico de hemorragia vaginal de origen disfuncional o de otra etiología en el ejercicio idóneo de la medicina es imperativo el estudio histopatológico del material obtenido en el curetaje puesto que, la experiencia consolidada sobre el particular, no deja dudas de su gran auxilio para dilucidar el diagnóstico de la entidad nosológica que motiva la consulta.-

Por consiguiente se configuran dos omisiones elementales en el acto médico.-

Indiscutiblemente y no se ahonda en este tópico, la señora M.C.V.Z. estuvo embarazada recientemente, lo respalda categóricamente la presencia de vellosidades coriales encontradas en la pieza quirúrgica (útero) extirpada, que es un signo patognómico de embarazo, que en general es uno de los pocos de esta categoría que quedan en medicina.-

Las perforaciones uterinas demostradas tienen necesariamente un nexo de causalidad con el curetaje practicado por el doctor N.M.M. , el 30 de nov./95, es un riesgo fortuito descrito en medicina, con un gran índice de morbimortalidad; afortunadamente no tuvo un desenlace fatal - que hoy todos estaríamos lamentando - a pesar de haber desarrollado infección pélvica, uterina y anexos, cuadro que permite predecir un pronóstico grave.-

Las declaraciones del doctor N.M.M. y de la paciente y, la nota clínica, no estipulan si el 30 nov/95, en el momento de la consulta, la señora M.C.V.Z. presentaba un embarazo normal, una amenaza de aborto o un aborto en curso, puesto que el diagnóstico contemplado fue de hemorragia uterina disfuncional, pero con un enfoque contextualizado, y sobre todo por las evidencias surgidas posteriormente, permiten colegir que fue en ese escenario donde se precipitó la interrupción del embarazo.-

Es aceptado y además exigido en el método diagnóstico médico, incluir indefectiblemente cuando las circunstancias lo faciliten, el interrogatorio o anamnesis, pero debe entenderse que esta fase orienta el diagnóstico en gran medida, muy excepcionalmente define por sí el diagnóstico conclusivo, de todas maneras, sin excepción se debe efectuar el examen físico del paciente y solicitar las ayudas diagnósticas e interconsultas que se requieran. No se está desconociendo el principio de la buena fe, al someter la información del enfermo recaudada en la anamnesis, a las comprobaciones de rigor científico. Puede ocurrir que el paciente malinterprete sus quejas o no sea consciente plenamente de ellas o que por pudor, temor o angustia, niegue deliberadamente algunas particularidades de su resorte personal. Por más que a la señora V. el doctor N.M.M. le diera la mayor credibilidad por ser paciente de vieja data, al dar por descontada cualquier posibilidad de embarazo, no exime de responsabilidad por no haber ajustado su conducta profesional a referentes éticos y científicos conducentes.-

No se pone en duda la disponibilidad técnica y del personal del centro médico SER, precisamente de los recursos anotados: la sala de procedimientos totalmente equipada, intuimos que no fue allí donde se realizó el curetaje sino en el consultorio del doctor N.M.M., ubicado en el citado Centro Médico; además, en el proceso no se acredita la recursividad en esa época, del establecimiento mencionado. Los riesgos injustificados a los que se expuso la paciente, por este proceder, saltan a la vista, no fueron riesgos justificados, de fuerza mayor o imprevisibles, esos sí tienen cabida en el código de ética médica vigente.-

Se le abona al doctor N.M.M. la dedicación e interés con su paciente y la ausencia de antecedentes personales y profesionales censurables, que lo hacen acreedor a una atenuación de la pena, que implícitamente está reconocida, puesto que a criterio del Tribunal Nacional, frente a hechos similares y teniendo en cuenta jurisprudencias anteriores de este organismo, la sanción para este tipo de transgresión ha sido una suspensión en el ejercicio profesional mayor a 6 meses.-

Criticamos la remisión de la paciente a Urgencias del Norte. Centro de atención general y el tratamiento quirúrgico realizado ahí, porque la patología que padecía la paciente requería de la atención en un centro especializado, como finalmente ocurrió en la Clínica Medellín, donde se ejecutó la intervención indicada: Ablación quirúrgica del útero, que debió hacerse en la primera intervención, y que quizás no se procedió así por falta de juicio médico, de pericia o de recursos institucionales indispensables para acometer el acto médico quirúrgico referido.-

No estamos de acuerdo con el Tribunal de instancia, en su apreciación de la violación del artículo 6, “ que el doctor N.M.M. actuó en condiciones que interfirieron el libre y correcto ejercicio de la profesión, como era la presencia de una mujer en embarazo que presuntamente venía de practicarse maniobras abortivas ”. El acto médico del doctor N.M.M. , según testimonios fue libre, autónomo, voluntario y exento de presiones indebidas.-

El texto aplicable del artículo 6 es el correspondiente a la primera parte que a la letra se consigna: “ El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y no la segunda que reza: “ Y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión”.-

Independientemente, bien si se trate de situaciones lícitas o ilícitas, el médico está obligado a brindar mínimamente los primeros auxilios a los demandantes de su actividad profesional.-

Por supuesto la conducta profesional del doctor N.M.M. investigada esta prevista en el texto de la ley 23 de 1981.

En vista de encontrarse vellosidades coriales en el útero resecado permite concluir que fue un aborto incompleto y retenido. Vale decir que el doctor N.M.M. al escribir en la consulta del 30 de noviembre/95 (folio 3 cuaderno 4): “ No se observan restos a la especuloscopia, ni se extraen restos, pensamos que se refería a restos ovulares, contempló la posibilidad de embarazo durante el procedimiento del curetaje, ni tampoco precisó en la historia clínica, la intervención realizada curetaje, en su lugar aparece BX, que se traduce como Biopsia, procedimientos que son diferentes.-

Un fenómeno sociológico y una actitud personal, aunque tengan gran expresión estadística, no pueden servir de portaestandarte para derrumbar caros principios éticos y morales, anteponiéndole el adagio: “ La costumbre

hace la ley ". A donde se llegaría en Colombia, si así fuera, con esta patente de corzo, ante por ejemplo: La corrupción, la inseguridad y la violencia? Esta reflexión se trae a colación para enlazarla de alguna manera con la versión del doctor R. que un gran porcentaje de pacientes (90%) en el área geográfica recurren a maniobras abortivas, y los médicos no interrogan este aspecto para evitarse implicaciones.-

La postura del doctor J.T.M., médico de la Clínica Medellín, al solicitar autorización del médico tratante, a través de la familia para hacerse cargo de la paciente, es conveniente discutirla en nuestra convicción que en la relación médico paciente, es pilar fundamental la autonomía del paciente en la escogencia del profesional quien debe atenderlo, condición que prima sobre cualquier otro factor determinante y el médico accedería a la petición correspondiente si se considera apto para brindar los servicios requeridos; así puestas las cosas no es prerequisite "sine qua" non acreditar tal autorización; para la continuación de la evaluación clínica y terapia es indispensable disponer de la Historia Clínica previa y/o de la información pertinente del colega anterior; entendemos que dentro de las relaciones de lealtad y colegaje, no sobra establecer algún tipo de comunicación explicativa entre ellos. El doctor N.M.M. al sugerir, dando razones (consentimiento informado) de que fuera un cirujano general y no un ginecólogo, quien reasumiera la atención del caso en la clínica Medellín, igualmente competente para resolver un problema quirúrgico ginecológico (histerectomía), se situó en un terreno completamente ético y profesional, y por consiguiente irreprochable.-

Finalmente, en cuanto a la réplica de la defensa en el desconocimiento en el juicio de los postulados de presunción de inocencia en In Dubio Pro Reo, y en el incumplimiento del parámetro de legalidad y antijuricidad, en la sentencia, emitida por el Tribunal de Instancia, bástenos acotar que la Ley 23/81, cobija plenamente las conductas típicas evaluadas y prescribe claramente las represiones a aplicar.-

Por otra parte, se estableció categóricamente la existencia de gestación y la práctica del curetaje por intermedio del doctor N.M.M. , del mismo modo en el proceso se cumplieron todas las formalidades reglamentarias y al médico disciplinado se le garantizó el derecho a la defensa.-

En mérito de lo expuesto precedentemente la Sala del Tribunal Nacional confirma la providencia en su totalidad, al hallar responsable ético profesionalmente al doctor N.M.M. , en consecuencia sancionarlo por seis

meses en el ejercicio profesional de la medicina, por violación de los artículos antes mencionados de la Ley 23 de 1981, y que se concretan en:

Omisión en la solicitud de la solicitud de exámenes necesarios: Pruebas de embarazo y análisis histopatológico del producto del curetaje.-

Exposición de la paciente a riesgos injustificados: Realización del curetaje en el consultorio particular del doctor N.M.M. .

Por prestación de servicios profesionales contrarios a la moral: Proceso abortivo.-

Por conducta que se contrapone al fin de la medicina de cuidar de la salud y prevención de las enfermedades. La realización del curetaje, sin justificación médica válida.-

Sujeción de la conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral: Concatenado con la interrupción del embarazo. Aunque no es asunto del trámite de alzada, se coincide por haber razones de peso para poner en conocimiento de la fiscalía los hechos que fueron objeto de condena ética, para lo de su competencia.-

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en el ejercicio de sus funciones legales

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del Tribunal de Ética Médica de Antioquia por medio de la cual determinó imponer al Doctor N.M.M. una suspensión de seis (6) meses en el ejercicio de la profesión médica, por considerar que fue responsable de la vulneración de los numerales 1 y 9 del artículo 1 y de los artículos 6, 10 y 15 de la ley 23 de 1981, con la aclaración que se hizo en relación con el artículo 6, que es por haber aceptado la prestación de unos servicios médicos que eran contrarios a la moral médica.- **ARTICULO SEGUNDO:** COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica y a la Federación Médica para que sea fijado en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 Decreto 3380 de 1981. **ARTICULO TERCERO:** Esta providencia agota la vía disciplinaria. NOTIFÍQUESE, DEVUELVA Y CÚMPLASE.

FDO. JORGE SEGURA VARGAS, Presidente; ODILIO MÉNDEZ SANDOVAL, Magistrado- Ponente; HERNANDO GROOT LIÉVANO, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA Magistrado; HUMBERTO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaria General.

EL ESPINOSO TEMA DEL ABORTO EN COLOMBIA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi¹

El tema del aborto es sumamente complejo. Pero la medicina siempre ha dado prioridad a la vida de la madre sobre la del feto. Esto es indiscutible en casos extremos, en donde la vida de la primera corre peligro por gestar al segundo. Lo que se discute es la ponderación de derechos entre uno y otro en situaciones no críticas y el derecho que posee la progenitora a prescindir de su embarazo en el momento en que sienta que es un obstáculo grave a su propio futuro y a su estabilidad personal, familiar, económica, psicológica y social.

Desde el punto de vista médico el aborto siempre será una tragedia. El aborto provocado sin justificación en el ordenamiento jurídico actual siempre será un delito. Y el aborto, incluso en los casos permitidos por la Ley, siempre constituirá un hecho de enorme trascendencia e incomodidad para un médico consciente de sus deberes profesionales y comunitarios.

Sin embargo, al tratar de definir aquellos casos en los cuales existe una justificación ética para llevarlo a cabo, no cabe duda que cuando la vida de la criatura atenta contra la vida de la gestante, prima la vida materna sobre la del bebé en desarrollo, en cualquier momento del embarazo.

La Ley ha resuelto la situación de duda para los médicos, por el pronunciamiento de nuestro máximo tribunal de Justicia, la Corte Constitucional Colombiana, como veremos más adelante.

1 - Medico. Universidad del Rosario

Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario

Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana

Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne

Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas

Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada

Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá

Especialista en Bioética. Universidad El Bosque

Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque

Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.

Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana

Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica

Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

En este aspecto, el fenómeno de obediencia a la Ley tiene mayor peso que el del acatamiento del ethos moral de la vida, pues si la sociedad viviera solamente bajo el dictum moral en su comportamiento diario, esa sociedad difícilmente hubiera sobrevivido el paso del tiempo.

La Medicina debe defender y proteger la vida como un valor fundamental. Por ello, en defensa de la vida de la gestante se puede terminar de manera abrupta la vida de su producto de gestación. Y esto lo han venido haciendo los médicos colombianos desde hace varios siglos.

Pero la Ley, en el aspecto de convivencia social, se encuentra por encima de la moral, pues tiene consigo la fuerza coercitiva del Derecho, cuyas normas son de obligatorio cumplimiento.

Pero para evitar posiciones martiriológicas entre los médicos de posiciones extremadamente conservadoras, se ha dejado un resquicio de escape, como veremos adelante, en el aspecto de la objeción de conciencia.

EL TEMA JURÍDICO GENERAL DEL ABORTO EN COLOMBIA

El aborto es la interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto son:

- La existencia real del embarazo
- Que se obre sobre el fruto de la concepción, es decir, en el nasciturus y que este desde luego tenga vida pues si no la tiene hay carencia de objeto.
- Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida.
- Que se realicen maniobras abortivas.

Hay varias posibilidades cuando se practica maniobras abortivas:

- El fruto de la concepción puede abortarse por expulsión o en el vientre materno.
- El resultado (muerte) puede darse antes de la expulsión fuera del útero, es decir, en la vagina.
- Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y este sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado, inclusive un infanticidio.

- Si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que está naciendo la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.
- Si a consecuencia del aborto la madre fallece, se configura un homicidio de tipo culposo, con los agravantes de cada caso en particular

Formas de Aborto

1. Aborto Consentido

- **Autoaborto:** Mujer que se realiza el aborto, lo cual es técnicamente muy difícil y mucho más peligroso
- **Con el Consentimiento:** Tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la mujer.

2. Aborto sin Consentimiento de la mujer, también comprende dos formas:

- Sin el consentimiento de la mujer.
- Aborto Abusivo: Cuando se realiza en mujer menor de 14 años.

3. Aborto Atenuado o a Honoris Causa

Cuando el embarazo es resultado de acto sexual sin consentimiento o abusivo, inseminación artificial sin consentimiento, transferencia de óvulo fecundado sin consentimiento. -

Las características propias del aborto con:

- Se trata siempre de una situación dolosa.
- Entre el hecho ejecutado y el evento dañoso debe existir relación de causalidad.
- Cuando las maniobras no ocasionan el aborto solo existiría la tentativa por tratarse de una conducta que puede ejecutarse gradualmente.

En cuanto al punto anterior para Carrara y sus seguidores no existía la tentativa, esta primera concepción nos dice que el aborto consiste en ocasionar la muerte o destrucción del feto (feticidio), como lo consideran un delito de resultado y de lesión no admiten la tentativa,

Otra posición distinta entiende por aborto la expulsión prematura y violenta del fruto de la concepción, es de anotar que puede existir el aborto sin expulsión.

Una tercera concepción la cual es adoptada en nuestro medio define el aborto como la interrupción dolosa del proceso de gestación que puede ocasionar la muerte o quedar en la expulsión o interrupción del proceso de gestación sin muerte, en el sentido naturalístico del término, y aquí sí cabría la tentativa.

DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Quienes se encuentran a favor de despenalizar el aborto esgrimen los siguientes argumentos:

- a-** Cuando el embarazo es fruto de violación o inseminación no consentida, la mujer tiene derecho a rechazar la invasión violenta de su propio cuerpo
- b-** En caso de malformaciones congénitas graves no puede obligarse a la mujer y su familia a soportar semejante carga
- c-** Cuando corre peligro la vida de la madre por el embarazo, prima su vida sobre la del feto
- d-** De todos modos, quien se ha decidido a practicarse un aborto lo hará y es por esto que es preferible que el estado ayude a evitar que sea efectuado por empíricos de alta peligrosidad
- e-** La mujer tiene el derecho de elegir si desea o no ser madre

Los que, por el contrario, piensan que el aborto sí debe continuar penalizado arguyen:

- A-** La primacía absoluta del derecho a la vida.
- B-** El derecho del nasciturus sobre cualquier otro derecho.
- C-** El aborto es un homicidio.
- D-** Su práctica va en contravía de las normas jurídicas y éticas.
- E-** Efectuarlo va en contra de la Ley Divina.

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a)** cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.

b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuando 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 óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto. La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

EL ASPECTO ÉTICO MEDICO EN EL ACTO DE PRACTICAR UN ABORTO

Aunque la práctica de un aborto siempre será incomoda, desasosegante, violenta y desagradable, la protección materna es un principio ético superior respecto de la protección fetal.

La ley de Ética Medica Colombiana (Ley 23 de 1981) condena el aborto en general, pero acepta el mandato legal de permitirlo en los tres casos descritos en la sentencia mencionada de la Corte Constitucional.

Esto dividió a los médicos colombianos en dos grupos: los que respaldan voluntariamente la decisión del alto tribunal y se someten a su mandato sin discutirlo y aquellos para quienes esta determinación constituye un exabrupto a sus principios morales y optan por la objeción de conciencia.

No se vislumbra una tercera posición de rechazo por encima de la norma, pues en este caso quienes así se alinean se encontrarían en situación de ilegalidad, la cual no es aceptable entre los médicos nacionales.

El médico no es solamente un profesional a quien la sociedad le ha conferido la capacidad de intervenir el fenómeno de la enfermedad, con las connotaciones que tiene el obligatorio consentimiento del paciente y sus excepciones en casos

de urgencias críticas. Es también un funcionario social que debe someterse al ordenamiento jurídico, especialmente en las últimas décadas, en las cuales la obligación moral que solamente poseía el control de la autonomía personal del galeno se ha convertido en norma de obligatorio cumplimiento.

Y por más irritante que parezca obedecer la disposición constitucional de respaldar el aborto en los tres casos contemplados en la providencia a la cual nos hemos referido, la ley se encuentra por encima de la moral cuando se habla de la necesaria regulación de la convivencia humana.

Esta fue aceptada y aplicada en la Providencia N 83-09 del Tribunal Nacional de Ética Médica, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora.

Allí se tocan extensamente algunos aspectos que fundamentan la decisión tomada por el tribunal, en áreas como:

- Obligaciones medicas
- Obediencia a la Ley
- Capacidad de los sujetos
- Consentimiento informado
- Debido proceso
- Objeción de conciencia
- Pilares de la ética medica
- Primacía del derecho sobre la moral
- Reducción fetal

Para terminar, ratificando la condena a un médico que por razones personales que no fueron planteadas como objeción de conciencia se negó a practicar el aborto o en su defecto a orientar a la paciente (retardada mental, embarazada por violación de un pariente cercano, con incontinencia de esfínteres y sin posibilidad de determinar su decisión por dicha incapacidad).

EL FETO NO ES PERSONA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

La fuente última de la dignidad humana, base de muchos ordenamientos y de todo el Derecho Natural, es la condición de persona, pues esta constituye el núcleo más específico de cada ser individual.

En Roma, no todos los seres humanos eran personas porque los esclavos eran considerados como bienes, como cosas materiales; ni todas las personas eran

seres humanos, porque reconocieron a las personas jurídicas. Leibnitz definía a la persona como “...un ser capaz de razón y reflexión, que puede considerarse a sí mismo como él mismo...que piensa en distintos tiempos y lugares...por medio del sentimiento que posee de sus propias acciones...”

Hoy en día se considera persona a todo individuo de la especie humana, sin importar edad, sexo, posición social o económica. El ser humano se mantiene a través de la inteligencia y la voluntad. A través de la conciencia se conoce a sí mismo y constituye un microcosmos imposible de conocer en su totalidad. Además, al ser consciente de su existencia y limitaciones, puede hacer prevalecer la razón sobre el instinto, planificando y dirigiendo sus actos en ejercicio de su libertad.

Persona en sentido filosófico es un ser (o supuesto) de naturaleza racional. En sentido jurídico, persona es un ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones.

Persona, en el sentido jurídico, es un ser sujeto de derechos y deberes. La persona puede ser individual o física (personas naturales: su personalidad empieza con el nacimiento y termina con la muerte; todos los hombres en los países civilizados son personas) y colectiva (agrupaciones o colectividades, compuestas de varias personas naturales: se llaman personas morales, sociales o jurídicas).

La personalidad jurídica para los entes colectivos, como lo han demostrado varias escuelas, es una construcción del Derecho; de hecho, la personalidad no es una característica tangible, sino que es una categoría jurídica, un “producto del derecho”, tanto para los entes individuales como para los colectivos (Ferrara-Kelsen). La idea de otorgar esta categoría a los entes sociales lo mismo que a los individuales, es que estos adquieran facilidad de movimiento y operación, por perseguir fines humanos. La personalidad es la unificación ideal de las relaciones.

INICIO DE LA PERSONALIDAD

LA PERSONALIDAD NATURAL (DE LAS PERSONAS NATURALES) COMIENZA CON EL NACIMIENTO; LA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CON SU ACTA DE CREACIÓN.

EL NACIMIENTO ES UNA CONDICIÓN PARA QUE A LA PERSONA LE SEA DADO EL ATRIBUTO JURÍDICO DE LA PERSONALIDAD. CÓDIGO

CIVIL, ARTÍCULO 90: NO SE CONSIDERA PERSONA JURÍDICA A QUIEN NACE MUERTO O MUERE EN EL VIENTRE (PARA COMPROBARLO SE UTILIZA LA PRUEBA DE LA DOCIMASIA PULMONAR HIDROSTÁTICA).

EL SER CONCEBIDO, ES TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA, Y SE LE DEFIENDEN SUS DERECHOS, QUE ESTÁN “CONGELADOS” HASTA EL MOMENTO DE NACER. CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULOS 92 Y 93. EJEMPLO: PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA HASTA EL MOMENTO DE DAR A LUZ; APLAZAMIENTO DE LAS PENAS POR MATERNIDAD, PARA PROTECCIÓN DEL FETO (NASCITURUS); PENALIZACIÓN DEL ABORTO. AS CONDICIÓN PARA QUE SE PUEDA HABLAR DE NACIMIENTO ES QUE EL NIÑO (NUEVA PERSONA) HAYA SIDO SEPARADO DE LA MADRE, YA SEA POR MEDIOS ARTIFICIALES O NATURALES, Y VIVA TAN SOLO UN INSTANTE SIQUIERA.

Los principales efectos del nacimiento incluyen que el neonato se convierte en titular de la personalidad jurídica, con los efectos que esta pueda acarrear consigo (adquisición de derechos y deberes). En caso de que a la madre se le haya postergado alguna pena, o que se le hayan otorgado derechos especiales por el embarazo, estos desaparecen y la pena sigue su curso normal. Adicionalmente existen efectos sucesorales o herenciales

Vaughn recoge opiniones de varios autores al respecto del aborto:

- I- La del propio autor del libro de bioética.
- II- Judith Jarvis Thomson en defensa del aborto.
- III- on Marquis respecto de la inmoralidad del aborto.
- IV- Mary Anne Warren en el análisis de la condición moral y legal del aborto.
- V- John Noonan respecto de la aparición de la condición de persona en el momento de la fertilización.
- VI- Daniel Callahan en una posición moderada que permite el aborto en algunas circunstancias.
- VII- Jane English en una posición también moderada al respecto.
- VIII- Michael Tooley en una posición de defensa del aborto y el infanticidio temprano.
- IX- Susan Sherwin a través de una visión feminista del aborto.

Todo lo anterior complementado con lecturas que revelan datos estadísticos y algunas providencias de la Suprema corte de los Estados Unidos en dos casos específicos de pronunciamientos sobre aborto.

Las ideas principales se detallan a continuación.

I- Vaughn

El aborto es uno de los temas más complicados de la bioética. No solamente ha dividido las opiniones del público, sino que ha sido fuente de inspiración para políticos, tema de providencias jurídicas en las Cortes y origen de situaciones violentas entre grupos sociales en pro o en contra del mismo.

No hay un consenso en el tema. Pero las disertaciones filosóficas han sido extensas, profundas y fructíferas, ofreciendo algunas respuestas de gran valor, constituyendo un ejercicio del pensamiento bioético histórico y contemporáneo a nivel mundial.

Los conceptos han variado entre las culturas y a través de la historia. Mientras Aristóteles preconizaba detener la vida de niños deformes, Hipócrates se opuso al aborto al determinar el ethos de la medicina como la conservación y defensa a ultranza de la vida.

El fenómeno cultural del cristianismo ha variado su posición respecto a la presencia del alma en el feto, considerando en los últimos tiempos que el producto de la unión celular se vuelve persona en el momento mismo de la concepción.

Respecto de los acontecimientos que ocurren en el momento de la unión de los elementos celulares que van a formar al ser humano, debe aclararse que:

- a-** Fertilización o concepción es la entrada de la célula espermática en el ovulo
- b-** Gestación es el periodo transcurrido entre la fertilización y el nacimiento
- c-** Zigote o conceptus es la unión de estas dos células
- d-** Blastocisto es el zigote en actividad los siguientes cuatro a cinco días
- e-** Embrión es el estado de desarrollo que transcurre entre el periodo anterior y la implantación uterina, hasta el final de la octava semana
- f-** A partir de entonces se denomina feto
- g-** La viabilidad se obtiene a partir de la semana 23 a 24
- h-** Aborto es la terminación del embarazo, sea por causas espontaneas o provocadas.

En el famoso caso de Roe vs Wade, la Corte Suprema de Justicia de los EEUU determino tres estados de la gestación.

1- Primer Trimestre. En este estado la mujer es libre de decidir si quiere continuar con la gestación o no

2- Segundo trimestre. El Estado puede regular, pero no prohibir de manera absoluta el fenómeno del aborto provocado

3- Tercer trimestre. Aparece la viabilidad y el Estado puede prohibir la práctica del aborto, excepto en casos especiales en donde la vida de la madre se encuentre severamente amenazada... tiene su base filosófica en el concepto de Ley Natural.

Respecto de este caso, en la lectura final del capítulo, deben mencionarse las opiniones del juez Blackmun en los siguientes aspectos:

- Las leyes prohibitivas respecto del aborto son producto de una sociedad victoriana que intentaba bloquear las conductas sexuales ilícitas de las mujeres
- Anteriormente el procedimiento abortivo era de muy alto riesgo para las mujeres, pero esto ha mejorado
- Existe el derecho a la privacidad, consagrado en las enmiendas a la Constitución americana números 1, 4, 5 y 14.
- Un hijo no deseado impone cargas excesivas de tipo psicológico, personal, familiar y social. Sin embargo, este derecho a la privacidad no es absoluto.
- El feto es una potencialidad de persona y aunque el estado protege al nasciturus y a la mujer embarazada el no nacido no se considera persona
- El aborto es una decisión personal de la madre y debe ser efectuado únicamente por personal médico.

Existen en general tres posiciones respecto del aborto

1- Conservadora. No acepta el aborto sino en casos de grave amenaza contra la vida de la gestante, pues considera que el producto del embarazo es un ser humano completo o al menos una persona en potencia, con los mismos derechos de cualquier persona humana.

2- Liberal. Permite la decisión de abortar en cualquier momento si la madre así lo decide. Considera que el hecho de ser un nasciturus no le confiere la característica de ser persona.

3- Moderada. Permite el aborto y lo acepta desde el punto de vista moral cuando existe justificación fundamentada.

Desde el punto de vista filosófico se enfrentan tres posiciones:

1- Utilitarista. El aborto es moralmente permisible porque de lo contrario, la mujer y la sociedad pueden sufrir terribles consecuencias. Además, no se debe interferir con la capacidad de autodeterminación las personas, excepto cuando amenacen o provoquen daño a los demás

2- Kantiana. Depende de si se considera al embrión y al feto como personas. Y como una de las características de las mujeres como personas es la defensa de sí mismas, incluso a través del daño a otros, justifica el aborto en algunos casos como la salud materna gravemente amenazada y la presencia de malformaciones congénitas graves

3- Católica. Enfática en afirmar que el producto de la concepción es persona desde la fertilización y por tanto su muerte provocada siempre es inmoral.

II- Judith Jarvis Thomson en defensa del aborto

Determina posiciones interesantes entre las que se cuentan la de considerar que el feto adquiere la característica de persona antes del nacimiento. Pero en gracia de discusión con posiciones extremas en contrario, le confiere la personalidad en el momento mismo del nacimiento.

Defiende el aborto, incluso si se considera que el feto ya es persona. No considera justo que el derecho a la vida que puede tener el feto le respalde el derecho a utilizar el cuerpo de otra persona (la madre) en contra de su voluntad.

Discute los derechos de madre y feto y analiza lo que sucede si ambos seres tienen un mismo derecho a sobrevivir. Y defiende el derecho materno por encima del de la criatura, pues no se puede permitir que, a pesar de la inocencia del primero, tenga también el derecho de continuar su vida incluso con la destrucción de la vida materna. En conclusión, matar un feto no es siempre erróneo e inmoral. Matarlo sin una razón justificada si lo es.

III- Don Marquis respecto de la inmoralidad del aborto

Su argumento esencial radica en lo erróneo e injusto de matar a otro porque le arrebatara su futuro, lo priva de posibles experiencias, proyectos, actividades y disfrutes.

Discute sobre un punto esencial: el problema con los principios demasiado amplios es que tratan de abarcar demasiado, mientras los principios demasiado estrechos no abarcan lo suficiente.

Ambos extremos, los pro aborto y los antiaborto, enfrentan problemas de definición sumamente serios: la personalidad del feto, la explicación de por qué una mera característica biológica puede hacer una diferencia moral, porque la presencia de características psicológicas específicas hacen la diferencia moral, y muchos otros.

¿Por qué es entonces inmoral matar a alguien? ¿Por la brutalización del acto de matar? ¿Por la producción de dolor en la víctima? ¿Por truncar el deseo de seguir existiendo?

Para el autor, el aborto será siempre inmoral, excepto en casos muy raros, pues le quita a la persona en potencia de esta posibilidad de disfrutar de un futuro y sus propias experiencias positivas.

Y el feto posee una característica esencial, la posesión de la capacidad de desarrollarse como un ser humano adulto y esto hace que el aborto sea siempre un error moral.

IV- Mary Anne Warren en el análisis de la condición moral y legal del aborto. Se coloca en una posición opuesta a la anterior. Afirma que el aborto siempre será moralmente permisible, pues el embrión y el feto no son personas. Son apenas seres humanos con un código genético.

Analiza en forma muy profunda los artículos de dos profesores: Brody y Thomson, para llegar a la disección del problema del status moral del aborto. Para ello aborda los siguientes temas:

a- La definición de quien es ser humano. Y concluye que el simple hecho de poseer el código genético, que hace a un ser genéticamente humano, no lo hace moralmente humano, pues el feto es apenas una potencialidad.

b- Definición de la comunidad moral. Warren exige cinco condiciones para aceptar la humanidad de algo en el sentido moral y poder asignarle en consecuencia la característica de persona:

- Conciencia y la capacidad de sentir dolor
- Razonamiento
- Actividad voluntaria
- Capacidad de comunicación
- Posesión de conceptos propios

Como el feto no posee ninguna de ellas, no tiene derechos morales absolutos.

V- John Noonan respecto de la aparición de la condición de persona en el momento de la fertilización.

Su pregunta esencial es: ¿Cómo determinar la condición humana de un ser vivo? y se fundamenta en la recepción del código genético humano en el momento mismo de la concepción. Esto le brinda la característica de ser un humano en auto evolución.

Apoya sus argumentos en las siguientes premisas:

- Si el ser es concebido por seres humanos, entonces será un ser humano.
- El ser en formación tiene fenómenos de reactividad y comienzo de acumulación de experiencias.
- El ser en formación es percibido desde la concepción como parte de la familia de los padres.

VI- Daniel Callahan en una posición moderada que permite el aborto en algunas circunstancias

No comparte las nociones del feto como un simple conjunto de tejidos ni tampoco como una persona con sus características completas.

El feto tiene valor moral en el sentido de ser una vida humana. Por lo tanto, no puede ser objeto de aborto indiscriminado.

Pero como la mujer también tiene obligaciones morales consigo misma, su familia y la sociedad, en algunos casos el aborto tiene justificación moral.

VII- Jane English en una posición también moderada al respecto

La mujer tiene el derecho, especialmente en etapas iniciales de la gestación, a practicarse un aborto en un proceso de autodefensa. Pero el aborto no es

permisible moralmente en todos los casos, pues posee un status moral parcial que aumenta en la medida de su desarrollo hacia persona completa. Por lo tanto, en etapas avanzadas de la gestación el aborto es inmoral, salvo casos de seria amenaza de daño o muerte a la madre.

VIII- Michael Tooley en una posición de defensa del aborto y el infanticidio temprano.

Se analizan varios aspectos filosóficos:

- Un ser no puede tener derecho absoluto a la vida a no ser que sea capaz de tener un interés en su existencia continuada.
- Esa entidad no es capaz de tener un interés en su continua existencia, a no ser que posea el concepto de autocontinuidad, o sujeto de experiencias y otros estados mentales.
- El hecho de que un ente, si no es destruido, llegue a tener las características que le den el derecho a vivir, no hace que su destrucción antes de este evento sea moralmente errónea.

Pero estas características no las posee ni el feto ni el recién nacido temprano. En resumen, defiende que un individuo no tiene derecho a vivir a no ser que posea el concepto de autoconocimiento mental.

El solo hecho de tener la potencialidad de conciencia de sí mismo no le hace acreedor a ser mantenido con vida cuando existen otros hechos que justifican su destrucción, incluso en etapas tempranas luego del nacimiento

IX- Susan Sherwin a través de una visión feminista del aborto

La mujer embarazada como sujeto de decisión en el aborto, para los feministas es esencial y para los no feministas es invisible, pues estos últimos limitan su análisis al feto y sus derechos. Su discusión se centra en la personalidad o no del feto y para muchos las mujeres son consideradas como simples contenedores fetales o como sistemas de soporte vital para la criatura por nacer.

Cuando el aborto era absolutamente ilegal, las mujeres buscaban de todos modos el procedimiento, aun a riesgo de sus propias vidas. Las campañas antiaborto puntualizaban únicamente a una inocente criatura cuya vida estaba amenazada por su propia madre.

El impedimento de un niño sobre la carrera de una mujer es sumamente pesado. El cuidado de un niño es difícil.

Por otro lado, el embarazo fruto de violación o incesto es una carga insoportable para cualquier mujer. Y cargar con niños con defectos congénitos graves es una invitación al sufrimiento de ese nuevo ser humano.

El embarazo ocasiona un profundo impacto en el cuerpo y en la mente de las mujeres. Por lo tanto, las políticas respecto del aborto afectan esencialmente a las mujeres, quienes son las que mejor conocen sus circunstancias de su decisión de abortar en cada caso particular.

Un nuevo niño puede ser un obstáculo enorme en la lucha contra la pobreza. Cada mujer es la única que puede evaluar el impacto de la llegada de un nuevo niño a su vida.

Cada mujer es un agente moral completo en capacidad de decidir sobre sus propios embarazos.

El control patriarcal de la sociedad es un ente que dificulta y limita las decisiones femeninas.

La restricción al aborto también limita las decisiones de una mujer sobre su sexualidad.

Muchos encuentros sexuales femeninos se llevan a cabo bajo presión.

CONCLUSIÓN

Colombia se encamina a su conversión en sociedad pluralista imbuida en todos los principios de convivencia social, particularmente dirigidos por los principios de Tolerancia, Igualdad, Libertad y Fraternidad entre nuestros compatriotas.

La Corte Constitucional no ha eliminado el delito de aborto del Código Penal. Lo que ha hecho es despenalizarlo en determinados casos clasificados por la Sentencia C-355-2006, lo cual constituye un reconocimiento a un grupo de libertades femeninas respecto de su propio cuerpo y mente.

Tampoco ha estructurado el aborto como una obligación, ni siquiera en los casos en los cuales el aborto fue despenalizado. Esto es de elemental lógica, pues respeta grupos amplios de libertades que pertenecen a toda la comunidad.

Se trata simplemente de consagrar una opción amparada por la Ley en sentido material, que constituye una elección y nada más que eso.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO CONSIDERACIONES BÁSICAS

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSc¹

I- FUNDAMENTOS

A- SENTENCIA C-355

Mediante esta providencia de la Honorable Corte Constitucional Colombiana se decidió que las mujeres podían acudir al servicio de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) o aborto despenalizado por la Ley, en tres casos específicos

B- SENTENCIA 680 TNEMD

En esta jurisprudencia del Honorable Tribunal Nacional de Ética Médica, se condenó por primera vez a un médico que, en razón a sus creencias religiosas, demoró de manera descarada la práctica de IVE a una paciente con severo retardo mental, quien fue accedida carnalmente por un familiar cercano (quedando embarazada), hasta el punto de llegar a un grado de viabilidad fetal imposible de atacar, pues el parto debía producir un feto en capacidad de sobrevivir a las duras condiciones del ambiente externo.

Eventualmente, la desafortunada y violada madre de la criatura, dio nacimiento a un producto maduro, con todas las consecuencias sociales, psicológicas y familiares de aceptar un hijo no deseado, con todas las consecuencias que implica esta llegada.

1 - Médico. Universidad del Rosario

Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario

Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana

Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne

Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomás

Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada

Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá

Especialista en Bioética. Universidad El Bosque

Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque

Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.

Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana

Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

II- IVE ES UNA FORMA DE PROTEGER LA CALIDAD DE VIDA

Sentencia T-988/07

29.- No cosa distinta se desprende del respeto por la dignidad humana contenido en el artículo 1º de la Constitución Nacional. La garantía de la dignidad humana cumple un papel muy importante en el contexto de la Constitución de 1991 y se convierte en uno de los hilos conductores para la interpretación de los preceptos constitucionales. En la sentencia T-881 de 2002 se refirió la Corte en extenso a esta temática y fijó la naturaleza jurídica del derecho a la garantía de la dignidad humana en el marco de la Constitución Nacional así como las consecuencias normativas de su determinación. En la sentencia C-355 de 2006 hizo eco la Corte:

...

“ A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana-el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”

(...)

“La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares.”

III- ¿POR QUÉ EL DERECHO PREVALECE SOBRE LA MORAL?

Para entender el derecho como fenómeno eminentemente social, es necesario partir de la historia humana misma. Y, para comprender la evolución de las sociedades, la formación y destrucción de los estados, la obediencia de miles de hombres en el curioso fenómeno de la guerra, la autodestrucción que siempre ha caracterizado a nuestra especie, la posibilidad de convivir con nuestros semejantes en medio de un intenso amor y un profundo odio, hay

que analizar al ser humano en todos sus aspectos, en la grandiosidad de su pensamiento y en la bajeza de sus acciones, en su sed de trascendencia y en su enorme egoísmo, en su impresionante capacidad de conocimiento abstracto y en la simplicidad de sus actos cotidianos. En una palabra, en su integridad como el mayor predador que ha engendrado el universo y, al mismo tiempo, la obra más delicada que la creación ha podido entregar como producto en evolución permanente.

Si no se entiende al ser humano no es posible entender el Derecho. Un togado ignorante nunca será un buen humanista. Y quien pretende conocer solamente un conjunto de códigos sin adentrarse en el estudio de las personas y la sociedad, jamás será un verdadero jurisconsulto. Y esta es la esencia del Derecho: la humanidad misma, en toda su grandeza y su miseria.

El derecho se ha diseñado para proteger la dignidad humana. Mientras exista la persona existirá el derecho y desde que haya historia habrá normas de derecho de una u otra forma.

El ser humano es conflictivo por naturaleza. La vida social empeora este conflicto de relaciones humanas, pero el derecho las controla, modera y modula.

IV- DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO ES OBLIGACIÓN DELAS EPS

Acude entonces a la Resolución 1896 de 2001, la que adiciona la Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud de la OMS, acerca de la práctica del aborto sin riesgo, de 2003, en donde se mencionan aspectos como:

- a-** Que las entidades deben garantizar un número adecuado de proveedores del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.
- b-** Que la provisión de este servicio de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los siguientes cinco días a la solicitud.
- c-** Previo el consentimiento informado de la gestante.
- d-** Y la presentación del certificado médico o de la denuncia penal.....so pena de las sanciones respectivas.
- e-** Las EPS deben individualizar de antemano a las IPS donde se encuentren profesionales habilitados para IVE.
- f-** No se permite que la demora en los trámites haga que el transcurso del tiempo corra en contra de los derechos fundamentales de la mujer.

Decreto No. 4444 de 2006, de diciembre 13, mediante el cual el Ministerio de Protección Social reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. Y se refiere a su artículo 2, que dice a la letra:

Artículo 2°. Disponibilidad del servicio. La provisión de servicios seguros de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto, estará disponible en todos los grados de complejidad que requiera la gestante, en las instituciones prestadoras habilitadas para ello, de acuerdo con las reglas de referencia y contrarreferencia, y demás previsiones contenidas en el presente decreto.

Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en el ámbito de sus competencias, deberán garantizar que en la red pública de prestadores de servicios de salud de su jurisdicción, exista disponibilidad suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios de IVE en todos los grados de complejidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de que trata el presente decreto y de acuerdo con sus disposiciones, de conformidad con lo previsto en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior comporta a su vez la obligación de las EPS de realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus derechos fundamentales. En efecto, las EPS deberán remitir directamente a la mujer solicitante al profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVE; y, en caso de que la mujer acuda directamente a una IPS a solicitar dicho procedimiento, el profesional de la salud que atienda el caso y presente objeción de conciencia debe proceder a remitir de manera inmediata a la mujer al profesional habilitado para el efecto, cuya disponibilidad debe conocer de antemano según la lista determinada por las entidades de salud públicas y privadas.”

V- REQUISITOS PARA LA IVE

Resolución 1896 de 2001, la que adiciona la Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud de la OMS, acerca de la práctica del aborto sin riesgo, de 2003, en donde se mencionan aspectos como:

- a- Que las entidades deben garantizar un número adecuado de proveedores del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.
- b- Que la provisión de este servicio de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los siguientes cinco días a la solicitud.
- c- Previo el consentimiento informado de la gestante.
- d- Y la presentación del certificado médico o de la denuncia penal.....so pena de las sanciones respectivas.
- e- Las EPS deben individualizar de antemano a las IPS donde se encuentren profesionales habilitados para IVE.
- f- No se permite que la demora en los trámites haga que el transcurso del tiempo corra en contra de los derechos fundamentales de la mujer

VI- PRUEBAS QUE DEBEN PRESENTARSE

La presentación de la denuncia SÍ es motivo para proceder con la IVE.

“...Ahora bien, dada la importancia que para el caso que ocupa la atención de la Sala en la presente ocasión tiene la situación de la mujer que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo, estima la Sala pertinente extenderse un poco más sobre las consideraciones realizadas por la Sentencia C-355 de 2006 en punto a este asunto, las cuales también se relacionan de modo inescindible con la parte resolutive de la referida providencia. En relación con este tópico, manifestó la Corte con toda nitidez, que en aquellos eventos en los cuales el embarazo surgía a partir de una conducta “constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto,” se exigía como único requisito para practicar el aborto inducido que el hecho punible “haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.” De inmediato, subrayó la Corporación cómo cualquier regulación legal en tal sentido no debía significar la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer gestante y brindó algunos ejemplos.

VII- SI EL JUEZ DE TUTELA NIEGA LA IVE A QUIEN DEBE DENUNCIARSE

En la misma sentencia la Corte concluyó que cuando los jueces de tutela niegan el derecho a la mujer embarazada de acceder a la IVE en los términos de la sentencia C-355 de 2006, se deben remitir copias de su actuación a las autoridades disciplinarias y penales. De hecho en la sentencia T-209 de 2008 se ordenó: “(...)que los jueces que actuaron, tanto en primera como en segunda instancia en la tutela, sean investigados para que se establezca las posibles faltas disciplinarias en que pudieron haber incurrido, de conformidad con las consideraciones expuestas anteriormente. Con dicho fin, la Secretaría General de esta corporación enviará copias de todo lo actuado con destino al Consejo Seccional -Sala disciplinaria- de Norte de Santander, trámite disciplinario que debe ser vigilado por la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, la Fiscalía General de la Nacional deberá investigar, si los mismos jueces, pudieron haber incurrido en el delito de prevaricato, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá copia de todo lo actuado en esta tutela.”

VIII- NO PEDIR COSAS DESPROPORCIONADAS PARA DEMORAR LA IVE

sentencia C-309 de 1997 sostuvo esta Corporación:

‘La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas “perfeccionistas”, esto es, “en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.”

Como se desprende de lo expuesto, la Corte Constitucional fue muy clara en establecer que la protección del valor de la vida del nasciturus en el ordenamiento constitucional debe efectuarse sin detrimento de los derechos constitucionales de la mujer gestante. Cualquier medida de protección debe ser proporcionada y, en tal sentido, no puede traducirse en una carga excesiva y arbitraria para los derechos de la mujer gestante o en una medida perfeccionista que atente contra su dignidad, su autonomía o contra el libre desarrollo de su personalidad. Por ese motivo, en caso de configurarse acceso carnal violento, sin consentimiento o abusivo el único requisito exigible para efectuar el aborto inducido es que tal hecho punible “haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.” Justo en esa misma línea de argumentación, resaltó la Corte que debía considerarse inadmisibles cualquier regulación legal tendiente a exigir cargas desproporcionadas que dejaran sin protección a la mujer gestante.

Además, dice la Sentencia T-988/07

“...9.- De lo expresado en líneas precedentes se sigue que, en relación con la práctica del aborto inducido en los casos que fueron despenalizados por la sentencia C-355 de 2006, el deber de las autoridades públicas - y de los particulares que actúan en esa calidad, como ocurre con las Empresas Promotoras de Salud -, consiste en remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud en condiciones de calidad y seguridad de modo que se protejan en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos. Las autoridades públicas y los particulares que obran en esa calidad no sólo están obligados a evitar actuaciones discriminatorias sino a promover las condiciones para que sea factible respetar los derechos constitucionales fundamentales de la mujer gestante...”

Sentencia T-988/07

36.- También, advertirá la Sala a la E. P. S. SALUDCOOP que no puede poner obstáculos de orden formal ni hacer exigencias irrelevantes o imposibles de cumplir cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada - limitada física, psíquica y sensorialmente e imposibilitada para manifestar libre y directamente su consentimiento - que ha sido víctima de acceso carnal sin consentimiento, violento o abusivo. En ese mismo orden, le recordará que, bajo este supuesto, la solicitud de interrupción del embarazo deben poder efectuarla los padres de la mujer discapacitada u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia.

IX- DEMORAS INJUSTIFICADAS EN LA IVE

De otro lado, la Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En opinión de este Tribunal Nacional, todo médico que presente objeción de conciencia frente a una solicitud de terminación voluntaria del embarazo, amparado por las causales de despenalización del aborto por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, además de responsabilizarse de colocar a la paciente en manos de un profesional que no tenga dicha objeción, debería ser sometido a un proceso muy rápido de análisis de las causas de esa objeción de conciencia, ante los tribunales seccionales de ética médica, los cuales analizarán las causas de fondo que llevan a pronunciarse por el derecho a negarse a practicar el aborto. En esa forma quedaría la constancia formal de dicha objeción y la decisión del tribunal seccional de ética médica de iniciar o no una acción disciplinaria en contra del médico, cuando las razones presentadas no fueren coherentes con la Ley Colombiana y, especialmente, con la Ley de Ética Médica.

La Entidad Promotora de Salud SaludCoop hizo depender la interrupción del embarazo en una mujer limitada física, psíquica y sensorialmente - quien fue víctima de acceso carnal sin consentimiento y abusivo -, de formalidades imposibles de cumplir, como lo son, de una parte, la existencia de sentencia de interdicción judicial y, de otra, el examen psicológico para constatar que el acceso carnal no fue consentido. Al hacerlo, incurrió la entidad demandada en una practica que a la luz de las circunstancias del caso concreto resulta arbitraria y desproporcionada y desconoció, además, la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 2006.

En particular, la sentencia T-209/08 recordó que: “los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a realizar el procedimiento IVE, (i) de manera oportuna, es decir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la protección Social; (ii) su atención será integral y con calidad; y, (iii) se hará con sujeción a las normas técnico-administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social, las cuales serán de obligatorio cumplimiento, y mientras éstas se expiden, los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas del Decreto 4444 de 2006 que tienen como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).”

X- ¿CÓMO DEBE PROCEDER EL MÉDICO ANTE UNA SOLICITUD DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO?

Considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que existen una serie de puntos que deben tenerse en cuenta de manera muy precisa cuando de alegar objeción de conciencia se trate, en casos de negarse el profesional de la medicina a practicar un aborto en las condiciones descritas por la Sentencia C-355 de 2006 de la Honorable Corte Constitucional de Colombia, cuyos pronunciamientos en materia de la Carta Fundamental son de obligatorio acatamiento, es decir, tienen fuerza vinculante para las autoridades judiciales y para la ciudadanía en general.

Lo anterior, independientemente de las creencias y convicciones filosóficas, culturales, intelectuales o comunitarias de las personas.

Teniendo en cuenta las escasas sentencias al respecto, se han extraído algunos aspectos importantes a tener en cuenta en caso de una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo por parte de una mujer colombiana o sus representantes legales.

1- Debe recordarse que en la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.
- b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

2- Esta decisión no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Cada una es libre de hacerlo o no, incluso en los casos descritos previamente, si en su fuero interno y utilizando su capacidad de decisión y ejercicio, considera que desea continuar adelante con su embarazo. Es decir, es su propia decisión siempre y cuando se encuentre en uso de su libre albedrío.

3- En el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que se determina, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que decidan la interrupción voluntaria de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos contar previamente con su consentimiento debida y ampliamente informado y cualificado.

4- Se insiste en que estos fallos constitucionales se basan en la propia Carta Magna y no pueden ser objetados ni desobedecidos por nadie.

El artículo 243 de la Constitución Política establece: “ART. 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

5- cuando 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 óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto.

6- La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

7- Pese a lo anterior, se recuerda que en un caso reciente (Sentencia T-988 de 2007) se adjuntaron al expediente algunas pruebas. Esto no quiere decir

que sean de obligatorio aporte a la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, pero es prudente tenerlas en cuenta para efectos del lleno de algunos otros requisitos, en especial relacionados con la afiliación a la EPS. Sin embargo, para efectos de interrupción voluntaria del embarazo no pueden ser de obligatorio requerimiento, pues entorpecerían el procedimiento ordenado claramente por el máximo tribunal constitucional.

A- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora madre de la paciente incapaz

B- Copia de del Registro Civil de Nacimiento de la joven víctima de acceso carnal violento. Si es posible, en caso de interdicción judicial por retardo mental o similares, la anotación correspondiente o la copia de la respectiva providencia judicial, así como el nombre del curador respectivo.

C- Copia del documento de identificación de la joven en mención.

D- Copia del carné de afiliación de la víctima a su EPS.

E- Copia del escrito de petición elevado por la representante legal de la víctima ante la EPS.

F- Copia del resultado del examen ginecológico practicado a la joven BB (cuando este se encuentra disponible), en el que consta el estado médico de la enferma en caso de incapacidad, absoluta o relativa.

G- Copia del denuncia de violación (Este es el único requisito indispensable).

H- Copia del Informe Técnico Médico Legal Sexológico (cuando se tenga disponible).

I- Copia del Informe Ecográfico (cuando se tenga disponible) en el que se constata el embarazo y su fecha aproximada de evolución.

8- Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.

9- Los servicios de salud requeridos por las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado y las Entidades Adaptadas se prestarán en las instituciones prestadoras de servicios de salud con las que cada administradora tenga convenio o contrato, o sin convenio cuando se trate de la atención de urgencias.

10- Los servicios de salud requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, se efectuarán a través de los Prestadores de

Servicios de Salud públicos o aquellos privados con los cuales las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud tengan contrato.

11- En ningún caso las entidades de que trata el artículo 1° del presente decreto podrán imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación de los servicios de que trata el presente decreto, tales como, autorización de varios médicos, revisión o autorización por auditores, períodos y listas de espera, y demás trámites que puedan representar una carga excesiva para la gestante.

12- Los servicios de salud de que trata el presente Decreto que se encuentren contenidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado para las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, se cubrirán con cargo a la Unidad de Pago por Capitación del respectivo régimen.

13- En ningún caso habrá lugar al cobro de cuotas de recuperación por la prestación de servicios de que trata el presente decreto para la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

14- La información que se debe suministrar a la mujer, cuando tenga capacidad de decisión, sobre el procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo deberá incluir como mínimo lo siguiente:

- Qué se hará durante y después del procedimiento.
- Qué es probable que sienta (v.g. dolores, cólicos tipo menstrual y sangrado).
- Cuánto tiempo llevará el procedimiento.
- Qué se puede hacer para el manejo del dolor.
- Los riesgos y complicaciones asociadas con el método.
- Cuándo podrá retomar su actividad normal, incluso las relaciones sexuales.
- Los cuidados de seguimiento.
- Información sobre anticoncepción

15- En el caso de niñas menores de 14 años, se debe contar previamente al procedimiento médico, con el consentimiento ampliamente informado y cualificado de la niña, con la autorización de su representante legal y/o de la autoridad competente (consentimiento sustituto), teniendo en cuenta para ello los parámetros fijados por la Corte.

16- Si bien el consentimiento sustituto de los padres, previsto en el anexo de la Resolución 4905 de 2006 para los casos de interrupción voluntaria del embarazo de niñas menores de 14 años, está amparado en principio en el deber estatal de velar por la vigencia efectiva del interés superior de los niños y las niñas, el mismo debe ser conciliado con sus derechos prevalentes consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución Política y en las leyes. Claro está, cuando la capacidad se encuentre intacta.

17- Aun cuando los representantes legales o tutores de las menores de edad estén facultados para tomar decisiones sanitarias por ellas, inclusive en contra de su voluntad, las mismas no pueden conllevar en modo alguno al menoscabo de sus derechos a la salud o a la integridad personal, y tampoco un total desconocimiento de su autonomía por cuanto la voluntad de los padres no se puede confundir con la voluntad de sus hijas, que es en todo caso relevante dentro de la relación médico - paciente. Obviamente no en personas con limitaciones mentales severa.

18- Acorde con la doctrina constitucional referida, el consentimiento informado, persistente y cualificado, es el elemento indispensable que legitima cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal. Es deber del médico suministrar la información necesaria al paciente con el propósito de que éste conozca los beneficios y los riesgos de la intervención, permitiendo sobrellevar la angustia, el dolor y el sufrimiento propio de los estados patológicos. De nuevo, cuando pueda decidir por sí misma.

19- Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.

20- El acuerdo es INFORMADO, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio que limite la suficiencia de la información y ajustando la remisión de dichos datos al reconocimiento intrínseco de la condición humana. Es PERSISTENTE, para significar que la información debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio. Es CUALIFICADO ya que la información debe darse en un lenguaje sencillo, entendible para el paciente y sus familiares,

no obstante, los términos científicos y técnicos médicos que identifiquen las patologías y tratamientos, además, se exige el respectivo seguimiento del caso por parte del equipo interdisciplinario (Médicos, cirujanos, siquiátras, psicólogos y trabajadores sociales).

21- Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

22- como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. En vez de ello, sus nombres serán remplazados con un solo nombre ficticio que se distingue por encontrarse escrito en cursiva.

XI- Prohibición de prácticas discriminatorias.

En ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo en los términos del presente decreto, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. No podrá exigirse esta información como requisito para:

- a)** Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b)** Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, excepto cuando se requiera vincular personal para la prestación directa de los servicios regulados por el presente decreto;
- c)** Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;
- d)** Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;
- e)** Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.

Estas son algunas consideraciones respecto de la IVE.

ALGUNOS ASPECTOS EN OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi¹

La Honorable Corte Constitucional Colombiana mediante la sentencia C-355 de 2006 resolvió despenalizar el aborto en 3 casos específicos, en el entendido de que no se incurre en delito de aborto, cuando con el consentimiento de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos:

Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.

Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto.

1 - Medico. Universidad del Rosario

Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario

Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana

Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne

Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas

Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada

Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá

Especialista en Bioética. Universidad El Bosque

Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque

Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.

Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana

Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica

Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

Según lo expresado en la sentencia es deber de médicos e instituciones hospitalarias ofrecer a sus pacientes, en la medida de lo establecido en la ley, las garantías necesarias para llevar a cabo la interrupción de un embarazo. Por esta razón la Secretaría Distrital de Salud en la circular 019 emitida el 24 de agosto de 2006, informa a las clínicas y hospitales de la ciudad capital que con el fin de supervisar que dichos procedimientos sean realizados de acuerdo a la reglamentación, éstas tendrán un plazo de 24 horas para informar a la Secretaría Distrital la práctica de un aborto.

A raíz del fallo en cuestión apareció el planteamiento de la objeción de conciencia, situación que ocurre cuando un médico no quiere o no puede aceptar una acción que vaya en contra de sus principios, sean de tipo ético, moral, profesional e intelectual, caso en el cual plantea su situación ante algún órgano competente de la Administración, para que se acepte su negativa y, en su defecto, sea otro profesional de la misma o superior categoría, quien efectúe el acto médico autorizado por la Ley.

El profesor Edgardo Villamil Portilla expresa en uno de sus escritos:

“El asunto que se ha planteado, y que suscita interés para los estudiantes, atañe a saber si un juez puede sustraerse a decidir un caso en que la demandante solicita autorización judicial para practicarse un procedimiento de aborto, pretextando el funcionario objeción de conciencia. Para intentar una respuesta a ese interrogante lo primero que debe advertirse es que el asunto sometido a controversia judicial no puede quedar sin solución, pues el ciudadano que ha elevado el reclamo no puede recibir el silencio como respuesta. En el evento particular, si el sistema judicial no proveyera una decisión pronta, la ciudadana que ha pedido se le resuelva sobre la autorización para que se le practique un aborto tiene un derecho constitucional a que se le brinde la solución oportuna, si no se decide mediante una sentencia para ella el ordenamiento no existe. Para ella no habría Constitución, tampoco si se le resuelve tardíamente porque la gestación no da espera y si se superan ciertos límites la situación jurídica y fisiológica puede variar de tal modo que se incremente la complejidad del asunto.”

Entre el derecho a la objeción de conciencia del juez y el derecho al acceso a la administración de justicia, que es realmente el derecho a la vigencia del ordenamiento jurídico, debe primar este. No podría el juez declararse impedido pues las causales de impedimento se hallan previstas en la Ley y la configuración del debido proceso corresponde al legislador. Más allá de

ese aspecto puramente técnico, si se sometiera el asunto al trámite de un impedimento, además de carecer de causal para hacerlo, de nada valdría la intervención del juez que debe resolver el impedimento si es que finalmente le niega el derecho a la objeción de conciencia.

Dicho de otro modo, de qué valdría tramitar un impedimento si al ser decidido por un superior este le ordenase al Juez decidir el asunto. El dictamen judicial del superior, negando el impedimento ningún cambio produciría contra el alegato de conciencia puesto por el Juez, pues si en el sopesamiento entre su conciencia y la Constitución que le ordena decidir el asunto, como que es parte de sus funciones, pesa más su conciencia. En ese escenario nada valdría la decisión del superior de ese juez negando el impedimento y retornándole el proceso para que decida. Síguese de ello que el camino del impedimento parece no razonable.

Desde otra perspectiva, es curioso que las primeras expresiones de objeción de conciencia hayan sido expresada por jueces varones, es decir que el punto de vista de la mujer y de quien es forzado a la maternidad no cuenta para nada, pues primero está la conciencia del Juez, ya sea que esta se halle anclada en lo religioso o en su posición ética ante la vida. El Juez que expresa objeción de conciencia para decidir sobre la autorización de un aborto por razones de salud, de malformación del feto o por ser producto de una violación, a manera de ejemplo, no toma en cuenta que la decisión individual de la ciudadana que en los pliegues de su conciencia ya deliberó sobre sus propios valores y tomó la opción.

El juez que expresa la objeción de conciencia en un caso de autorización de aborto en verdad quiere escapar al mandato de decidir, él, de acuerdo a sus valores y preferencias si tiene el sentido de la decisión. Es su deber decidir, así sea para negar la autorización, en verdad pareciera que rehuye el riesgo de decidir. NO se conoce norma o sentencia que le haya obligado a autorizar, pues si la ley dijera de modo imperativo cómo decidir, el juez sería innecesario, justamente el juez está ahí para decidir, en cualquier sentido, puede ser en aquel que no choca contra su conciencia, por ejemplo que el que dice preservar la vida. Si esa es la manera en que concibe los valores que la sociedad debe practicar en este momento de la historia debe hacerlo, a menos que use el pretexto de la objeción de conciencia para no tomar el riesgo de ser investigado, por ejemplo, por prevaricato. En el juzgamiento de este podría plantear sí la objeción de conciencia para justificar porque negó la autorización.

El Juez que plantea en este caso la objeción de conciencia está negando la vigencia de los mecanismos que la democracia tiene previstos para la definición sobre cuales son los derechos y valores más estimables de estas generaciones y sobre cómo ellos deben ser protegidos, y lo que es peor aún, se niega a exponer los motivos que tiene para hacerlo, razones que podrían forzar, por la potencia dialéctica que a ellos atribuye, un cambio en la tendencia jurisprudencial o las transformaciones legales y constitucionales.

La objeción de conciencia puesta por un juez para decidir un caso, plantea el difícil problema de si el juez debe ser garante de que la sociedad siga la ruta que se trazó en el programa constitucional, tomando como norte la construcción colectiva de esos valores en los órganos democráticamente elegidos, o si ante la imposibilidad de aplicar su propia escala puede apartarse de su función sagrada de decidir.

No es poca cosa el debate que aquí se plantea, pues, a manera de ejemplo, un juez penal que abraza el abolicionismo podría lograr que se dispusiese su traslado a la justicia civil, y de ésta a otra, si es que su conciencia social le impide, por ejemplo, decretar el despojo de una familia de una vivienda de interés social, cruzada que parece plausible, pero que plantea problemas de hondo contenido. Un juez que asume funciones como tal, profesa de antemano el deber de obediencia al derecho y ello le impone el deber de decidir, no importa el choque del ordenamiento jurídico con sus propios valores, que si los considera superiores, más altos o más altruistas, no puede renunciar a defenderlos públicamente, ni negar el debate que será el motor del cambio. Más complejo se hace este problema, si el juez ignora cuál es el ordenamiento vigente, ignorancia que no puede salvar.

La Corte Constitucional por la modalidad de sus fallos crea nuevas normas a partir de la Constitución, y siembra el campo de prohibiciones al legislador para legislar en determinado sentido. No obstante, cuando entre el anuncio de la sentencia y la promulgación de esa sentencia con pretensiones de ser fuente formal de derecho, se produce una especie de *vacatio legis* en que no hay principio de legalidad y tanto el juez como los interesados podrían estar cometiendo un delito sin saberlo. Si se tratara de la ley expedida por el Congreso, la historia del derecho nos diría que para aplicar los principios de legalidad y favorabilidad la promulgación es el criterio definidor. Cuando la regla está en una sentencia dictada y no promulgada el problema es más complejo y genera un margen intolerable de incertidumbre...”

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS

Cuando se expidió la Sentencia C-355/06, con fuerte oposición de las iglesias católica y evangélica, directivos de clínicas y hospitales privados de instituciones religiosas o de esa orientación, invocando el derecho a la “objección de conciencia”, manifestaron que no acatarían la Sentencia y que en esas IPS no se practicaría “ningún aborto”, pues éste es contrario a los valores y principios que orientan sus servicios. En relación con dicha posición se debe insistir que, como las personas jurídicas no tienen conciencia, pues es un atributo exclusivo de la persona natural, las IPS privadas no son titulares del derecho fundamental a la objeción de conciencia, que es subjetivo e individual. Sin embargo, la Corte Constitucional en cabeza del Magistrado Manuel José Cepeda reiteró su posición al sostener que: “No hay un solo escrito de derecho constitucional en el mundo que sostenga que una persona jurídica tiene conciencia. La conciencia es un atributo exclusivo de la persona natural”.

Basados en el trabajo del Profesor Francisco José Cañal García (Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca), podemos enumerar las condiciones para que el particular pueda expresar una objeción de conciencia respecto del cumplimiento de alguna norma:

A) Ausencia de fin político. El móvil de la objeción ha de ser el imperativo de conciencia, no un modo de influir en la opinión pública, obstaculizar la decisión de la mayoría o suscitar adeptos a la postura del objetor. No quiere esto decir que sean ilegítimos esos comportamientos, sino que pertenecen a otras figuras distintas de la objeción. Es posible, sin desnaturalizar por eso la conducta de objeción, que alguna de estas circunstancias acompañen a la objeción, por darse junto con ella, en la práctica, otras formas de desobediencia al Derecho. No vamos a entrar en este momento a ponderar la necesidad o no de que la objeción sea una conducta interna o externa, que trascienda a la opinión pública o no, etc. pues esto no cambia la naturaleza de la objeción, cuando se da y, en muchas ocasiones son hechos independientes de la objeción, no buscados por el sujeto ni dependientes de su voluntad.

B) El respeto a los derechos ajenos. El objetor puede ampararse en su autonomía moral siempre que no transforme a otras personas en objetos o meros instrumentos de la satisfacción de su deber de conciencia, pues la dignidad de la persona impide que pueda considerarse de modo distinto que un fin en sí misma. El objetor está legitimado para incumplir un deber jurídico, pero no

lesionar los derechos ajenos, obligarles a compartir sus criterios o utilizar a los demás como instrumentos.

C) Dado que normalmente se producirá un conflicto entre la conducta del objetor y el cumplimiento de un deber jurídico o los derechos o intereses de terceros, será necesario hacer una valoración de todo ello para determinar la admisibilidad o no de la objeción.

Por una parte debe valorarse la intensidad del imperativo ético del objetor; por otra parte la intensidad o extensión de la lesión del derecho o interés que no se satisface. Así hay que valorar la posibilidad de sustitución del objetor; en los casos en que sea fácilmente sustituible no habrá problemas para el reconocimiento de la objeción, pero esto no quiere decir que en caso de que sea insustituible no deba admitirse nunca la objeción, por el mismo motivo antes señalado de la dignidad de la persona: nadie puede utilizar a otro (en este caso el objetor) como instrumento para el ejercicio de un derecho o la satisfacción de un interés.

Se puede hacer una clasificación de los derechos que pueden lesionarse con la objeción:

- 1) Derechos del propio objetor: en este caso no habrá dificultad para legitimar la objeción.
- 2) Derechos subjetivos de un tercero. En este caso es más difícil dar reglas generales, aunque difícilmente puede admitirse la objeción si los derechos que están en juego son especialmente valiosos, como la vida o la libertad.
- 3) Derechos de personas indeterminadas, en cuyo caso sería más fácil admitir la objeción.

Es difícil dar más reglas generales, pues habría que situarse ante cada caso concreto y su examen nos llevaría a un casuismo interminable.

Por otra parte debemos señalar que la limitación de la objeción de conciencia debe ser restrictiva, pues la autonomía moral da un fundamento “fuerte”, en terminología de Habermas, para la conducta del objetor. Por respeto a esa autonomía moral en ningún caso debe entrarse a juzgar la “calidad” de la objeción; quiere esto decir que el derecho a la objeción de conciencia subsiste siempre con independencia de que el que deba apreciarla considere que el objetor tiene una conciencia errónea.

Las limitaciones a la objeción deben contar con los siguientes requisitos:

- a) que el interés ajeno sea relevante, que comprometa también su autonomía moral y no se cuente con su consentimiento.
- b) que por el volumen sociológico de la objeción la conducta del objetor cause un daño importante o irreversible (aquí se ha de tener en cuenta la posibilidad de la sustitución del objetor).
- c) que la conducta previa del objetor no le sitúe en una posición de compromiso previamente asumido de realizar la conducta que pretende objetar.

Hay que considerar además que el objetor, como ya quedó dicho, no pretende alterar los principios de justicia del orden constituido y que su conducta en todo caso se mantiene, por tanto, dentro de la llamada por la doctrina “lealtad constitucional”.

“la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo 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” (Sentencia C-355/2006.)

“Cuando en ejercicio de la objeción de conciencia, el personal de salud directamente relacionado con la prestación del servicio, considere que no puede realizar la IVE, tiene la obligación de seguir los códigos de ética profesional, los cuales indican que deriven a las mujeres a colegas capacitados/as, que no estén en contra de la intención de interrupción del embarazo no constitutiva del delito de aborto.”

A este respecto se dice la Sentencia T-209 de 2008.

5.1. Sobre el primer aspecto, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “() a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada,

siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.”

Esta misma sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(...) (i) 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; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.”

Adicionalmente, no se puede negar u ocultar información sobre los derechos de la gestante en materia de IVE, ni coartar su voluntad para persuadirla de su decisión. Tampoco se puede negar información sobre opciones terapéuticas y de manejo diferentes a la IVE, para el caso específico, si las hay.

Se debe brindar a la gestante la orientación necesaria y referirla inmediatamente a un prestador/a no objetor/a entrenado/a y dispuesto/a dentro de la misma institución o a otra de fácil acceso que garantice la atención.

Cuando el/la objetor/a es el único/a profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un/a prestador/a no objetor/a, o cuando esté en inminente riesgo la vida de la gestante, debe realizar el procedimiento de IVE en cumplimiento de la obligación última del/a prestador/a de proteger la vida o la salud de la mujer.

Se debe respetar la confidencialidad de la identidad de la gestante que manifiesta su voluntad de IVE.

Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente los Tribunales de Ética Médica puedan determinar si la objeción de conciencia era procedente y pertinente”.

Un mal ejercicio de la objeción de conciencia es que el médico, médica o demás personal de salud le exprese a la mujer que ha decidido una IVE, sus opiniones personales con respecto al aborto, o la trate de disuadir de no realizarlo, debido a que estaría violando sus Derechos Humanos.

En una investigación se encontró que sólo el 13% de los ginecólogos y ginecólogas no realizaría un aborto ni remitiría a la mujer a un servicio adecuado.

“Un proveedor actúa de manera contraria a la ética cuando retiene información sobre la disponibilidad legal de una opción de tratamiento frente al cual él tiene una objeción de conciencia personal”.

La objeción de conciencia es pública, nunca debe ser un secreto.

Además debe ser pasiva, es decir, se objeta para no hacer algo; nunca para actuar de forma activa.

“Ni el médico que no tiene objeción de conciencia puede presionar a una mujer para que aborte, ni uno con objeción de conciencia puede presionar a la mujer para que no aborte”.

Prohibición de prácticas discriminatorias. En ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo en los términos del presente decreto, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. No podrá exigirse esta información como requisito para:

- a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, excepto cuando se requiera vincular personal para la prestación directa de los servicios regulados por el presente decreto;
- c) Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;
- d) Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;

e) Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.

De otro lado, la Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

En opinión de este Tribunal Nacional, todo médico que presente objeción de conciencia frente a una solicitud de terminación voluntaria del embarazo, amparado por las causales de despenalización del aborto por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, además de responsabilizarse de colocar a la paciente en manos de un profesional que no tenga dicha objeción, debería ser sometido a un proceso muy rápido de análisis de las causas de esa objeción de conciencia, ante los tribunales seccionales de ética médica, los cuales analizarán las causas de fondo que llevan a pronunciarse por el derecho a negarse a practicar el aborto.

En esa forma quedaría la constancia formal de dicha objeción y la decisión del tribunal seccional de ética médica de iniciar o no una acción disciplinaria en contra del médico, cuando las razones presentadas no fueren coherentes con la Ley Colombiana y, especialmente, con la Ley de Ética Médica.

Además, la Sentencia 209 de 2008 expresa que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto no puede constituirse en un mecanismo de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres. En efecto, los profesionales de salud tienen la obligación ética y legal de respetar tanto la Constitución como las sentencias proferidas por esta corporación en sede de control de constitucionalidad, que al hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, tienen carácter erga- omnes y por tanto son de obligatorio cumplimiento por todas las personas.

Al respecto de las pruebas que obran en el expediente cabe recordar, que no basta que los profesionales de la salud anuncien la presentación de la objeción de conciencia para quedar eximidos de practicar el procedimiento de IVE, y con ello creerse exentos de toda responsabilidad, pues lo que les corresponde a éstos es cumplir con la obligación adicional consistente en remitir de manera inmediata a la mujer solicitante a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento, y así debe estar garantizado tanto por la red pública de salud como por las empresas promotoras de salud para sus afiliados, según lo dispone la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

Es decir, que si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo; y, las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el presente caso.

Esta misma Sentencia discrimina algunos puntos específicos relacionados con la objeción de conciencia:

4. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.
5. La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.

6. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.
7. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.
8. La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.
9. La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.
10. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
11. El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.
12. Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Cuando se expidió la Sentencia C-355/06, con fuerte oposición de las iglesias católica y evangélicas, directivos de clínicas y hospitales privados de instituciones religiosas o de esa orientación, invocando el derecho a la “objeción de conciencia”, manifestaron que no acatarían la Sentencia y que en esas IPS no se practicaría “ningún aborto”, pues éste es contrario a los valores y principios que orientan sus servicios. En relación con dicha posición debo anotar que, como las personas jurídicas no tienen conciencia, pues es un atributo exclusivo de la persona natural, las IPS privadas no son titulares del derecho fundamental a la objeción de conciencia, que es subjetivo e individual.

Pero como esas IPS si pueden tener su orientación religiosa o política, unos valores y principios diferentes a los reivindicados en la sentencia, en nuestro Estado democrático de derecho, laico y pluralista, se debería respetar esa decisión y los principios religiosos en que se fundamenta -según artículo 18 de la Constitución que garantiza libertad de cultos-, y reconocer a aquéllas una exención análoga al derecho a objeción de conciencia, excepto en caso de urgencia o de estado de necesidad (cuando por indicación médica la inmediata interrupción del embarazo es el único medio para proteger la vida de la mujer).

Así lo dejó establecido la Corte Constitucional en la citada sentencia y lo reiteró el Magistrado Manuel José Cepeda al sostener que: “No hay un solo escrito de derecho constitucional en el mundo que sostenga que una persona jurídica tiene conciencia. La conciencia es un atributo exclusivo de la persona natural.

LA REDUCCIÓN FETAL, UN CASO DE ABORTO LEGAL

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi¹

La primera reproducción asistida extracorpórea tuvo efecto en 1978, cuando se fecundó un óvulo en el laboratorio y se implantó en el útero de una mujer.

Desde entonces, la cantidad de problemas éticos ha venido en aumento, pues los procedimientos y sus consecuencias se encuentran, con mucha frecuencia, en contravía con conceptos clásicos de regulación de la conducta médica y, lo que es más grave, con algunas normas del ordenamiento jurídico.

Tal sucede con la denominada “reducción fetal”, consistente en la eliminación de un número de embriones implantados en el útero materno y viables desde el punto de vista biológico. Veamos cuál es la esencia del asunto.

Para producir un EMBRIÓN ADECUADO es necesario fecundar varios oocitos. A su vez, para aproximarse a un embarazo exitoso, se deben implantar varios embriones y, lo que complica aún más las cosas, deben guardarse bajo congelación, un número adicional de embriones, en caso de no lograrse el resultado deseado en el primer intento de implante.

*1 - Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central*

Hasta aquí surgen numerosos dilemas: ¿Qué pasa con los embriones guardados? ¿Qué sucede con los que una vez implantados muestran signos de enfermedad a futuro? Y, en el caso que nos ocupa:

¿Qué debe hacerse cuando logran anidar en el útero más embriones de los deseados?

Porque puede ocurrir que, en caso de ser viables dos o más embriones en la mucosa uterina, los padres no estén preparados para recibir dos, tres o más hijos al mismo tiempo. O, como hemos mencionado, uno o más de ellos muestren deformidades, alteraciones estructurales o elementos diagnósticos claros de enfermedades congénitas o hereditarias.

Por otro lado, es posible que la futura madre quien ha recibido la implantación, tenga problemas de orden médico que adviertan un grave peligro en caso de embarazo múltiple.

La primera consideración es respecto de la “humanidad” del embrión. Existen cuatro puntos de vista:

El primero que plantea, que desde el momento mismo de la concepción el embrión posee vida humana.

El segundo que afirma que, aunque no es aún ser humano como tal, debido a su posibilidad de desarrollo dependiendo de algunas condiciones biológicas y bioquímicas, tiene la potencialidad humana y, el solo hecho de tenerla, debe ser considerado suficiente para asignarle el derecho de humano. La tercera, que enfatiza en que solamente es ser humano aquel que ha desarrollado corteza cerebral demostrable. Por último, los que no creen que deba ser considerado humano en tanto no es persona para muchos ordenamientos jurídicos, antes del momento mismo del nacimiento.

El Código Civil Colombiano define en su artículo 90:

Art. 90.- La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Es claro entonces que el nasciturus no es, jurídicamente, una persona. Y si muere antes de haber respirado “siquiera un momento”, no ha existido jamás como persona.

Esto no quiere decir que la Ley no proteja a la criatura por nacer. Por el contrario, el mismo Código expresa:

Art. 91.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Como mencionábamos en otro artículo: el embrión es un sistema con todas las propiedades y características de la vida humana. No es simplemente una masa de células. Es una unidad diferente a la que le dio origen. Y son de características humanas. Tampoco es un simple tejido. Es heterogéneo y da lugar a varias líneas celulares. Por lo tanto, el cigoto diploide es ya un embrión. Por lo anterior, nació el denominado “Estatuto del Embrión”, que protege los derechos inherentes al mismo y está en proceso de aceptación universal.

La reducción fetal, también denominada “terminación selectiva”, no es ni más ni menos que un aborto provocado selectivo, desde el punto de vista técnico, científico y jurídico, con todas las consecuencias legales a que se ve sometido quien lo practica y la mujer que lo permite.

Desde el punto de vista penal, se encuentra clasificado dentro del grupo de delitos que atacan contra la vida en formación, es decir, contra la vida del nasciturus o ser humano por nacer, en donde se presenta una interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto incluyen: La existencia real del embarazo. Que se opere sobre el fruto de la concepción, es decir, en el

nasciturus y que éste desde luego tenga vida, pues si no la tiene hay carencia de objeto. Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida. Y que dicha muerte sea a consecuencia de las denominadas maniobras abortivas.

Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y éste sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado. Es decir que, si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que está naciendo, la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.

Cuando se realiza el aborto seguido de la muerte de la mujer por razón de las maniobras abortivas de un tercero hablaremos de aborto en concurso con un homicidio culposo:

Art. 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Art. 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Por lo anterior, siendo exegeticos en la aplicación de la Ley, la reducción fetal es una forma de aborto provocado y altamente selectivo, el cual va en contravía del ordenamiento jurídico y constituye claramente un delito tipificado por el Código Penal.

Desde luego que considero lógico que se presenten proyectos de Ley ante el Congreso, con el fin de estudiar más a fondo la cuestión, pues el desarrollo tecnológico y científico humanos no pueden verse totalmente encasillados por la norma, que debe ir evolucionando con la misma sociedad.

Quizás se encuentre algún fundamento en el párrafo del artículo 124 del Código Penal, que expresa:

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Pero la conducta de aborto sigue siendo un acto ilegal, con las excepciones que ya expresó muy claramente la Corte Constitucional.

Dura Lex, est Lex!!!