TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

MARZO DE 2017

PRUEBAS

No. 28

© 2017 Tribunal Nacional de Ética médica

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

ISSN 0123 - 0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70 - 40 Of. 204
Teléfono: (571) 262 218
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.

© 2017

MARZO DE 2017
PRUEBAS
NO. 28

Magistrados 2017.

Dr. Fernando Guzmán Mora (Presidente)

Dr. Germán Gamarra Hernández

Dr. Francisco Javier Henao Pérez

Dr. Gabriel Lago Barney

Dr. Juan Mendoza Vega

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro

Linea de atención al Cliente Nacional: **01 8000 111 210**
Linea 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 2017

ÍNDICE

EDITORIAL. 10

Aspectos Generales de las Pruebas Disciplinarias Ético Médicas
Dr. Fernando Guzmán Mora
Presidente del Tribunal Nacional de Ética Médica

Proceso No. 1188 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 71
Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz
Providencia No. 32-2012
Niega parcialmente unas pruebas

Proceso No.1105 del Tribunal de Ética Médica del Meta 79
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 04-2016- Vólvulos del sigmoide
Ordena pruebas

Proceso No. 841 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca 88
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 26-2010 -Muerte neonatal
Niega realizar unas pruebas

Proceso No. 962-2014 del Tribunal de Ética Médica del Cauca 99
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 36-2016 - Apendicitis
Falsedad probatoria

Proceso No. 1318 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 156
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 48-2012 - Droga anestesia errada
Niega Pruebas

Proceso No. 715 del Tribunal de Ética Médica de Risaralda 162
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 58-2009 - Qx itinerante
Prueba en contra

Proceso No. 2994-16 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 197
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 62-2016- Estafa personal
Actos no médicos

Proceso No. 772-05 del Tribunal de Ética Médica de Valle del Cauca 218
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 73-2009- Infarto miocárdico
Ordena practica de pruebas

Proceso No. 1645-11 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca 240
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 83-2016- Dilaciones injustificadas
Ordena pruebas

Proceso No. 1125 del Tribunal de Ética Médica de 263
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 90-2014 - Medicinas alternativas
Niega prueba de polígrafo

Proceso No. 1546 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 291
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 95-2012 - Muerte por amigdalitis
Pruebas salvan a médicos

Proceso No. 135 del Tribunal de Ética Médica del Huila 308
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 13-2017- Cirugía estética empírica
Análisis probatorio

Proceso No. 2014-97 del Tribunal de Ética Médica del Huila 327
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 19-2015 - Medicina estética
Niega pruebas inadmisibles

Proceso No. 653 del Tribunal de Ética Médica del Tolima 335
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 81-2016 - Condena por malos tratos a pacientes
Prueba inadmisible de embriaguez

Proceso No. 953 del Tribunal de Ética Médica de Caldas 343
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 110-2015- Evento cerebro-vascular
Pruebas inútiles

Proceso No.669 del Tribunal de Ética Médica de Caldas 349
Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 30-2013- Enfermedad maligna terminal
Niega pruebas

Proceso No. 794 del Tribunal de Ética Médica de Caldas 354
Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 57-2012- Cuadro abdominal fulminante
Pruebas periciales

Proceso No. 2013-090 del Tribunal de Ética Médica del Huila 360
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 59-2015- mal examen médico laboral
Niega practica de pruebas

Proceso No. 2013-1481-03 del Tribunal de Ética Médica de Santander 365
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 61-2016- Mortinato
Niega practica de pruebas

Proceso No. 2015-157 del Tribunal de Ética Médica del Huila 375
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 80-2016- Violencia intrafamiliar
Niega Pruebas

Proceso No. 2496 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá 381
Magistrado Ponente Dra. Guillermina Schoonewolff de Loaiza
Providencia No. 02-2009. Violación de principio de contradicción probatoria
Declara nulidad y ordena pruebas

Proceso No. 2153 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca 401
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza vega
Providencia No. 09-2013- Pruebas impertinentes
Niega practica de pruebas

Proceso No. 2401-13 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 404
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 79-2016- Abuso sexual
Niega unas pruebas y acepta otras

Proceso No.982 del Tribunal de Ética Médica de Risaralda 410
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 37-2014
Declara nulidad- reserva de pruebas

Proceso No. 397 del Tribunal de Ética Médica del Tolima 416
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 99-2013- Solo acepta una de diez pruebas
Niega pruebas parciales

Proceso No. 825del Tribunal de Ética Médica del Cauca 421
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 101-2014
Pruebas sin traducción al español

Proceso No. 912-06 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca 425
Magistrado Ponente Dr. Luis Alberto Rubio Blanco
Providencia No. 103-2010
Despacho Comisorio

Proceso No. 816 del Tribunal de Ética Médica del Meta 431
Magistrado Ponente Dra. Lilia Torregrosa Almonacid
Providencia No. 91-2012- Alteración de historia clínica
Nulidad indagatoria

Proceso No. 842 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 438
Magistrado Ponente Dr. Miguel Otero Cadena
Providencia No. 01-2006- Violación del derecho a la defensa
Revoca y ordena pruebas

Artículo. Algunas tesis de Corine Peluchón en relación con 451
la Bioética y el ejercicio de la medicina. Parte 1.
Dres. Fernando Guzmán Mora. Sara Edith Moreno Mazo.

Artículo. Algunas tesis de Corine Peluchón en relación con 469
la Bioética y el ejercicio de la medicina. Parte 2.
Dres. Fernando Guzmán Mora. Sara Edith Moreno Mazo.

Artículo. La incorrecta concepción de las excepciones a la prueba 477
ilícita en la actual codificación procesal.
Dr. Edgar Saavedra Rojas

Editorial

LAS PRUEBAS EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO
Principios procesales, oportunidades probatorias y sana crítica

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSC
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

I. I- INTRODUCCIÓN:

La vida de una sociedad se define por el sentido de sus leyes. La justicia está dada por la coincidencia de ella con los valores superiores de una sociedad, en la búsqueda del deber ser y de los deberes relativos a una situación social dada.

Los grandes problemas entonces son, de acuerdo con Hans Kelsen, la justicia, validez y eficacia de la norma jurídica individual y del ordenamiento en su totalidad.

La validez es un problema de comparación, debemos buscar tres requisitos: Que haya sido creada por el órgano competente, que siga unos modelos preestablecidos por el ordenamiento mismo y que no choque contra una norma de carácter superior. Es un problema ontológico.

La eficacia busca determinar la validez de la norma no solo dentro del sistema, sino además si se cumple en el mundo real de manera espontanea, o si es necesario aplicar coerción para su acatamiento; por ello el grado de espontaneidad en el cumplimiento de la norma nos informa acerca de su eficacia (si se encuentra desnuda de coerción), ya que se reconoce una armonía entre el querer individual y aquello que imponga la norma.

La Justicia es la búsqueda del deber ser. Es, como decía Justiniano, la perpetua disposición a reconocer a cada cual lo que le corresponde por derecho. En otras palabras, es un problema deontológico

Al juez le corresponde asegurar la eficacia de todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el devenir democrático se encuentra en sus manos, pues es el garante de la vigencia y aplicación de dicho ordenamiento.

El derecho procesal es una conquista de la civilización. Es un mecanismo para dirimir las controversias de manera civilizada. Primitivamente era la ley del mas fuerte. La imposición de quien tenia el poder.

A través del derecho procesal se aplican y desarrollan los principios constitucionales que garantizan los límites del ejercicio del poder público en la función jurisdiccional, administrativa y aun en la privada.

El ser humano subordinado por la norma renuncia a la venganza y busca una solución que no ponga en peligro lo social. A cambio de ello recibe la protección por parte del Estado.

En Colombia por disposición constitucional (art.29), el debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que es de uso exclusivo de la función jurisdiccional del Estado.

El derecho procesal se encuentra dentro de la gran teoría del derecho, pues en gran medida da cuenta de su eficacia. Viene de pro (hacia delante) y cedere (caminar) Es un sistema conceptual que determina el comportamiento de las personas que asisten al escenario de un proceso.

No es exclusivamente adjetivo sino sustantivo, pues tiene principios importantes, como el Derecho de Defensa y la protección de la dignidad humana.

Y uno de los más importantes fundamentos del Derecho Procesal es el que gira en torno a la PRUEBA.

I. II- PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL

No hay unanimidad al respecto de los principios del derecho procesal, por tres razones fundamentales:

1-Los principios están dados de acuerdo al sistema imperante. Si es de estirpe filosófica liberal , los principios que gobiernan son muy garantistas. Rodean al individuo de garantías.

En cambio, cuando es de derechas, hay un recorte sustancial a esos principios. Por lo tanto, debe mirarse el contexto en donde esos principios se enunciaron, porque además hay totalitarismo de ambos lados.

2 - El Derecho, entre ellos el procesal, varía con la época. Antes de la Revolución Francesa los principios y garantías eran escasos, por no decir que nulos. A partir de esta época se establecen principios y garantías en el manejo del Estado y, por ende, en la concepción del Derecho.

Hernando Devis Echandía en nuestro medio, enuncia por lo menos treinta principios del Derecho Procesal y del procedimiento, muchos de los cuales en la técnica procesal moderna están revaluados.

Hernán Fabio López en Colombia ya comenzó a hablar en este aspecto, sacando algunos de los tradicionales y catalogándolos como reglas técnicas.

Villamil se ciñe a la Constitución para desarrollar, en particular, los principios verdaderos del Derecho Procesal. Además, porque la técnica actual del Derecho ordeña ceñirse a la Carta Fundamental.

1. 1- DEBIDO PROCESO

Es el cúmulo de 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. Hasta el mayor criminal tiene derecho al Debido Proceso. En la misma Biblia se menciona al Creador indagando a Adán antes de expulsarlo del Paraíso.

El Debido Proceso debe guardarse en todas las actuaciones, públicas y privadas. En este último aspecto, cuando una entidad privada presta un servicio público como la educación, debe, con mayor razón, sujetarse al Debido Proceso.

Este Debido Proceso encarna varios derechos concomitantes:

A - 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 reservar 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. De las providencias judiciales, las que entran a decidir áreas importantes (Actos interlocutorios) y las que deciden (Sentencias), deben acompañarse de motivación o sustento de la decisión judicial. 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

• Derecho a impugnar las decisiones judiciales

Los recursos son ordinarios y extraordinarios
Los ordinarios son: Reposición, apelación, queja y suplica
Los extraordinarios son Casación y Revisión

Para qué se impugna? Para revocar o modificar una decisión desfavorables, 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.

• Derecho a ejecutar lo decidido

Dentro de los poderes de la jurisdicción está el poder de ejecución, es decir, de ejecutar lo decidido, para que la administración de justicia no sea un rey de burlas.

No basta con que el juez diga que se deba entregar una suma determinada de dinero, si el funcionario no tiene la capacidad de hacerlo real, de convertirlo en hecho concreto. Para esto se diseñó el mecanismo de embargo y secuestre de bienes, para su remate y con el producido se paga la obligación.

Al arrendador no solo le interesa que le entreguen lo que se debe sino que se lance al arrendatario incumplido. Y la sentencia tiene mérito ejecutivo.

En el ámbito labora, al trabajador despedido sin justa causa a quien se da la razón por brazos caídos, no es efectiva la simple sentencia del juez, a no ser que se ejecute lo ordenado por el funcionario judicial.

B - DERECHO AL JUEZ NATURAL

Debe conocerse con antelación cuál es el juez que debe conocer de una conducta. Tiene aplicabilidad en todas las áreas, pero especialmente en el campo penal.

Por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil se establece qué debe conocer el Juez Municipal, el Juez de Circuito, Los Tribunales y la Corte

En el campo penal, la parte instructiva del proceso penal la instruye el fiscal, quien dicta o no resolución de acusación
Al surtirse esta etapa se llega al conocimiento del juez

Fiscal seccional Penal de Circuito
Fiscal ante Tribunal Sala penal de Tribunal
Fiscal ante Corte- Sala de Casación de la Corte

En el campo laboral está el juez laboral, quien conoce en única instancia de tantos salarios mínimos y en primera instancia, a partir de tantos salarios mínimos

Esto está pre establecido y lo conoce todo el mundo

Por qué se admite la rebaja de penas a partir de confesión? Porque se parte de la base de la celeridad del proceso, a descongestión de juzgados y cárceles. Hay, en última instancia, hay economía procesal y se evita el desgaste de la rama judicial si se pide, por ejemplo, sentencia anticipada.

Jurisdiccion, legitimidad y competencia pre establecidas

C - DERECHO A LA DEFENSA

Es el derecho a la réplica

Pero eso no se circunscribe al ámbito del derecho penal. Lo que pasa es que se hace más notorio en esa área, aunque es una garantía que debe preservarse en todos los procesos; **Ej:** en el proceso civil se garantiza, con el nombramiento de un curador ad litem. Existen dos variaciones para llegar a ese curador.

Así, en un primer caso hipotético, se desconoce la residencia del demandado, que se ha llevado un dinero que se le entregó. En una segunda hipótesis: Se envía la notificación y la persona se oculta o se impide la practica de la ceremonia de notificar.

En cualquiera de los dos casos, la administración de justicia no puede cruzarse de brazos. Al contrario, por medio del funcionario judicial se ordena emplazar al demandado y posterior a ello se nombra el curador ad litem.

El emplazamiento o edicto emplazatorio se fija por 20 días en el despacho en su secretaría. Se habla de 20 días hábiles. En ese mismo lapso de tiempo se debe publicar en un periódico de amplia circulación: Tiempo, República, etc.

Y en esos mismos 20 días se debe publicar en una emisora de amplia sintonía en horario que debe estar entre 7 Am y 10 Pm.

Transcurridos los veinte dias señalados, más cinco días adicionales, se nombra el curador. Es decir, un abogado que represente los intereses del demandado en el proceso.

Surge entonces una objeción: El curador es ajeno al proceso y no conoce a quién va a a representar y se lesiona el derecho de defensa. Por el contrario, se trata de garantizar al máximo el derecho de defensa, pues la función del curador es ir al proceso, a las audiencia, interrogar a los testigos, acompañar a los funcionarios en las inspecciones judiciales y tratar de controvertir la prueba en lo posible.

En lo que toca a los gastos, se habla de las cargas procesales. Por ejemplo, el demandante paga las publicaciones, paga el curador ad litem. Pero el que pierde el proceso, debe pagar las costas del proceso que incluyen este tipo de gastos y los honorarios del abogado, además de otros que se incluyen en la liquidación final.

Esto lo hacen con el ánimo de que no prescriba el proceso en caso de un derecho violado. El demandante inicia el proceso para no perder su derecho a la acción cuando ha sido lesionado un derecho subjetivo.

Prescripción:

Cheque tres meses. Letra 3 años. Si transcurre el tiempo, funciona la prescripción.

Por lo tanto el derecho de defensa se garantiza con estas medidas. E incluye todos los ámbitos del derecho

En lo que toca al proceso penal, cuando el sindicado tiene escasos recursos económicos, recibe el nombramiento de un defensor de oficio (No se cobran honorarios. Es una contribución a la administración de justicia)

Pero además existe el pool de abogados de la Defensoría del Pueblo, que es pagado. Y cada uno lleva unos 20 procesos penales. La defensoría le paga mensualmente.

En el proceso penal es la defensa técnica es la ejercida por un profesional del Derecho. Y el Legislador es tan celoso al respecto que si no se da en el proceso penal una plena garantía de este derecho de defensa, origina una nulidad del proceso por vulneración del derecho de defensa, consagrado en la ley.

Art 218 del CPP y ss. El 220 por ejemplo, habla en materia penal de la Casación. Los motivos son:

- Sentencia violatoria de la CN-.
- Sentencia disonante de los cargos
- Sentencia dictada en un proceso viciado de nulidad

El acusado puede prescindir de su defensor y revocarle el poder de manera expresa (Al manifestarle que no lo desea más como defensor) o tácita (Al contratar otro abogado)

Agente oficioso procesal: Es el que demanda a una persona en nombre de otro por motu propio. Por ejemplo, en el caso de un amigo que está por fuera o en estado de inconsciencia, se demanda en su nombre para protegerle un derecho que va a prescribir.

Sin embargo, debe prestarse una caución que garantice los posibles perjuicios que se pueden causar si la demanda es temeraria. Además, si en los siguientes dos meses no ratifica aquel por quien se ha demandado, el proceso se da por terminado

D - 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.

Por ejemplo, si el juez dicta los actos de sustanciación no son dictados en tres días sino en diez, los actos no pierden su valor. O si la sentencia se demora varios meses, sigue siendo válida.

Por eso dice López que los términos son para las partes. Pero si a ese funcionario se le demuestra una dilación injustificada, puede estar incurso en un delito, una responsabilidad disciplinaria y una responsabilidad civil.

Art 40 del CPC. Responsabilidades del juez. Responden por dolo, por demorar las providencias, etc.

En las grandes ciudades los jueces se encuentran congestionados por la cantidad de negocios. Sin embargo, eso no es argumento para no hacer lo que se debe hacer

También puede haber dilación por las partes, porque es posible que contra una providencia no proceda un recurso y se interpone.

En los procesos de restitución o lanzamiento se utiliza este truco de interponer recursos para demorar el acto judicial

Ahora, si hay una irregularidad procesal, se genera una nulidad. Pero la demora en sí no invalida la actuación judicial.

En el caso penal, cuando se detiene a una persona por demora en el proceso, se puede recurrir al Habeas Corpus, que permite la salida del sindicado. Pero eso no anula la decisión judicial.

E - INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Quiere decir que el juez es autónomo, soberano, en su función pública de administrar justicia. Que al decir del artículo 230 de la CN, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley.

Pero además esta independencia hace referencia a que no haya ninguna perturbación de índole económica, política, social, religiosa, étnica, etc en la administración de justicia y que el juez solamente actúe bajo el mandato constitucional sometido al imperio de la ley.

Tambien quiere decir que no se inmiscuyan las otras ramas del poder público, sea legislativo o ejecutivo.

La creación del Consejo Superior de la Judicatura tiene como una de sus finalidades, desligar a la rama judicial del legislativo y el ejecutivo. Esto sucedía hasta 1991.
La forma de influencia más lastimosa era la dependencia económica del ejecutivo con las adiciones presupuestales, cuyos funcionarios presionaban su entrega a la aparición de algunos fallos.

A partir de su creación, la encargada de gerenciar el presupuesto en su elaboración y ejecución es la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así se eliminan las influencias nocivas de las otras ramas del poder público.

De otro lado, se encuentra en trámite la reforma de los concursos para los cargos de jueces, en el aspecto de seleccionar entre la lista de elegibles.

Afortunadamente, por acciones de tutela, se ha hecho respetar el orden

Pero una carrera administrativa específica dota de independencia a la rama judicial, especialmente en la periferia, en donde los caciques de turno influyen en los nombramientos de jueces.

1. 2 - PRINCIPIO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ACCION. Es el derecho a acudir a la rama judicial del poder publico cuando se considera que un derecho se encuentra en peligro de ser lesionado.

Ese derecho se garantiza (Art 229 CN) mediante la garantía de acceder a la administración de justicia.

Pero en el instante en que nace el derecho de acción, nace un derecho correlativo que el derecho de contradicción (Art 29 CN) o derecho de réplica

Ese libre acceso a la administracion de justicia es accesible a todas las personas naturales, jurídicas o patrimonios autónomos

El Legislador abre las compuertas para que haya la posibilidad directa de acceso a la administración de justicia. Pero la mecánica señala un camino diferente, porque pocas personas se enfrentan a lo complicado de un proceso, por su dificultad y pomposidad

De ahí que en estricto sentido, debe procurarse hacerse unos procedimientos mucho más fáciles, rápidos y accesibles, para hacer efectivo en realidad el principio de acceso a la administración de justicia.

1. 3 - PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Está garantizado por el art 228 de la CN. En concordancia con el artículo 4 del CPC, al interpretar la ley procesal el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la protección del derecho sustancial

Allí realza el Debido Proceso, la Igualdad de las Partes y el Derecho a la Defensa

Si bien es cierto que las normas sustanciales consagran deberes derechos y obligaciones, la norma procesal lleva consigo los mecanismos para hacer efectivos esos derechos

El Legislador no dice que sea la norma procesal de menor nivel, sino que señala que esa norma procesal, estando en un plano de igualdad debe hacer efectivo el derecho sustancial

El binomio norma sustancial y norma procesal hace que sea efectiva y rápida la administración de justicia

Si toman caminos separados viene el colapso de la administración de justicia

Una y otra se necesitan. No pueden existir solo normas sustanciales, pues faltaría el mecanismo de hacerlas efectivas

Por otro lado, al haber solo normas procesales, se perdería el sentido de la ley y la justicia.

1. 4 - PRINCIPIO DE NECESARIA AUDIENCIA

Es esencial, dentro del debido proceso, citar al demandado o sindicado, dependiendo de la naturaleza del proceso mismo, para que pueda ejercer la protección de sus derechos. Debe ser adecuadamente notificado y personalmente

1. 5 - PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

La suerte judicial no puede quedar al arbitrio de un solo juez. Todo poder debe tener control. De lo contrario, sería arbitrario.

El derecho de impugnación implica la participación de todos los sujetos procesales Cuando las decisiones judiciales no se impugnan adquieren la presunción de acierto y se van volviendo irrevocables.

Si no se ejercen los recursos, se impide la reclamación por perjuicios Los recursos no son una pelea entre el juez y las partes son además un espacio de reflexión para corregir el rumbo sin embargo, la Doble instancia no es absoluta. Las decisiones de las Altas Cortes no tienen doble instancia

1. 6 - PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA REFORMATIO IN PEJUS

(Empeorar la situación del apelante)

La CN de 1991 prohibe agravar la pena impuesta cuando el condenado es apelante único. Pero, si apela el acusado y también la parte civil, esta última en el aspecto patrimonial, se considera que hay apelante único "tantun devolutum quantum apellandum": Se limita la competencia del superior, pues el ámbito de la apelación solo lo determinan las partes. Es decir, la facultad decisoria del Ad quem está limitada a las pretensiones que imponen las partes.

Causas de prohibir el empeoramiento del apelante único:

- Rodear de garantías al recurrente
- Limitar el poder punitivo del Estado

Pero cuando no hay apelante único, sino también la Fiscalía o la Procuraduría, el Ad quem adquiere plena competencia. En el proceso penal se incluyen cuatro partes: Acusado, Parte civil, Procuraduría y Fiscalía.

Condiciones para la Reformatio in Pejus

- Que haya un litigante vencido
- Que solamente el litigante vencido apele la decisión judicial
- Que el Ad Quem haya desmejorado la posición procesal del apelante
- Que la enmienda no se atenga a principios lógicos y jurídicos

1.7 - PRINCIPIO DE LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Art 55 Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia)

Ligado a los principios de Doble Instancia e Impugnación
Todo aquel que concurra a un proceso y esté afectado por sus decisiones, tiene derecho a conocer los argumentos que conducen al juez a tomar una determinación

Razones:

- Control judicial
- Responsabilidad del Juez
- Componente pedagógico
- Acto de comunicación Estado – Sociedad

Pero cuando la motivación es insuficiente no implica ausencia de motivación
Además la Jurisprudencia señala que los defectos de razonamiento no implican ausencia total de motivación

1. 8 - PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DEL JUEZ

Independencia como ausencia de subordinación. Se ha señalado que se debe entender que el funcionario judicial debe ser soberano en la administración de justicia y solo se somete al imperio de la ley, entendiendo como tal el mandato de la CN y de la ley

Debe haber ausencia total de injerencia de las otras ramas del poder público

El art 113 de la CN establece las ramas del poder público y ordena que trabajen de manera armónica para los fines del Estado pero de manera independiente, esa independencia se preserva cuando no hay presiones tipo político, religioso, social etc.

Asimismo se preserva cuando el funcionario judicial llega al respectivo cargo por méritos, por ascenso de carrera y no por ser colocado como ficha política. Porque si así fuera, debería favores a los partidos o agremiaciones que allí lo colocaron.

El constituyente del 91, para preservar ese aspecto, oficializó el Consejo Superior de la Judicatura, con categoría de Alta Corte de Justicia

En lo que hace referencia a la Fiscalía General de la Nación, esta hace parte de la rama judicial del poder publico. Por lo tanto debe procurarse su independencia.

Se ha mencionado que existe un juez de primera instancia o A quo (de donde viene) y uno de segunda instancia o Ad quem (a donde va)

En virtud del recurso de apelación, las decisiones del juez de primera instancia deben ser conocidas por el superior para evitar el error judicial, evaluada por personas de mayor experiencia.

El juez de segunda instancia entonces, en virtud de conocer el proceso por el recurso de apelación, puede revocar, modificar o confirmar la decisión del inferior

Pero el hecho de que la revoque no significa injerencia de un funcionario sobre todo. De ninguna manera.

El A quo al tomar la decisión lo hizo de manera independiente. La parte afectada apela y el Ad quem, también de manera independiente y soberana, al revocar la decisión del inferior, lo hace de manera soberana e independiente.

Art 14 Carta Internacional de Derechos Humanos

Se puede excluir a la prensa y al público de ciertos juicios, por motivos de moral, orden público o seguridad nacional, o por protección a la vida privada de las partes y los menores.

Art 8 Pacto de San José de Costa Rica.

Toda persona tiene derecho a conocer previa y detalladamente la acusación en su contra, así como a interrogar a los testigos.

La sociedad tiene derecho a conocer los procesos por su propio interés y para controlar la diligencia del Estado en la administración de Justicia. Pero no se trata de la publicidad ordinaria del vulgo, sino en concurrencia con la disposición acerca de que las actuaciones judiciales deben ser públicas, con las excepciones que señale la Ley.

Esto evita la arbitrariedad del juez y garantiza imparcialidad procesal.

1. 9 - PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Artículo 209 CN en la función administrativa.

Artículo 13 CN Derecho a la Igualdad.

Es objetividad. Hace referencia a que el funcionario judicial sea ecuánime y objetivo en el cumplimiento de su función pública de administrar justicia.

Para garantizar esa imparcialidad, el Legislador ha creado o diseñado los impedimentos y las recusaciones

El impedimento parte del funcionario judicial, que manifiesta o expresa que se debe retirar o mejor, que no debe seguir conociendo de un proceso determinado , porque está incurso en una causal de recusación.

La recusación proviene de la parte que se considera afectada por estar el funcionario judicial dentro de una de las causales de la misma

Por qué se puede considerar una parte afectada? Debe distinguirse los extremos de la relación procesal: Demandante y demandado

Es posible que el demandado esté interesado en reemplazar al funcionario judicial porque este está entre las causales de impedimento. De igual manera el demandante.

La doctrina clasifica las causales de recusación en cuatro grandes temas:

A - POR AFECTO A AMISTAD

Allí convergen la familiaridad y la amistad; La familiaridad abarca el 4 grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

B - POR ANIMADVERSIÓN O DESAFECTO

C - POR INTERÉS,

Ya sea que el funcionario judicial o su cónyuge o sus familiares de 4 grado de consanguinidad, 2 de afinidad o 1 civil, sean , por ejemplo, miembros de una sociedad en la cual se a como demandante o como demandado.

D - POR AMOR PROPIO

Se está frente a este evento cuando de por medio está el criterio jurídico manifestado con anterioridad por el funcionario judicial, cuando por ejemplo:

a - El juez, antes de ser funcionario judicial era abogado litigante, adelantaba un proceso y en su desarrollo es nombrado juez y va a conocer de ese negocio habiendo sido el apoderado de una de las partes.

b - cuando el funcionario judicial es juez de primera instancia, conoce de un negocio y toma una decisión respecto al mismo, la cual es apelada. En el transcurso de decidirse la apelación por el superior, el juez de primera instancia es ascendido y va a conocer en segunda instancia aquello de lo cual él fue juez en primera.

Lo que se busca con la segunda instancia es que otro juez conozca de esa decisión. Entonces no tiene sentido que sea el mismo juez ambas instancias.

El funcionario judicial, al declarar el impedimento, debe motivar y probar el mismo. Quien recusa debe hacer lo mismo: motivarla y probarla.

Ahora, el Legislador no diseñó las recusaciones e impedimentos por desconfianza. Lo hizo por varias razones: Porque es humano y como tal en el ser humano cabe la falencia. Se puede dar caso de venta, presión, influencia sentimental, etc. Por otro lado, se le tratan de evitar al juez problemas de índole social, familiar o económico.

1. 10 - PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD

Entendida como la necesidad de que toda prueba debe practicarse en presencia de las partes o intervinientes que estén en la audiencia en la cual se practique la diligencia ordenada previamente.

1. 11 - PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La Buena Fe indica que cada persona debe ejercer sus derechos, negocios y obligaciones basado en lealtad, honestidad y sinceridad. Es decir, partiendo de los usos sociales aceptados y las buenas costumbres. Es la que se exige como requisito mínimo en cualquier negocio.

El artículo 769 del CCC expresa:

“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”

La Constitución Política de 1991 la determina muy claramente en su artículo 83:
“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a

los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas"

También se habla de Buena Fe en el artículo 1603 del CCC:

"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"

1. 12 - PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN DEL PROCESO

Íntimamente ligado con la economía procesal y la eficacia del proceso

Las actuaciones deben hacerse en momentos determinados, para que los sujetos procesales desplieguen todo su esfuerzo en la línea que les corresponda

1. 13- PRINCIPIO DE LA CONCILIACIÓN

El juez debe exhortar a las partes para llegar a un acuerdo conciliatorio y proponer las fórmulas respectivas, para llegar a una transacción.

Si se llega a dicho acuerdo se levantará un acta, tendrá la categoría de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo.

Es una herramienta para la solución de conflictos y protege la paz. En cambio, el proceso es en cierta forma un espacio de agresión que daña a ambas partes.

Si no se llega a un acuerdo, las ofertas efectuadas son irrelevantes

1. 14 - PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

Artículo 228 de la CN

Hace referencia a conseguir resultados del proceso con el empleo mínimo de actividad procesal, sin violar el derecho al debido proceso

Se supone que las excepciones se dieron en la primera instancia

1. 15 - PRINCIPIO DE EFICACIA

El derecho procesal debe velar por la eficacia del derecho sustancial

Debe protegerse la ejecución de lo decidido

1. 16 - PRINCIPIO DE LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

El servicio de la Justicia es esencialmente gratuito, con excepción de los árbitros sin embargo, deben cancelarse las copias, certificados, correo, honorarios de auxiliares de la Justicia, etc. Es total en los casos de acciones públicas (excepto la condena en costas por acción de tutela temeraria)

Es gratuita en los procesos civiles adelantados bajo el amparo de pobreza

Se condena en costas al vencido en el proceso. Ñas costas son los perjuicios que una de las partes debe pagar a la otra por haber sido llevada a juicio contra su voluntad Se aseguran mediante pago la multa y la caución NO se deben pagar las sanciones en materia tributaria o el pago adelantado de multas

1. 17 - PRINCIPIO DE IMPULSION OFICIOSA DEL PROCESO

Debe haber diligencia de los funcionarios judiciales

Es deber del Estado llevar el proceso hasta la sentencia y ejecutarla, conservando los principios del debido proceso.

Especialmente, el juez debe impulsar el proceso

Se asocia íntimamente a la preclusión, mediante la cual los actos procesales deben realizarse en su momento específico.

1. 18 - PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Es la cercanía del juez a las partes y al proceso mismo en forma directa

Con el contacto directo del juez, se recogen declaraciones e impresiones sobre la veracidad de las mismas. Esto le da mayores posibilidades de acierto.

1. 19 - PRINCIPIOS INQUISITIVO Y DISPOSITIVO

DISPOSITIVO. Solamente las partes están facultadas para abrir el espacio judicial
Las partes pueden transigir o el demandante puede desistir
Prima en el derecho procesal civil

- Está vedado al juez fallar más allá de lo pedido.
- Excepciones: Procedimientos laboral, agrario y ambiental

INQUISITIVO. Corresponde al juez la función de investigar. Además, el juez puede iniciar el proceso aunque no haya petición de parte. Esto incluye el proceso civil en lo tocante a privación de patria potestad, remoción del guardador e interdicción del demente furioso

Nuestro sistema procesal es híbrido o mixto

1. 20 - PRINCIPIO DE PERPETUATIO JURISDICTIONIS

El juez que conoce un proceso debe conocer del mismo hasta su final, sin que ninguna autoridad lo interfiera sin justa causa

Es el Derecho al Juez Natural

Debe conocerse con antelación cuál es el juez que debe conocer de una conducta. Tiene aplicabilidad en todas las areas, pero especialmente en el campo penal

Por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil se establece qué debe conocer el Juez Municipal, el Juez de Circuito, Los Tribunales y la Corte

En el campo penal, la parte instructiva del proceso penal la instruye el fiscal, quien dicta o no resolución de acusación. Al surtirse esta etapa se llega al conocimiento del juez

- Fiscal seccional Penal de Circuito
- Fiscal ante Tribunal Sala penal de Tribunal
- Fiscal ante Corte- Sala de Casación de la Corte

En el campo laboral está el juez laboral, quien conoce en única instancia de tantos salarios mínimos y en primera instancia, a partir de tantos salarios mínimos. Esto está pre establecido y lo conoce todo el mundo.

Por qué se admite la rebaja de penas a partir de confesión? Porque se parte de la base de la celeridad del proceso, a descongestión de juzgados y cárceles. Hay, en última instancia, hay economía procesal y se evita el desgaste de la rama judicial si se pide, por ejemplo, sentencia anticipada.

1. 21 - PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

Indica el carácter dinámico del proceso

Dice que las etapas procesales se van agotando. Está ligado a los términos judiciales e impone a las partes la obligación de ejercer los actos procesales en la oportunidad precisa; quienes intervienen tardíamente toman el proceso en el momento en que lo encuentran

El decreto de nulidad permite la reedición de oportunidades ya agotadas

El artículo 228 de la CN castiga la dilación en el incumplimiento de los términos por parte del juez

1. 22 - PRINCIPIO DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS EN LAS SENTENCIAS

Las sentencias no crean derechos sino que los declaran.

Es la ley que regirá las relaciones de las partes hacia el futuro

El juez declara la conformidad de los hechos con la ley y les agrega la garantía de protección, la indiscutibilidad de estos derechos viene dada por el Fallo, considerado como prueba perfecta

Recordar algunos aspectos del título y la fuente:

TÍTULO

Es aquello Que la ley lo faculta para adquirir derechos reales o simplemente que se los confiere u otorga. Si en la fuente se originan las obligaciones, quiere decir que por sí solas las fuentes no originan ninguna obligación, pues requieren de una conducta del hombre, para que con su comportamiento lícito o ilícito, produzcan o se originen esas obligaciones en dichas fuentes

FUENTE es una figura jurídica o institución considerada en abstracto, quieta y estática, con una fuerza potencial.

Se requiere de una fuerza cinética producida por el acto o conducta humana, que con su comportamiento lícito o no hace germinar las obligaciones.

1. 23 - PRINCIPIOS DE ORALIDAD Y ESCRITURA

Lo importante es que se trate de un proceso por audiencias para que la comunicación se efectúe en límites precisos de tiempo.

Esto se asocia a la presunción de buena fe, cuya mejor prueba es la eficacia de la Acción de Tutela

1. 24 - PRINCIPIO DE REPARACIÓN

Es tarea del proceso restituir las cosas a su anterior estado, pues la lucha contra la impunidad se fundame nta en: Verdad, Justicia y Reparación.

Volver al estado predelictual: Restitutio in pristinum

1. 25 - DERECHO DE DEFENSA Y TRATADOS INTERNACIONALES.

Garantías procesales Básicas:

1 - Derecho a la libertad y seguridad personal.
2 - Trato humanitario en caso de detención.
3 - No cárcel por incumplimiento contractual.
4 - Igualdad ante la Justicia.
5 - Información sobre las causas de la acusación.
6 - Tiempo y medios adecuados para defenderse.
7 - Juzgada sin dilaciones.
8 - Presencia personal y asistencia por defensor.
9 - Derecho a controvertir las pruebas.
10 - Asistencia por intérprete si no entiende lenguaje.
11 - No obligación de declarar contra sí mismo.
12 - Doble instancia.
13 - No condena por actos no tipificados.

1. 26 - PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA

Es la característica de inmutabilidad de las sentencias judiciales
Su carácter es inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley.

Si no fuera por la importancia de la cosa juzgada, se provocaría la incertidumbre jurídica pues, entre otras cosas, habría una serie interminable de procesos. La sentencia judicial con el manto de cosa juzgada le agrega valor a la ley y le da seguridad jurídica. Esta sentencia es definitiva.

Es decir no hay justicia si no se garantiza a la sociedad la certidumbre sobre el sentido último de las decisiones judiciales. La actividad de la jurisdicción no puede ser provisional. Principio "de non bis in idem" No puede invalidarse una sentencia, pues una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito.

1-Declara la existencia de un derecho de un individuo en un momento. Confiere las características de un derecho adquirido. Solo sobre las bases de un orden se puede hablar de justicia defendida por el Derecho.

En términos generales en inter partes, pero de manera excepcional tiene efectos erga omnes (Cobija a todos los asociados, que deben obedecer a esa decisión) y ultra partes (cuando la sentencia cobija a un número considerable de asociados)
Art 58 de la CN: Consagra la Cosa Juzgada, pues consagra el respeto a derechos adquiridos con arreglo a ley. Art 243 se refiere a fallos de la CC

2 - Vincula y obliga a las partes en un proceso
La ley efectúa ficciones para fundamentar los derechos erga omnes. Se supone que todo el mundo se encuentra presente.

3-Es inmodificable

4-Es intangible. No hay cosa juzgada parcial, ni cosa juzgada temporal, ni puede haber aplicación de otro precepto legal

5-Es indiscutible

6-Es obligatoria

ELEMENTOS

• Prohibición de un segundo proceso.

El Estado agotó la jurisdicción para considerar que es el mismo proceso se requieren tres condiciones:

1 - Hay identidad de objetos.
2 - Hay idénticas pretensiones y hay iguales fundamentos de hecho de la pretensión.
3 - Identidad jurídica de las partes incluso cuando el proceso pretenden seguirlo los descendientes de una las partes.

- Las sentencias dictadas en procesos en consulta de acción popular producen efectos de cosa juzgada.
- No se opone al Recurso extraordinario de Revisión.

Es causal de revisión ser la sentencia contraria a otra anterior que sea cosa juzgada. Siempre que el recurrente no pueda alegar la excepción en el segundo proceso por la designación de curador ad litem e ignorar la existencia de dicho proceso.

No es causal de revisión cuando el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

- La cosa juzgada aplica a
- Sentencias
- Cesación de procedimiento en la etapa de juicio penal
- Aceptación de desistimiento civil
- Transacción civil
- Caducidad de la instancia por segunda ocasión
- Auto de conciliación
- Preclusión de investigación
- Perención del proceso: Inactividad del mismo por más de seis meses. Pero esta perención que inactiva el proceso tiene una duración de tiempo

La cosa juzgada es la ley misma vivificada en un suceso específico, y que puede llegar a tener más valor que la ley propia.

Las sentencias que hayan adquirido el carácter de cosa juzgada crean la categoría de los derechos adquiridos, y éstos deben ser respetados no solo por las partes sino por el legislador.

La ley es modificable por voluntad del legislador, los efectos de una sentencia judicial que haya adquirido la categoría de cosa juzgada no pueden ser desconocidos por el legislador.La cosa juzgada nos permite identificar o fortalecer la individualización de las partes en el proceso, pues sólo quienes concurrieron al mismo resultarán atados por el fallo.

TIPOS DE COSA JUZGADA

MATERIAL o sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no solo contra el proceso que la originó, sino contra todo proceso, la jurisdicción se extingue con la cosa juzgada. Es la verdadera cosa juzgada. Ejemplo, cuando luego de emitirse la sentencia, se vencen los términos de la posibilidad del recurso de revisión, queda en firme, así se haya obtenido por medios fraudulentos.

FORMAL hace que no se pueda revisar la decisión tomada dentro del mismo proceso, a no ser que se hayan variado los hechos y circunstancias en el proceso civil el recurso de revisión está encaminado a re examinar sentencias inicuas (peritaje comprado, testigos falsos, etc). El Legislador da un plazo de dos años para revisar la decisión

1. 27 - PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

La expresión gramatical de la carta: “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” es más cercana al concepto del non bis in idem que al de la cosa juzgada, porque tal como aparece es compresiva de la hipótesis de quien ya ha sido juzgado por decisión firme y al mismo tiempo de las otras opciones cobijadas por la institución que estudiamos, relacionadas con el doble procesamiento simultáneo y las posibilidades que surgen del derecho penal material.

Pecan entonces nuestros ordenamientos penal y de procedimiento penal al incluir solo el concepto de ola cosa juzgada, porque quedan por fuera las otras eventualidades que se han estado mencionando, que si están perfectamente comprendidas dentro de la expresión gramatical utilizada por el constituyente, porque gracias a su generalidad y abstracción, comprende íntegramente todas las hipótesis comprendidas por las dos figuras que se han venido mencionado.

Solo en el anteproyecto del que finalmente fuera código procesal de 1.987 se intentó precisar y definir los dos conceptos, aunque con poca fortuna, porque creemos que se repitió en dos ocasiones el concepto de la cosa juzgada, sin llegarse a la idea verdadera de lo que es el non bis in idem.

Es importante proceder a determinar cuales son las razones de naturaleza política, filosófica, o axiológica que justifican en el ámbito constitucional la prohibición de un doble procesamiento o la imposibilidad de tener en cuenta varias veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado.

Entre las razones mas cotidianamente acordadas por la doctrina para justificar la existencia de ésta prohibición se encuentran las siguientes:

a) El principio de legalidad
b) La limitación del poder punitivo del Estado;
c) El principio de proporcionalidad

La inclusión del principio del non bis in idem en el artículo 29 constitucional, evidentemente se encuentra estrechamente vinculado con el principio de legalidad porque es evidente que al considerarse valorativamente dos veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado, se vulnera el proceso de adecuación típica y por ende el principio de tipicidad, porque este solo se admite la consideración unitaria de una conducta referida al hecho que ha de adecuarse a la descripción legal de la acción digna de reproche penal, porque es claro que el proceso de adecuación típica, derivado del principio de legalidad solo admite que una conducta se adapte a un solo tipo penal y cuando un elemento del tipo, de sus circunstancias, o un hecho fácticamente considerado dan lugar que se consideren valorativamente dos veces para hacer más gravosa la punibilidad o para patrocinar un doble procesamiento, se desconoce el principio de la tipicidad y por ende se viola el principio de legalidad; lo segundo, porque es evidente que el Estado y el Derecho como creaciones del hombre, que los ha concebido para su propio servicio y beneficio, no pueden vulnerar, menoscabar, ni desconocer la dignidad del hombre, porque siempre los intereses, expectativas e ilusiones de éste estarán por encima de los intereses del Estado, que solo puede ser entendido como un ente instrumental destinado a crear las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas para que el hombre pueda vivir en paz, divinidad, libertad y en tales condiciones poder desarrollar libremente su personalidad.

Fiel a éstos principios, es que la doctrina universal del derecho penal solo ha admitido la posibilidad de dos figuras concursales, el real o material y el ideal y ha planteado la imposibilidad jurídica del concurso aparente de tipos, que supone la presunta adecuación simultánea de una conducta fácticamente considerada en varios tipos penales, razón por la cual se han dado una serie de soluciones para solucionar esta hipótesis imposible de un plural proceso de adecuación típica que se soluciona por la aplicación de los principios de la especialidad, consunción, y subsidiaridad

b) Dentro de tales concepciones es claro que el poder punitivo del Estado está perfectamente limitado y siempre encontrará en su ejercicio una valla inexpugnable que es la indesconocible dignidad del hombre: su creador; es por esta filosofía humanística del Estado y del Derecho que la capacidad punitiva está perfectamente limitada y es así como no puede imponer la pena capital, ni podrá legalizar la desaparición forzada, ni los tratos crueles, inhumanos ni degradantes; no podrá vulnerar la intimidad de los ciudadanos, ni la privacidad de su correspondencia; no podrá consagrarse la esclavitud, ni la servidumbre; no puede el Estado privar de la libertad a los ciudadanos, ni violar su domicilio, sino mediante orden judicial escrita, por motivo previamente definido en la ley y con el lleno de las formalidades legales, de la misma manera que no se puede consagrar la prisión por deudas, ni crear penas o medidas de seguridad imprescriptibles; no se puede concebir persecución penal sino por motivos previamente definidos en la ley, se debe investigar y juzgar con el respeto a las formalidades propias del debido proceso, no se pueden utilizar pruebas ilícitas y es imposible patrocinar un doble procesamiento, nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo, ni contra sus parientes, no podrán consagrarse las penas de destierro, prisión perpetua, ni confiscación.

El doble procesamiento, o de la valoración de un mismo, hecho de un elemento del tipo de sus circunstancias claramente desborda ese poder punitivo del Estado, vulnera el principio de legal infringe el concepto de un estado social y democrático de derecho al vulnerarse el principio constitucional del debido proceso.

Como lo afirma uno de los autores citados en precedencia la inexistencia de esta prohibición daría lugar a que el Estado pudiera patrocinar una persecución indefinida, frente la cual el ciudadano no tendría ninguna posibilidad de defensa excepto el asilo ofrecido por el sepulcro.-

Además debe recordarse que el procesamiento solo es posible en la relación: "...al acto que se le imputa...". descripción gramatical utilizada por el constituyente que evidentemente descarta que por un solo hecho o acto surgiera una pluralidad de imputaciones.-

C).- El principio de proporcionalidad, deviene lógico del principio de igualdad, que supone un similar tratamiento legislativo para todos los ciudadanos y de la misma manera, un igual trato de parte de los funcionarios del Estado, que lleva de manera necesaria a que la persecución del Estado se justifique por la realización de un hecho, pero nunca el doble procesamiento por una única conducta, que evidentemente desborda el poder persecutorio del Estado y vulnera el principio de proporcionalidad.-

El principio constitucional del non bis in idem, como uno de los elementos integradores del concepto del debido proceso, garantiza a todos los ciudadanos la imposibilidad de un doble juzgamiento, bien en el caso de existencia de una decisión ejecutoriada, o en el de un doble procesamiento simultáneo; pero igualmente le garantiza que no se tome en cuenta dos veces un mismo hecho elemento o circunstancia, como parte integrante del tipo, de la antijuridicidad, de la culpabilidad, o sus circunstancias; o la doble desvaloración de ese mismo hecho para concluir en la existencia de un concurso delictivo; o una misma circunstancia punitiva para hacer un doble aumento en la penalidad.

1. 28 - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Es la necesaria armonía que debe existir entre la demanda y la sentencia en los procesos no penales. Asímismo, debe existir congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia. Por lo tanto, no debe absolver interrogantes no planteados

En la parte penal, la resolución de acusación es resorte de la Fiscalía General de la Nación, con sus pretensiones punitivas

El Juez desborda los límites de su competencia cuando trata de resolver conflictos distintos a los planteados por las partes o cuando concede más de lo solicitado por las mismas.

El principio de congruencia defiende al procesado, pues no lleva hechos o acusaciones no contempladas en la demanda inicial

Excepciones:

-No considerar aquellas que las partes deben proponer y el juez no puede declarar de oficio. Las excepciones deben ser alegadas

Sin embargo, en casos de nulidad absoluta, el juez debe declararla de oficio

Tipos de excesos:

- Ultra petita: Más de lo pedido
- Extra petita: Lo no pedido
- Citra petita o Mínima petita: No resuelve lo pedido o solamente parte de lo mismo.

No hay incongruencia si resuelve:

Menos de lo pedido
Más de lo probado pero menos de lo pretendido

Para evaluar la congruencia de la sentencia, debe confrontarse con las pretensiones, los hechos consignados en la demanda y las excepciones del demandado

Causales de casación:

- Primera: Otorgar más de lo pedido, fuera de lo pedido o menos de lo pedido, o no provea las excepciones de mérito
- Segunda: Se rebasan los límites impuestos por las partes

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, deberá abstenerse de fallar sobre las demás

Pero los límites de esa competencia desaparecieron en materia penal cuando la CC declaró exequible la llamada ""calificación provisional"", lo cual desquició las funciones de la Fiscalía

De acuerdo con el Dr Villamil, la calificación de provisional debería cerrarse con la Resolución de Acusación. La variación en la misma no protege al acusado. Por lo tanto, la Fiscalía no debería modificar la calificación hecha en la Resolución de Acusación durante la etapa de juzgamiento.

Además, a partir de la resolución de Acusación, el fiscal se vuelve sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación.

La presunción de inocencia ha sido elevada a la categoría de Derecho Fundamental. Por lo tanto, la carga probatoria es de quien acusa

Por lo tanto son infundados los raciocinios de la Corte cuando afirma que: Compete al legislador regular el debido proceso; con una calificación definitiva de alteran las funciones de acusación y juzgamiento; etc

La defensa social no está por encima de la protección del individuo.

En Acción de Tutela no existe el principio de congruencia, pues si el juez encuentra

violado otro derecho fundamental diferente del invocado por el peticionario, debe conceder el amparo

1. 29 - PRINCIPIO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA E INTERÉS PARA OBRAR

Determina si el diálogo procesal se llevó a cabo entre las personas adecuadas. No es presupuesto del proceso sino cuestión de titularidad del derecho de acción o contradicción.

Solo tiene legitimación de causa quien tiene derecho a reclamar y quien está llamado a responder. Es requisito de la pretensión. Sus ausencias de mérito llevan a sentencia absolutoria, pero sin que se impida el desarrollo del litigio. Si la persona citada no es la llamada a responder, procede su absolución

En el proceso de resolución de un litigio, el juez debe tener en cuenta varios aspectos:

1 - Requisitos para la constitución regular de la relación jurídico procesal:

a - Competencia del juez de conocimiento (facultad para resolver en concreto la litis)
b - Capacidad de demandante y demandado para ser parte
c - Capacidad procesal para comparecer en juicio
d - Demanda idónea (perfecta en su forma)

2-Elementos constitutivos de la acción

a - Sujetos de la relación jurídica (activo y pasivo)
b - Título de la pretensión invocada o hechos de donde se deriva (causa pretendi)
c - Petitum

3 - Condiciones de la acción

a - Tutela de la acción por norma sustancial.

Cuando los hechos que sirven de fundamento a la acción (causa pretendi) y la pretensión (petitum) coinciden por los hechos previstos por la ley sustancial y con su efecto jurídico por los mismos hechos

b - Legitimación en causa.

Calidad de titular del derecho subjetivo en el demandante y calidad de ejecutar la obligación en el demandado

c-Interés para obrar

Es el interés sobre la confirmación de ese derecho subjetivo y de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa.

Es la necesidad de decidir sobre una perturbación real o aparente del derecho

1. 30 - PRINCIPIO DE LA PERPETUATIO JURISDICTIONIS

El juez que conoce un proceso debe conocer del mismo hasta su final, sin que ninguna autoridad lo interfiera sin justa causa

En el campo penal, la parte instructiva del proceso penal la instruye el fiscal, quien dicta o no resolución de acusación.

Al surtirse esta etapa se llega al conocimiento del juez

- Fiscal seccional Penal de Circuito
- Fiscal ante Tribunal Sala penal de Tribunal
- Fiscal ante Corte- Sala de Casación de la Corte

Esto está pre establecido y lo conoce todo el mundo

Cuando puede variar la competencia?

- Agentes Diplomáticos
- Variación en la cuantía de bienes relictos del causante
- Demanda de reconvención de mayor cuantía
- Excepción por falta de competencia
- Cuando el juez se declara impedido o admite una recusación
- Razones de orden público para garantizar imparcialidad, garantías procesales, integridad personal, etc
- Congestión judicial

I. III - PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO EN LA PRUEBA

Se parte de lo siguiente:

Hay un demandante X que hace una relación de los hechos, los cuales deben estar soportados por unas pruebas a su vez, el demandado señala unos hechos en su defensa, los cuales se soportan con unas pruebas, si no existiera la prueba, no habría proceso. Por tanto, la prueba es la médula del proceso. Lo que no se prueba no existe en el mundo del proceso

Tanto vale no probar como no tener el derecho, de ahí que el Legislador garantice a nivel de CN y en las leyes, para garantizar no solamente el debido proceso en general sino rodear a la prueba misma de una serie de garantías para hacerla justa.

Qué es lo que es objeto del proceso? Los hechos. Quién demuestra los hechos? La prueba. Por eso la estructura legal le confiere a la prueba una importancia fundamental y la rodea de garantía a todo nivel.

Se relaciona con el artículo 29 de la CN: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

1. 1 - DERECHO A PROBAR

Es el derecho al proceso mismo.

Si se señalan unos hechos que argumentan unas pretensiones, nace el derecho a probar los hechos sobre los cuales se soportan estas pretensiones

Negar el derecho a probar es negar el derecho mismo.

El juez escucha a las dos partes y revisa las pruebas que soportan cada versión. La balanza de la justicia se inclina a quien prueba menor

1. 2 - DERECHO A POSTULAR LA PRUEBA

Tratar de lograr un pronunciamiento del juez respecto del decreto de pruebas

Es el derecho a peticionar la prueba. A ambas partes le asiste el derecho a peticionar las pruebas que conduzcan a probar los hechos que cada uno ha narrado.

1. 3- DERECHO AL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRUEBAS PEDIDAS

No se admite silencio judicial.

Es obligar a un pronunciamiento del juez. Si el juez las niega las pruebas, es viable el recurso de apelación.

Si el juez no se pronuncia es viable la acción de tutela para obligar a que el juez se manifieste sobre el decreto de pruebas.

Ahora, cuando el juez aprecia la demanda, mira las pruebas que van a demostrar acerca del motivo de controversia- Por lo tanto, puede desechar aquellas pruebas que se relacionen con la sustancia de los hechos.

1. 4 - DERECHO A LA CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA

Inclusive con pruebas anticipadas, por ejemplo, el testimonio de personas con una expectancia corta de vida o proteger pruebas que pueden desaparecer dolosamente

Respecto del testimonio, entre más tarde se rinda, más posibilidad de alteración hay, pues se pierde la dinámica de la percepción de las cosas.

Por lo tanto, la prueba debe allegarse en el proceso en un término prudencial

La prueba preconstituida es otro mecanismo. Consiste en que sin que haya proceso, se puede peticionar la recepción de un testimonio, de un interrogatorio de parte o una inspección judicial o un peritaje.

En muchos procesos es mas viable hacer la inspección judicial. La prueba preconstituida no se notifica. Algunos laboralistas acuden a la empresa demandada antes de decretar las pruebas para evitar que se alterna las pruebas esenciales.

La prueba preconstituída está manifiesta en el texto de la demanda y puede, por lo tanto, ser sujeto de contradicción de la contraparte

En el proceso penal, que tiene dos etapas: Instruccción y Juicio. Pero hay una etapa que no hace parte de este proceso, porque es preliminar o previa, pero en la cual se pueden recepcionar las pruebas que sean necesarias, encaminadas a determinar si el hecho punible se cometió, los autores, circunstancias, etc para determinar si se abre o no el proceso penal

APARTE: En el Proceso Penal existen varias partes:

- PRELIMINAR, que va antes de Resolución de apertura de la investigación.

En esta parte se investiga por Fiscalía si hubo o no delito, quién lo hizo, etc, en esta se discierne si vale o no la pena que se adelante formalmente el proceso penal, el testimonio en esta parte es una versión libre y espontánea. Pero si la prueba obtenida en esta parte sirve para dictar sentencia, debe ser sometida a las garantía del Debido Proceso en la Prueba.

- SUMARIAL. Va desde la Resolución de apertura de la investigación hasta la Resolución de Acusación.

- JUICIO. Va desde la Resolución de Acusación hasta la Sentencia.

- SENTENCIA.

Crítica al sistema: El Fiscal tiene carácter de juez (Puede encarcelar, dictar medidas de aseguramiento,) Por esto la Fiscalía en nuestro medio es altamente peligrosa, especialmente en asuntos políticos.

El Fiscal debería solamente dedicarse a perfeccionar las pruebas del Estado en contra del reo. Debería ser persona entrenada especialmente en ese aspecto de investigación

Por ejemplo, se debe tener una aptitud especial para interrogar. Pero no en el sentido de triquiñuelas, sino en el buen sentido de la palabra interrogar

No debía interrogar el secretario

In dubio pro reo: La duda que no sea despejada debe ser resuelta a favor del sindicado-.

Un alto índice de procesos penales terminan en el In dubio pro reo.

Pero son dudas que en su etapa procesal son más exigentes. Hay parámetros mínimos para dictar Resolución de apertura de investigación. Pero debe haber mas exigencia para dictar la Resolución de acusación.

Y mucho más exigentes cuando hay Sentencia.

Estas pruebas obtenidas en la etapa preliminar constituyen un mecanismo de conservación, porque sirven para dictar resolución de acusación o dictar sentencia Tanta validez tiene esta etapa preliminar que el Legislador garantiza el derecho a la defensa en la etapa preliminar. Hay versión libre y espontanea antes de dictar estas resoluciones indicadas.

El contrato de arrendamiento puede ser verbal o escrito. Un mecanismo del legislador dice que puedo citar al arrendatario y en un interrogatorio llevarlo a confesar las circunstancias del contrato, antes del proceso mismo

En procesos de otra índole, puede embargarse y secuestrar bienes, autorizado por el legislador, para aprender unos bienes que sirvan de garantía para el pago de una obligación. Si no existieran estas medidas precautelativas, no sería posible pagar las obligaciones adquiridas.

1. 5 - DERECHO A LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

La prueba existe antes del proceso, excepto de las que se refieren a dictámenes periciales e informes técnicos. Existe el derecho a contrainterrogar testigos, objetar dictámenes, rebatir documentos, etc

Es el derecho a la réplica. Cómo contradecir un testimonio cuando se es demandante y se tienen varios testigos? Ambos apoderados pueden interrogar a los testigos y contrainterrogarlos.

En esa forma se puede controvertir la prueba.

Un peritaje, que rinde un dictamen, se coloca a disposicion de las partes, para que si alguien quiere objetar, ampliar o aclaración lo pueda hacer. Aquí existe la posibilidad de contradecir.

Art 146: Las pruebas practicadas, así sean decretadas de nulidad, tienen pleno valor. Se anula la actuación en ruptura del debido proceso, las pruebas de todos modos tienen validez.

Si la nulidad es de la etapa probatoria, cobija a todas. Pero si no, afecta solo a una prueba que rompa el debido proceso La prueba que sea causa de ruptura del debido proceso, se anulan.

1. 6 - PUBLICIDAD DE LA PRUEBA.

Todas las pruebas deben estar a la vista de los sujetos procesales:

Se decretan mediante auto o resolución
Se debe notificar las pruebas a las partes. El Estado fija a las 8 am.
La notificación en el despacho judicial, indicando esa notificación.
La publicidad se surte con el hecho de la notificación. Si una de las partes no está al tanto y se deja pasar la oportunidad, habrá perjuicios de índole procesal.
No solo las pruebas, sino el día en que se va a practicar. Para que las partes, si están interesadas, se encuentren presentes para controvertir la prueba.

1. 7 - NECESIDAD DE LA PRUEBA

Deben cumplirse ciertos requisitos para ser aceptadas

No pueden reposar solo en la mente del juez, sino a disposición de las partes

1. 8 - RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

Tratamiento decoroso a todos.

El Estado Social de Derecho protege los derechos fundamentales. El Legislador es garantista de la persona y su dignidad. Que no haya circunstancias que lo desmeriten de manera intelectual o física, aún en presencia de crímenes gravísimos.

Por encima de todo, se rodea al acusado de garantía. No se somete al escarnio público, incluyendo la salida en noticieros y prensa, que muchas veces los condena antes de comenzar el proceso. Eso contamina el proceso antes de iniciarse, porque fabrica una disposición contra la persona.

Esto tambien incluye a las víctimas del delito, por ejemplo los casos de violación, que deberían remitirse para examen a su propio médico.

OTROS PRINCIPIOS

1. 9 - PROHIBICIÓN DE LA TORTURA
1. 10 - INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO
1. 11 - INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA
1. 12 - NO AUTOINCRIMINACION

1. 13 - RESPETO AL SECRETO PROFESIONAL
1. 14 - PROTECCIÓN DE LA FAMILIA
1. 15 - IGUALDAD EN MATERIA PROBATORIA
1. 16 - COMUNIDAD DE LA PRUEBA
1. 17 - PRECLUSIÓN DE LA PRUEBA
1. 18 - LIBERTAD DE LA PRUEBA
1. 19 - PRINCIPIO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
1. 20 - PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA
2. 21 - EXCLUSIÓN DE LA DUDA.

I. IV - ETAPAS PROCESALES DE LA LEY 23 DE 1981.

Un esquema rápido del proceso disciplinario, este se inicia con la denuncia conforme al artículo 74 de la ley 23 de 1.981, en donde el paciente o sus familiares son uno de los actores más recurrentes en la actualidad para el inicio del proceso disciplinario médico. Una segunda etapa que es la designación por parte del presidente de la queja a uno de los Magistrados del Tribunal para que haga la investigación, en esta etapa el funcionario tiene amplias facultades probatorias, como el decreto y su práctica conforme a los principios de necesidad, legalidad, unidad, eficacia, comunidad, pertinencia, conducencia, contradicción, publicidad, una segunda etapa se inicia con la notificación del pliego de cargos, en donde el médico tiene la posibilidad de preparar su defensa en un termino de no menor de 10 días y máximo 20 para presentar sus descargos, y una tercera etapa es la etapa final del proceso, que denominaremos como del juicio que se inicia con el estudio de los descargos y las solicitudes probatorias que haya hecho el investigado en sus descargos, para luego presentar por parte del ente disciplinario la decisión final o de fondo en donde se da por terminado el proceso. Este esquema nos permite desarrollar el tema siguiente que es el de las oportunidades probatorias.

Si bien se han definido tres etapas del proceso disciplinario, INVESTIGACION, DILIGENCIA DE DESCARGOS Y JUICIO O ETAPA FINAL, en cada una de ellas se presenta una oportunidad probatoria, en donde se emplearan los medios probatorios que la ley ha establecido como adecuados para la actividad de control disciplinario. Sea importante indicar que la Ley 23 de 1.981, no tiene un capítulo especial dedicado a tratar el tema de la prueba, pero ello no significa que este no sea un tema importante, y ya lo hemos dejado planeado que es de vital importancia y necesidad para llegar a una decisión adecuada mas allá de toda duda.

La solución se encuentra en el artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, en el cual se indica que “en lo no dispuesto en esta ley se aplicaran las normas del código de

procedimiento penal", lo cual obliga a acudir a dicha norma para indagar como está regulado dicho tema, y este se encuentra en la Ley 06 de 2.004, que se aplica para las conductas cometidas a partir de la vigencia de dicha disposición.

Y todo lo relacionado con el tema se encuentra en el CAPITULO III, PRÁCTICA DE LA PRUEBA, PARTE I. DISPOSICIONES GENERALES., artículos 372 a 441, pero de todas estas normas, que indican primeramente que existe el concepto de libertad probatoria, hay reglas que no se ajustan al proceso de características mixtas como es el proceso disciplinario ético médico, con lo cual surge una dificultad en su aplicación, pero que en nuestro criterio no es impedimento para hacerlo, y este punto será otro tema.

I. V - LAS PRUEBAS EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES

1 - LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral.

De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a - Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral.

b - Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

"Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango

c - Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.

Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa - El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y

bb - que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa - No deber causar grave perjuicio indebido,
bb - Ni generar confusión,
cc - Ni exhibir escaso valor probatorio,
dd - Ni ser dilatoria del procedimiento .

d - Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

2 - LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN FORMAL

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso.

- Si se ha infringido la ley de Ética Médica
- Quienes o quien son los autores del hecho.
- Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
- Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales.

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial)

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

- Interlocutoria
- Motivada
- Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

• Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
• La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva.

• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

3. PRUEBAS EN EL JUICIO.

En el juicio penal, El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio.

Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio. El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía.

Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

I. VI - PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD Y AUTENTICACIÓN DE LA PRUEBA

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (Prov 28-2015. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.) se expresó, refiriéndose al módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. .

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

- (1) pertinencia.
- (2) autenticidad.
- (3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente:

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

- Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y

- A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan la pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina por se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión. El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

I. VII - LA SANA CRITICA PROBATORIA.

El juez no solamente es perito de peritos sino que es quien se encuentra a cargo de la valoración integral probatoria para tomar una decisión en derecho y en justicia
Por eso el concepto de sana crítica es de trascendental importancia, pues es quien le confiere a cada una de las pruebas y a cada extremo probatorio su valor para determinar dicha decisión

Este Tribunal Nacional ha expresado en numerosas sentencias lo siguiente:

"...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.

Por su parte Couture define las reglas de la sana critica 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.*

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".*

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 apoya. 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".*

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".*

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).

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 propia.

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"

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".

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."*

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 apreciación.

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)",* 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…"

a - EDUARDO JAUCHEN.

Libre convicción (sana crítica)

Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, sé alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios :para verificar el hecho.

Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción" al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea.

Las características fundamentales de éste sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.

Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la "sana crítica", lo cual sólo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba, que alcanza también al principio de la libertad de la prueba, según el cual todo se puede probar y por cualquier medio y al principio de la debida fundamentación de la resolución judicial, expresando las razones que motivan la decisión de ahí su denominación global de "libre convicción" y solamente sana crítica que sólo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, ir cando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan solo y directamente de las pruebas producidas en la causa y en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido cada razonamiento debe estar claramente sustentado en principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano.

b - ERIC PÉREZ SARMIENTO.

El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razona donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con

máximas de experiencia; con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción.

El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuanto existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (inmotivación) tal manera, en el sistema de la sana crítica; la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento eso motivación de las decisiones. En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana critica.

El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países la decisión de los juicios penales se produce por jurados populares lo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en pues en las decisiones interlocutorias referidas, a la existencia de meritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.

(…)

E. Las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como núcleo esencial de la libre valoración razonada de la prueba. El sistema de libre valoración razonada de la prueba o si sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos considera y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme racionales emanados de la probabilidades, de la experiencia general, o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la ciencia.

De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que nos permiten predecir que determinados estados de

hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que denominarnos juicio de hecho.

El maestro alemán Leo Rosenberg consideraba al juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.

El maestro Friedrich Stein define las máximas de experiencia como:

"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general; desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pera independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos…".

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia comporta esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre, unos y otros es lo que le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada a las reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de ta prueba se comporta coma un silogismo, en el cual la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso juega el papel de premisa menor, y el valor que se confiera al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de experiencia actúa corno factor de; validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser controvertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba, quedando así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador. Por esta razón, es tanto más que imperativo, que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración, para que los sujeto de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre valoración razonada que exteriorice convicción del

tribunal a través de la motivación hasta el punto tal que pueda da convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana respecto a un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador viene obligado a interpretar para cada caso concreto. Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le toca decidir, se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio o no.

(…)

Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es una consecuencia de alta probabilidad respecto a los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por, la ciencia, siempre y cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente.

Por ejemplo, la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma, de tal manera la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona,. constatadas a través de una prueba de análisis de trazas de disparó (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las setenta y dos horas anteriores a la toma de la muestra.

Eso nos viene dado por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada, si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares, o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la cadena de custodia de la evidencia (con el kit de pines abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

c - TIBERIO QUINTERO OSPINA.

c) Sistema de la persuasión racional o de la sana crítica en el cual lo que cuenta no es ya sólo la prueba libremente apreciada por el juez, sino su búsqueda y receptación en forma técnica y científica y su apreciación en conciencia, con sujeción, por lo tanto, a la lógica, a la experiencia, a las normas de la sana crítica, a la responsabilidad

moral del juez. Parte del principio de que lo que importa es la certeza personal, la comprobación de la verdad por parte del funcionario, debiéndose allegar las pruebas, de otra parte, según las formalidades legales.
Dentro de este sistema, el juez no está forzosamente sometido a sistema alguno previamente establecido por el legislador, sino que puede investigar de una manera libre todo aquello que sea útil y que tenga relación con el hecho principal, procedimiento luego libre, pero racionalmente, a valorar los resultados de su investigación.

En este sistema, como lo dicen NICETO ALCALA ZAMORA y RICARDO LEVENE (hijo), "ya no basta con que el juez se convenza, o a lo manifieste, sino que ha de cuidarse de convencer de su propia convicción a los demás, es decir, tanto a las partes en concreto como a la comunidad de los justiciables en abstracto".

Este es el procedimiento seguido en nuestra justicia civil (C. de P.C art. 187) y penal (art. 254).

Dentro de este sistema sobra que la ley hable de prueba plena completa y prueba incompleta, con lo cual no estamos adhiriendo a quienes opinen que el juez, al valorar la prueba, no tenga en cuenta esta distinción. El hecho probado lleva ínsita la idea de certeza. Un hecho se entiende probado, cuando ha llevado al conocimiento la convicción de que es verdadero.

La prueba, para que exprese una verdad, debe ser plena completa, sin necesidad de agregarle estos calificativos. Vista a través de uno o varios medios probatorios, para que fundamente una sentencia condenatoria, la prueba debe conducir a la certeza del objeto del proceso. De donde resulta obvio que si ese medio o esos medios probatorios no conducen a establecer esa certeza, no interpretan una verdad, y se los puede llamar, por parte del juzgador, prueba incompleta, con la cual habría que dictar sentencia absolutoria. Es más. Un medio probatorio puede constituir prueba incompleta de un hecho, pero unido a otro u otros medios probatorios, constituir la prueba completa necesaria para condenar.

Por otra parte, los medios probatorios no sólo se utilizan para dictar sentencia (fin de la prueba), sino también para recepcionar indagatorias, dictar medidas de aseguramiento, prosecución de la investigación, decretar secuestros y embargos, etc., y en estos casos dichos medios, por sí solos o tomados en conjunto, pueden indicar sólo pruebas incompletas, porque todavía no conducen -ni pueden conducir- a formar certeza sobre los hechos investigados. De modo que las pruebas pueden encerrar un mérito para que el juzgador las considere como suficientes y dar por demostrada la existencia o inexistencia del hecho, o para dudar de la existencia de

éste, o con independencia de la certeza o duda a que conduzcan, para que el juzgador pueda tomar ciertas medidas durante la existencia del proceso.

A este respecto la doctrina es muy diciente. Dice MITTERMAIER que la prueba completa o perfecta da certeza sobre el hecho de probar.

DEVIS ECHANDIA, que prefiere darle a la certeza el nombre de convicción, hace al respecto esta importante distinción, siguiendo las enseñanzas de

CARNELUTTI:

"Hemos visto que no es lo mismo el fin de la prueba que su resultado; aquél es siempre llevarle al juez la convicción sobre los hechos del proceso; éste puede ser en algunos casos tal convicción, pero en otro no alcanzará a suministrarla. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ello con el auxilio de otros medios que lo complementan, es posible clasificar las pruebas en plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en imperfectas o incompletas (en el segundo)"

Y agrega luego con mucha precisión:

"Algunos autores como COUTURE, FLORIAN y SILVA MELERO consideran que esta clasificación sólo se justifica en un sistema de tarifa legal, pero no en uno de libre valoración. Estamos en desacuerdo con ese concepto, porque en ambos sistemas es posible que el juez se de o no por convencido con un medio de prueba o con todos [os allegados al proceso. Otra cosa es que para llegar a ese resultado deba aceptar la calificación dada imperativamente por la ley o recurrir a su propia valoración, es decir, las pruebas pueden ser plenas o incompletas por mandato legal o por la libre conclusión a que e[juez [legue, pero en ambos existen las dos especies bien definidas".

Por eso nos parece muy puesto en razón lo dicho por Sánchez Méndez:

"En el fondo toda prueba debe ser plena, pues de lo contrario carecería de relevancia. Lo que ocurre es que la plena prueba se forma, en la inmensa mayoría de los casos de pruebas semiplenas, pero entre los cuales haya u relación tal que le permita formarse al juzgador la convicción, o mejor, certeza sobre el hecho que trata de probar. El proceso penal no es ni puede ser camino recto entre una hipótesis o tema de la prueba y el resultado final. Es un conjunto de ejercicios tendientes a la demostración de muchos hechos principales o accesorios más o menos relevantes como hitos

marcando un camino y que van siendo unidos por los permanentes procesos de inferencia o búsqueda de relaciones que permiten al juez hallar u: verdad por encima de toda duda, es decir, la certeza judicial sobre el ter central. La prueba plena, puede decirse, se halla a la postre en la mente del juez"

Analizando las consecuencias prácticas que la implantación de este sistema de la sana crítica trajo para el procedimiento civil con [a reforma de 1970 (perfectamente aplicable a nuestro Código de Procedimiento Penal), escribe DEVIS ECHANDIA (transcribimos únicamente lo pertinente a la naturaleza de este último estatuto):

"¿Con este sistema se podrá acusar una sentencia en casación por error de derecho en las pruebas?

"Como ustedes verán cuando lleguemos al punto de los recursos, lo único que sucede es que queda un poco restringido el error de derecho porque donde hay muchas normas de tarifa legal es lógico que el error de derecho es amplio, pues la violación de cualquiera de ellas lo configura; pero en este sistema de la sana crítica, de todas maneras quedan algunos, tipos de errores de derecho, por ejemplo:

"1.....

"3. Cuando el tribunal le de valor a una prueba que ha sido practicada sin las formalidades procesales que el Código establece.

"4. Cuando el tribunal diga que una prueba carece de valor porque le faltó alguna formalidad procesal y el Código no exija tal formalidad.

"Como ven ustedes, existen varias maneras de acusar por error de derecho en casación, aún durante la vigencia del nuevo Código.

"Naturalmente, el sistema de [a sana crítica no impide que se conserven las disposiciones que le dan fe al documento público en cuanto a lo que el funcionario dice haber hecho y a lo que él dé fe de haber percibido con sus sentidos, como el hecho de haber concurrido las partes ante él..... y de que las partes hicieron las declaraciones que constan en el documento o que aprobaron éstas cuando les fue leído.

"Cosa distinta es el valor probatorio del contenido de [as declaraciones de las partes, que con el nuevo sistema podrá ser impugnado libremente con toda clase de pruebas, entre ellas la indiciara y la testimonial.....

"Tampoco impide la sana crítica que se de fe al acta de las inspecciones judiciales, en las cuales el juez deja constancia de lo que él percibió con sus sentidos, para reconocerles valor de plena prueba mientras no se demuestre lo contrario. Naturalmente, si el juez agrega además consideraciones valorativas, por ejemplo, si no se limita a decir que encontró determinadas circunstancias indiciarias, sino que concluye diciendo que de esas circunstancias se deduce la existencia del hecho indicador, en esa parte la declaración del juez no tiene valor probatorio de ninguna naturaleza, porque se tratará de una simple opinión suya, de la cual el mismo juez podrá separarse en el momento de dictar sentencia y con mayor razón otro juez que lo sustituya en ésa instancia o, el superior en la segunda (o la Corte en casación si encuentra que hubo error manifiesto, porque nosotros tenemos casación por errores de hecho en la apreciación de la prueba, a condición de que ellos sean manifiestos o protuberantes).

"Hecha la explicación de estos dos pilares fundamentales del nuevo instituto de la prueba, es importante tener en cuenta que aún cuando en el sistema de la libre valoración de la prueba o sistema de valoración, de acuerdo con las reglas de [a sana crítica (que, como ustedes saben, para mí es lo mismo) se dice que el juez tiene libertad para valorarlas, hay que subentender que es de acuerdo con esas reglas de la sana crítica, no de acuerdo con la arbitrariedad o el capricho. Por esta razón opino que la única clasificación valedera podría ser la de valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica con motivaciones, y valoración de acuerdo con [as reglas de [a sana crítica sin motivaciones; el segundo sistema corresponde a los jurados de conciencia. Algunos hablan de una valoración en conciencia, en el sistema de la íntima persuasión, pero yo considero que cuando el juez de derecho valora las pruebas según [as reglas de la sana crítica, también lo está haciendo en conciencia, y también es una apreciación íntima, porque éstas no significan que, al menos en principio, quien aprecia así las pruebas, ya sea un ignorante jurado o un sabio juez, no deba utilizar la lógica y esa serie de reglas que da la experiencia y que constituyen las reglas de la sana crítica.

Lo que sucede es que en el caso del jurado no se puede controlar si usó o no la lógica y las reglas generales de [a experiencia y cómo las usó, por [a sencilla razón de que no da explicaciones, al paso que el juez sí las da. Me separo en esto del concepto de algunos juristas, por ejemplo, del doctor ALVARO PEREZ VIVES en su libro sobre la casación, según el cual, no existe libertad de valoración por el hecho de verse obligado el juez a motivar su decisión, a explicar como llega a la conclusión adoptada. De ninguna manera. Esa motivación no libertad de convencerse de acuerdo con [as reglas de la sana critica; son dos cuestiones completamente distintas".

Por último, bien vale la pena reproducir el siguiente importante comentario de los autores GARCIA AGUDELO Y TORRES CALERO:

"La apreciación de la prueba en materia criminal no puede hacerse a través de un elaborado catálogo de testimonios, peritajes y documentos que puedan aparecer contradictorios entre sí. El análisis objetivo de cada uno de ellos tampoco está sujeto al criterio libre pensador del funcionario sino a "las reglas de la sana crítica", que rigen tanto en lo indiciario y documental como testimonial y que demandan un examen de "conjunto", tratando de ubicar su armonía y coherencia.

"Son, pues, equivocadas aquellas estrategias por muy habilidosas e inteligentes que parezcan- dirigidas a aislar determinadas prueba para atacarlas y destruirlas con argumentaciones o sofismas más o meno jurídicos, más o menos ponderados, porque se colocan por fuera de las exigencias legislativas que hablan de un análisis regido por la apreciación de conjunto que, desde luego, no por tal debe dejar de ser prolijo, porque necesita serlo, para que de esa visión panorámica del proceso no surjan conclusiones equivocadas, lesivas de las garantías que asisten a quienes han intervenido en él o de los procedimientos anejos a las formas propias del juicio en que tanto insiste el art. 29 de la Constitución Nacional y desarrolla el art. lo. de este estatuto.

"No había especificado el art. 253 del decreto 50 de 1987, como lo hace ahora el art. 254 del nuevo Código Procesal, que el funcionario expusiera, «razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba», lo cual resulta vital dentro del proceso analítico que antecede a una decisión de fondo. Ha sido práctica constante la de elaborar un listado de las probanzas recaudadas para -con base en el precepto que obliga a hacer el «análisis de conjunto»- pasar de largo ante el examen minucioso que en muchas ocasiones ameritan la fi-ase de un testigo, las palabras literales de un procesado durante su injurada, los términos casi imperceptibles utilizados por el experto para fundamentar una conclusión, o la tesis central del defensor o del representante de la parte civil.

"Es necesario, pues, que a cada prueba se haga su análisis breve y separado para identificar su verdadero valor probatorio respecto de los demás elementos de juicio. De esta manera, individualizado su valor, será fácil relacionarla con otros, sin necesidad de sacrificar la calidad de los razonamientos por la extensión de su contenido".

d- JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ.

LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Hemos dicho que el juez hará la evaluación de las pruebas y que en ello ejerce un papel primordial el manejo de las reglas de la experiencia, a las informaciones que brindan las ciencias y las técnicas.

Pues bien, él sistema de valoración dé pruebas, conocido como la sana crítica, es aquel que le permite al juez, fundado en su libertad y auto hacer él estudio y ponderación de las pruebas, liberado de las ataduras de la tarifa legal, para formar su libre convicción y obtener la certeza que le permita llegar a la verdad, pero en forma crítica, no solo por la utilización de las reglas de la lógica y el sentido común, sino con base en las reglas de experiencia, conjugadas además con el soporte que brinda el conocimiento derivado de las artes, las ciencias y las técnicas.

CONCEPTO

La regla de la experiencia o también llamada "máxima de la experiencia", obedece a la formación que el juez como hombre tiene de lo que ha vivido y debido soportar; es el bagaje que pesa sobre sus espaldas por la experiencia personal y que aplica en la valoración o raciocinio de las cosas.

La experiencia, por tanto, comprende la cultura teórica del juez y las vivencias en una sociedad, formando un complejo total que incluye no sólo el conocimiento, sino además el sometimiento a las normas, las creencias, el arte, la moral, las pasiones, los hábitos y las aptitudes adquiridos por el hombre en tanto que forma parte de esa sociedad. Ellas, las reglas de la experiencia, le permiten al juez, en el mundo de la valoración probatoria, llegar a un raciocinio adecuado.

Como dice el profesor PARRA QUIJANO "Las máximas que no son del manejo común de la sociedad, hay que introducirlas al proceso por medio de la prueba pericial"

En este sentido, la sala civil de la Corte Suprema de justicia define -las reglas de la experiencia como

"... aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficiencia de las pruebas aportadas al proceso".

Y precisa la jurisprudencia en que consisten:

"Las máximas de la experiencia son enunciados que registran la inmediatez del conocimiento perceptivo. Constituyen protocolos de observaciones inmediatas. Se refieren a lo dado, a los datos sensoriales. Pero: lo que define su perfil de regla de la experiencia (o cláusula protocolaria, como la denominan los especialistas), es que ese dato inicial, o base empírica, pueda ser sometido a contraste y soporte las contrastaciones.

Una afirmación que no sea contrastable, debido a su forma lógica, sólo sugiere una situación incierta... La ambigüedad de su base empírica impide elevarla a la categoría de regla de experiencia".

NECESIDAD DE UTILIZARLAS

Ahora bien, las reglas de la experiencia, debe utilizarlas el juzgador en la valoración de los medios probatorios, pues ellas le permiten fundamentar su discurso al punto de otorgarle garantía de racionalidad, ya que su juicio debe dar cuenta de las razones por las cuales decidió en uno u otro sentido, permitir a otros entender el objetivo y encontrar el sentido de su decisión, motivación traslucen las reglas de la experiencia.

El juez como representante que es de la sociedad, no sólo debe las reglas de la experiencia en determinados asuntos, sino también tratar de auscultarlas, pues tiene la obligación de conocer y de aplicar las máximas de la experiencia imperantes en ella. Si no conoce las reglas de la experiencia lo menos debe adquirir información sobre ellas, para cumplir con su obligación, atendiendo a que en muchos casos la norma no puede ser puesta en práctica en concreto, si no es refiriéndose a tales reglas que sirven para la declaración de certeza y la valoración de los hechos de la causa. Las reglas de la experiencia le indican al juez que un desplazamiento normal en la ciudad de Bogotá de un sitio a otro, cuya distancia supere las cien cuadras, demora una hora, lo cual le permitirá medir el efecto del tiempo en la realización una conducta para deducir si la información es correcta.

EL CUIDADO AL UTILIZARLAS

El juez debe ser muy cuidadoso al trabajar con las reglas de la experiencia, a fin de evitar incurrir en errores y conjeturas al momento de apreciar y valorar el asunto cuando va a hacer su ponderación; se hace necesario de su parte, el repaso y verificación de las reglas, para determinar si siguen siendo válidas al momento de emitir su decisión final, de conformidad con la realidad que analiza, porque a medida que pasa el tiempo suelen estratificarse de tal manera que pueden perder todo vínculo con la realidad imperante en el momento en que dicte la sentencia.

Si se aplica indebidamente una regla de la experiencia al momento de valorar la prueba, se entra en el campo del error por falso raciocinio, y se corre el riesgo de declarar una verdad distinta de la que obra en el proceso.

(…)

SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

La sana crítica, llamada también apreciación racional de la prueba o libre convicción, es el sistema de valoración de la prueba en el cual el juez llega a formar su convicción con base en el estudio de todas y cada una de las pruebas recaudadas, previo el sometimiento a todas las disciplinas auxiliares, como la sociología, psicología, antropología, la historia, y en especial la lógica, apoyada en las reglas de la experiencia, conjugación que permite al juez llegar a la verdad que plasmará en su decisión.

Es un trabajo intelectual, dirigido por la lógica y apoyado en la experiencia que le permite al juez formarse una convicción libre, pero fundamentada en esos medios, razón por la cual, la sentencia requiere de especial motivación.

El sistema de la sana crítica fue introducido en Colombia en el artículo 187 del C. de PC donde se estableció:

"Artículo 187. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser, apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba". Así mismo, el artículo 238 del C. de PR señala:

"Artículo 238. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que, le asigne a cada prueba".

Además, el Código de Procedimiento Laboral, que viene desde 1:949; con las modificaciones que se le han introducido, entre ellas 1a de la ley 712 de 2001, hace, plena claridad entre los dos sistemas para alejar toda duda sobre el sistema que se acoge, pues le ordena al juez que deberá tomar su decisión con base en los principios

científicos que informan la sana crítica y le prohíba que pueda hacerlo por el sistema de la tarifa legal. Dispone la norma:

"Artículo 61. Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

"En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento".

El Código Disciplinario (ley 734 de 2002) establece:

"Artículo 141 Apreciación integral de las pruebas. - Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el merito de las pruebas en que ésta se fundamenta".

El Código Procesal Agrario (decreto 2303 de 1989) establece en el articulo 16 como obligación del juez la "sana crítica en la apreciación de la prueba".

Así mismo, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 168, acoge el sistema traído por el Código de Procedimiento Civil, lo cual no permite concluir que, indudablemente, el juez administrativo tiene la obligación de proferir sus decisiones dentro del proceso con base en la libre apreciación de las pruebas o sana critica.

Bogotá, abril diez (10) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1126 DEL DIEZ (10) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 1188 del tribunal de Ética Médica de Antioquia
Contra la doctora J.C.P.
Denunciante: Dr. J.C.C.R

Providencia No. 32-2012
Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz

VISTOS.

Por medio de providencia del 30 de septiembre de 2011, el Tribunal de Ética Médica de Antioquia decidió no reponer y en subsidio conceder la apelación al fallo del 20 de septiembre de 2011 mediante el cual se resolvió una solicitud de pruebas y una nulidad, mediante la cual se pretendía la invalidez de las decisiones que ordenaron abrir la investigación disciplinaria en los procesos radicados bajo los números 1188, 1321 y 1331.

La Corporación procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

La disciplinada, mediante memorial del 29 de abril de 2011 solicitó se declarara la nulidad de las siguientes decisiones:

“ 1. Que es nulo el acto administrativo de fecha 16 de mayo de 2008, expedido por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia por medio del cual decretó la apertura de investigación disciplinaria ético profesional dentro del proceso radicado bajo el número 1188.

2. Que es nulo el acto administrativo de fecha 16 de enero de 2008, expedido por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia por medio del cual se decretó la apertura de investigación disciplinaria ético profesional dentro del proceso radicado bajo el número 1.321.

3. Que es nulo el acto administrativo de fecha 30 de enero de 2008 expedido por el Tribunal de Ética Médica de Antioquia por medio del cual se decretó la apertura de investigación disciplinaria ético profesional dentro del proceso radicado bajo el número 1331.

4. Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió los actos, para los efectos legales consiguientes.

La defensora de la disciplinada mediante memorial del 9 de junio de 2011, solicitó que fueran excluidas las historias clínicas aportadas por el Dr. J.C.C.R y la exclusión de las declaraciones de las señoras R. y N. (sic) quienes sin historia clínica no acreditan la calidad de pacientes del antes nombrado. Igualmente solicitó la exclusión de toda prueba o documento aportado por terceros y por el denunciante que no corresponda a documentos manuscritos por la disciplinada y a procedimientos médicos por ella realizados.

Desistió la defensora de la declaración de la señora G.P., por considerar que carece de relevancia.

Finalmente solicitó que como estaban pendientes de ser practicadas unas pruebas testimoniales, que con carácter urgente se señalara fecha para su práctica.

a. La primera solicitud de nulidad. Considera la disciplinada que éste proceso se abrió como consecuencia de la denuncia instaurada por el Dr. J.C.C., sin que hubiera anexado ni siquiera prueba sumaria que le diera sustentación a la misma y sin la correspondiente motivación del acto.

b. La segunda solicitud de nulidad. Sostiene la misma disciplinada que la señora N.E.B.Z, el 10 de diciembre de 2007, presentó una denuncia disciplinaria contra la

Dra. C., que dio lugar a que el Tribunal de Antioquia abriera nueva investigación disciplinaria el 15 de enero de 2008. Sostiene que la denuncia no estuvo acompañada de ninguna prueba que le diera sustentación y que por tanto que el acto administrativo que ordenó la investigación careció de cualquier motivación.

c. La tercera solicitud de nulidad. Afirma la disciplinada que el 22 de enero de 2008 la señora R. C.F., presentó una queja en su contra, sin que adjuntara ninguna prueba que le diera sustento. Como consecuencia de la misma, el 30 de enero de 2008, el Tribunal de Antioquia en auto carente de motivación, procedió a decretar la apertura de otra investigación disciplinaria contra la Dra. C.

Considera la disciplinada que los actos administrativos cuya invalidez pretende son violatorios del artículo 74 de la ley 23 de 1981 que dispone:

" ARTÍCULO 74. El proceso disciplinario ético – profesional será instaurado:
a. De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los Miembros del tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.

b. Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona.

En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica.

Sostiene que ese artículo fue revisado en su constitucionalidad y que mediante sentencia C-259 del 15 de junio de 1995, se declaró su concordancia con la Carta Política. A continuación afirma, que en tales condiciones no podía haberse dejado de aplicar, citando el artículo 4º de la Constitución, como se hizo en el escrito del 13 de agosto de 2008, porque dicha norma ya había sido declarada constitucional de manera expresa.

Es importante destacar que el Tribunal de primera instancia para efectos de negar la nulidad solicitada manifestó que tanto la disciplinada como su defensora en varias oportunidades han solicitado la nulidad del proceso "….con los mismos argumentos mencionados en la presente solicitud y a los que el Tribunal de Ética de Antioquia les ha dado respuesta por medio de diferentes providencias……".

Ya en anterior decisión esta Corporación había advertido que se evidenciaba del proceder de la defensa, el ánimo de obstaculizar el desarrollo normal del proceso. En tal sentido se anotó:

“ Es evidente el propósito de afectar el normal desarrollo de la investigación disciplinaria por parte de la defensa, se evidencia porque no se encuentra demostrado que se haya abierto ninguna investigación disciplinaria contra los magistrados del Tribunal de Ética de Antioquia, por el contrario existe una constancia de un funcionario de esa Corporación (f 1159) en la que dice haber llamado a la Procuraduría para indagar sobre la posible existencia de una investigación disciplinaria y que allí fue informado por la Dra. Rocío Arteaga Villa que no existía ninguna investigación formal contra los magistrados de ética médica de Antioquia.

En tales condiciones la pretensión de la defensa desborda completamente las facultades de los sujetos procesales y se evidencia una vez más, el propósito dilatorio de la defensa.

Se le advierte a la defensora de la disciplinada y a la misma Corporación de primera instancia, que en caso de persistirse en este tipo de maniobras dilatorias, se deben compulsar copias con destino al Consejo Superior de la Judicatura para que se analice el comportamiento de ésta profesional del derecho, para que se determine si es del caso abrir una investigación disciplinaria contra la misma. Pro 17 de mayo de 2011).

En la ley 600 de 2000, código procesal anterior, de manera expresa se prohibía a los sujetos procesales reiterar nulidades ya solicitadas. En tal sentido se disponía:

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

Es evidente que el propósito del legislador con éste tipo de normas es impedir que abogados o sindicados inescrupulosos, acudan a éste tipo de tácticas dilatorias con el objetivo de obstruir el correcto funcionamiento de la justicia y buscar como en éste caso, que se cumpla el período prescriptivo de la acción.

En la Ley 906 de 2004, Código procesal actualmente vigente, no existe una norma similar a la anterior, pero la prohibición de reiterar peticiones que ya han sido decididas por los funcionarios judiciales competentes surge inequívoca de la interpretación de varias normas de la codificación procesal que llaman a las partes a actuar con lealtad. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 12. LEALTAD. TODOS LOS QUE INTERVIENEN EN LA ACTUACIÓN, SIN EXCEPCIÓN ALGUNA, ESTÁN EN EL DEBER DE OBRAR CON ABSOLUTA LEALTAD Y BUENA FE. (Lo destacado no lo es en el texto).

“ ARTÍCULO 140. DEBERES. Son deberes de las partes e intervinientes:

1.PROCEDER CON LEALTAD Y BUENA FE EN TODOS SUS ACTOS.

2. OBRAR SIN TEMERIDAD EN SUS PRETENSIONES O EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PROCESALES, EVITANDO LOS PLANTEAMIENTOS Y MANIOBRAS DILATORIAS, INCONDUCENTES, IMPERTINENTES O SUPERFLUAS.

…….”. (Lo destacado no lo es en el texto).

“ ARTÍCULO 141. TEMERIDAD O MALA FE. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

1. CUANDO SEA MANIFIESTA LA CARENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL EN LA DENUNCIA, RECURSO, INCIDENTE O CUALQUIER OTRA PETICIÓN FORMULADA DENTRO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL.

5. CUANDO POR CUALQUIER OTRO MEDIO SE ENTORPEZCA EL DESARROLLO NORMAL DE LA ACTUACIÓN PROCESAL. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es de lógica elemental que a pesar de que la norma comentada de la ley 600 no fue reiterada en la ley 906, no existe de manera expresa esta prohibición de repetir peticiones que ya previamente fueron decididas por los funcionarios competentes. Su existencia tácita se deduce interpretativamente de las normas antes transcritas. Y ello es entendible, porque si la norma rectora impone a los intervinientes del proceso actuar con lealtad y buena fe, es claro que el ejercicio de la defensa en el proceso penal no autoriza bajo ninguna circunstancia a dilatar injustificadamente, ni a entorpecer el normal desenvolvimiento del proceso penal.

Es por ello que en una clara reglamentación de la norma rectora en los artículos 140 y 141 de la ley 906, el legislador impone inicialmente los deberes a que están obligados los sujetos procesales y entre los mismos señala la primera de las normas mencionadas el deber de proceder con lealtad y buena fe y la obligación

de los partícipes procesales a evitar los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes o superfluas.

Por su parte en el artículo 141 de la misma normatividad, se califica como actuaciones temerarias o de mala fe, cuando sea manifiesta la carencia de fundamento en la petición formulada dentro de la actuación procesal, como es el caso presente, donde de manera irritantemente dilatoria se formulan nulidades supuestamente existentes en otros procesos que nada tienen que ver con el presente, excepto de tratarse de la misma disciplinada.

De la misma manera se califica como actuación temeraria o de mala fe, el que por cualquier medio entorpezca el desarrollo normal del proceso, como ocurre en el presente caso, al reiterar peticiones que en el mismo sentido se formularon en el pasado y que ya fueron negadas por medio de providencias ejecutoriadas o firmes.

Desde siempre se ha afirmado la autonomía de los diversos procesos, incluyendo los que se tramitan ante el mismo despacho judicial; en cada proceso solo se pueden tomar las decisiones que involucren a las partes que en él participan y en relación con las actuaciones o decisiones que en él se haya desarrollado o tomado; de allí el imposible jurídico, que se pretenda como en éste caso, de manera absurda y fundamentalmente dilatoria, que se decreten supuestas nulidades que se habrían producido en procesos que de manera independiente se tramitan en el mismo despacho y que tienen como disciplinada a la misma profesional de la medicina, pero que pese a lo anterior, es imposible desde la perspectiva procesal y del necesario cumplimiento del debido proceso constitucional, que se pudieran tomar decisiones que afectan su integridad y legalidad, por fuera de los respectivos procesos en los que presuntamente se hubiera podido cometer las supuestas irregularidades cuya nulidad se demanda.

Es obvio que las decisiones en un proceso solo pueden tomarse con fundamento en las pruebas que se hayan producido o allegado dentro del mismo. Es imposible para el juez hacer referencia a pruebas que no están dentro del proceso y debe recordarse aquel viejo proverbio según el cual, lo que no está dentro del proceso, no existe para el mundo. Es claro que lo anterior no tiene que ver con las pruebas trasladadas, ahora de referencia, cuando las mismas han sido llevadas de otros procesos a aquel en que se toma la decisión y el traslado se ha hecho con el cumplimiento de los requisitos legales. Y el análisis de la legalidad de los procedimientos solo puede circunscribirse a las actuaciones realizadas en el proceso donde se toma la decisión positiva o negativa de invalidez. El juez no puede tomar determinación de nulidad en relación con actuaciones o procedimientos realizados en otros procesos.

Por las razones anteriores se modificará la decisión apelada en el sentido de que se debe abstener el Tribunal de hacer manifestaciones d ninguna naturaleza en los procesos 1321 y 1331 en que aparecen como denunciantes las señoras N.E.B.Z. y R.C.F., por tratarse de procesos autónomos que nada tienen que ver con este proceso, en el que de manera insólita y absurda se formula una extraña petición de nulidad, con el único propósito de enredar y entorpecer el normal desenvolvimiento de éste proceso.

La nulidad que en igual sentido y con el mismo argumento se formula como presuntamente cometida en éste proceso, la Sala confirmará la decisión de la Corporación de primera instancia por haberse resuelto en el pasado solicitudes similares, con argumentos igualmente similares. Esas decisiones en las que se negó esta misma formulación de nulidad, son decisiones firmes y nada nuevo se ha producido para modificarlas puesto que ya se encuentran ejecutoriadas.

No se hará ningún pronunciamiento en cuanto al desistimiento probatorio presentado por la defensora de la Dra. C., porque tal decisión no fue objeto de apelación.

De la misma manera, tampoco se hará ningún pronunciamiento en relación con las pruebas, decretadas en el pasado, pero indicándose a la Corporación de primera instancia, que de conformidad con lo solicitado por la defensa, se debe es señalar fechas para la recepción de las pruebas que al parecer ya fueron decretadas en el pasado. No a otra conclusión se puede llegar cuando la solicitante dice:

"…considerando que a la fecha están pendiente de ser practicadas unas pruebas testimoniales solicito al Tribunal que con carácter URGENTE se fije fecha para su práctica".

En relación con la exclusión probatoria solicitada por la defensa, la Corporación se encuentra de acuerdo con lo decidido por la primera instancia, es decir, que en el momento de dictarse el fallo definitivo, se hará la valoración correspondiente en relación con las pruebas que respecto a las cuales ahora se solicita su exclusión.

La decisión anterior es acertada, porque es en la sentencia en la que los jueces tienen la obligación de analizar la legalidad y capacidad probatoria de los medios de convicción que siendo pertinentes y conducentes, se hayan producido regular y oportunamente dentro del proceso. En tales circunstancias, ningún juez se encuentra en la obligación de anticiparse a la evaluación probatoria definitiva y es bien sabido que la exclusión probatoria, que hace parte de la legalidad de la prueba es un capítulo

que de manera necesaria debe ser manejado y desarrollado dentro de la sentencia. En las circunstancias anteriores, se confirmará la decisión que en éste sentido tomó la Corporación de primera instancia.

En relación con éste punto se debe precisar a la primera instancia de que a pesar de que el tema se consideró y resolvió en la parte considerativa de la decisión, ninguna resolución se tomó en la parte definitiva del auto recurrido. En tal sentido se adicionará, confirmándose en relación con éste tema.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que confiere la Ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: REVOCAR la decisión de no declaratoria de las nulidades formuladas por la defensa, por supuestamente haberse presentado irregularidades en los procesos 1321 y 1331, en los que igualmente aparece como disciplinada la Dra. C. Como consecuencia de la anterior, ABSTENERSE de hacer ningún pronunciamiento en relación con las mismas, por tratarse de actuaciones que corresponden a procesos diferentes y ajenos a éste. ARTICULO SEGUNDO: ORDENAR a la Corporación de primera instancia que señale fecha para la práctica de las pruebas que se mencionan en el auto motivo del recurso. ARTICULO TERCERO: ADICIONAR la parte resolutiva de la decisión de primera instancia en el sentido de no tomar ninguna decisión respecto a la exclusión de las pruebas solicitadas por la defensa, para que la decisión de la misma se haga en el fallo definitivo y CONFIRMAR lo decidido en tal sentido. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado - Presidente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONCID, Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, veintiséis (26) de enero del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1303 DEL VEINTISÉIS (26) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso 1105 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta.
Denunciante: Sr. J.U.H.G.
Denunciado: Dr. J.C.G.G.

Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 04-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, mediante providencia de 10 de febrero de 2015, declaró que existían méritos para abrir cargos al doctor J.C.G.G., por presunta violación a los artículos 10, 15 y 46 (literal c) de la Ley 23 de 1981.

El 30 de junio de 2015, el encartado rindió su diligencia de descargos.
Posteriormente, mediante auto de 4 de agosto de 2015, el juez acquo decreta la práctica de unas pruebas y niega otras, motivo por el cual la defensa del implicado interpone recursos de Reposición y Apelación en contra de dicho auto.

El 13 de octubre de 2015, el tribunal seccional repone parcialmente el auto de agosto 14 de 2015, decretando un testimonio y concediendo el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno procesal se recibe en esta superioridad el 26 de noviembre de 2015 y, puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El 7 de noviembre de 2013 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, una queja firmada por el señor J.U.G., Presidente de la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Bajo Orinoco, quejándose de graves deficiencias en la atención del paciente J.L.R. (qepd), identificado con cédula de ciudadanía numero…., expedida en …., ciudadano colombiano miembro de la etnia indígena Amorrua en el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE PUERTO CARREÑO, atendido por el médico J..C.G.G.

El paciente consultó por dolor abdominal severo, distensión abdominal, vomito, sed, ausencia de deposiciones y sudoración profusa. Al examen se encontraba con signos de choque.

Se practicó radiografía de abdomen simple que mostraba severa distensión de asas intestinales sugestivas de volvulus.

Se comenzó hidratación y se llamó al cirujano general de turno, acudiendo el doctor J.C.G.G., quien exhibía el pasaporte A03111008, el cual ordenó colocación de sonda nasogástrica y observación por las siguientes seis horas, el estado general del paciente se deteriora progresivamente y hacia las 16:20 presenta paro cardiorrespiratorio, el cual es atendido de emergencia, siendo el enfermo intubado y logrando salir del paro. El medico J.C.G.G. interviene al enfermo, encontrando un volvulus del colon sigmoide, practicando hemicolectomia izquierda y colostomía tipo Hartmann.

Se trasladó a la UCI, en donde su estado general continuó empeorando, hasta entrar en paro cardiorrespiratoio irreversible y falleciendo a las 21:00, debe mencionarse que este personaje que funge como cirujano general es oriundo de la República de El Salvador; es médico egresado de una escuela de medicina de Cuba; y es residente de la ciudad de Puerto Ayacucho, del Estado Amazonas de Venezuela.

Se anota que este médico no tenia Registro Medico de Colombia, ni cédula de extranjería, ni homologación del titulo debidamente certificado por autoridad nacional colombiana.

La queja fue aceptada el 28 de noviembre de 2013 por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, iniciándose el proceso de investigación preliminar ético disciplinaria, bajo la dirección de la Señora Magistrada Doctora DORA LILIA BAQUERO MALDONADO.

De acuerdo con una hoja de vida contenida en los folios 51 a 108 del cuaderno principal, G.G. dice haber obtenido los siguientes títulos:

- Medico General de la Escuela Latinoamericana de Medicina de Cuba.
- Especialista en Medicina General Integral de la misma Escuela.
- Especialista en Cirugía General de la misma institución.
- Diplomado de angiología en la atención primaria en salud.

Dentro del proceso disciplinario en curso, una vez se abrió el pliego de cargos en contra de G.G., el tribunal negó la práctica de tres pruebas contenidas en el folio 437 del cuaderno principal, en referencia a dos testimonios y un oficio a la Gobernación del Vichada, relativo a una información relacionada con el quejoso, señor J.U.H.G., el defensor del mismo, abogado MIGUEL ÁNGEL CHÁVEZ GARCÍA, identificado con cédula de ciudadanía numero 19.413.503 de Bogotá y Tarjeta Profesional de abogado numero 73.822 del HCSJud, elevó recurso de reposición y en subsidio apelación ante la decisión negatoria del tribunal de primera instancia el juez acquo repuso parcialmente el auto de 4 de agosto de 2015, ordenando el testimonio del señor E.A.G.M. y de la doctora L.E.V., manteniendo su posición de no decretar la prueba testimonial del señor J.U.G.G. y dos oficios dirigidos a la Gobernación del Vichada.

Concedió entonces la apelación ante esta superioridad, la cual se repartió por sorteo como se ha descrito previamente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

1 - LA OBSERVACIÓN ESTRICTA DEL DEBIDO PROCESO+

Es de capital importancia observar el debido proceso en el presente caso, no solamente por tratarse de una obligación procesal ineludible, sino por tratarse de un paciente especialmente protegido por nuestro Derecho Nacional y un medico de nacionalidad extranjera que ejerce en nuestro país con un titulo convalidado ante las autoridades
En este tipo de situaciones, es recomendable conceder la práctica de pruebas solicitadas, cuando exista la más mínima posibilidad de poder llegar a ser determinantes en la decisión a tomar, con el objeto de evitar cualquier transgresión del derecho a la defensa.

Por estas razones y, con miras a no ser acusados de prejuzgar a ninguno de los implicados, no se analizan los hechos con detenimiento y tampoco se emite ningún tipo de opinión que pudiera implicar el mencionado prejuzgamiento.

Por estas razones, esta Sala Plena se sirve ordenar de manera muy respetuosa y considerada con el tribunal de primera instancia, sean decretadas las pruebas solicitadas por la defensa del médico investigado.

Se advierte, eso sí, que no se tolerarán por parte de dicha defensa ni de ninguno de los sujetos procesales involucrados, maniobras dilatorias del proceso, pues de inmediato serán puestas en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura o de quien desempeñe sus funciones en el momento en que estas llegaren a tener efecto. Más aun, si llega a despertarse la mas mínima sospecha de dichas dilaciones injustificadas, exhortamos al Tribunal Seccional de Ética Medica del Meta a proceder de manera similar ante las autoridades de control del ejercicio del Derecho en nuestro país.

2 - DILACIONES INJUSTIFICADAS

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"…Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud...

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo

promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad" .

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional.

Esta disposición se corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre esas garantías se contempla el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas" (artículos 29 inciso 4 de la Constitución; 8-1 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14-3-C Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La legislación procesal penal establece términos dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, y cuya dimensión debe estar condicionada por factores tales como "la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad, el grado de complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada". La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre.

Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad"

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

3 - BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

Expresa la Sentencia C 426 de 1997, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía:

"…La buena fe y las obligaciones impuestas por los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.

La buena fe bien puede incluírse entre los "elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos", a los cuales se refería Josserand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

"La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe." (Sentencia C-544 del 1º de diciembre de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional No. 12 pág. 41).

La Constitución vigente, en su artículo 83 consagró el principio de la buena fe, así: "Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Al decir de la Corte (en la sentencia citada), "esta norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de

la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas".

Como es explicable dada su importancia, existen innumerables definiciones de la buena fe: en los títulos traslaticios del dominio, en la posesión, en la percepción de los frutos, en los contratos, etc. En el artículo 768 del Código Civil, por ejemplo, se dice que "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Planiol y Ripert la definen así, en relación con los contratos:

"Entre nosotros, todos los contratos son de buena fe y ésta es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo.

Esta exigencia plantea, por ende, al juez un problema delicado, siempre que haya de fijar a qué se ha obligado determinado contratante; pero existe no sólo desde el punto de vista de la justicia, sino en interés bien entendido de los contratantes, todos los cuales han de beneficiarse con ella. La vida en sociedad se facilita de ese modo". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo sexto, primera parte, Edición Cultural S.A., Habana 1940, número 379, página 530).

Precisamente en cumplimiento de este principio (el de la buena fe en los contratos), dispone el artículo 1603 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Viniendo ahora al campo del proceso, y particularmente del proceso civil, no puede pasarse por alto el deber que el numeral 1 del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil impone a las partes y sus apoderados: "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos".

Pues bien: sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad?

La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes", según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil…"

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Medica, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. Pedir al Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta decretar y practicar las pruebas solicitadas por la defensa del medico J.C.G.G. ARTICULO SEGUNDO. Advertir que no serán toleradas maniobras de tipo dilatorio por parte de ninguno de los sujetos procesales. ARTICULO TERCERO. Contra la presente decisión no caben recursos. ARTICULO CUARTO. Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado - Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO. Secretaria.

Bogotá, marzo dieciséis (16) del año dos mil diez (2010).

SALA PLENA SESIÓN No.1035 DEL DIECISÉIS (16) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).

REF: Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca - Proceso 841
Contra: DR. J.A.G.G.
Denunciante: SRA. B.A.G.M.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 26-2010

HECHOS

La Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca, envió queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de ese departamento, por hechos ocurridos en la atención médica del parto de la señora B.A.G.M., ocurridos en la Clínica de Occidente por intermedio de la EPS COOMEVA, que culminaron con el fallecimiento de la recién nacida.

La quejosa fundamenta su denuncia en los siguientes puntos:

1. La ausencia de un especialista en ginecoobstetricia el 6 de octubre de 2005 en la Clínica de Occidente SA, lo cual generó que el parto fuese atendido por un médico pediatra (Dr. W.P.).

2. La falta de atención a los continuos llamados de ayuda efectuados por la paciente

3. La decisión de haber dado de alta a la recién nacida el 7 de octubre de 2005 sin haber analizado el estado de salud en que se encontraba.

El producto del embarazo es femenino y presenta APGAR de 8/9 y peso de 2700 gramos.

Desde su nacimiento la recién nacida muestra expulsión por boca y nariz de líquido parduzco, a pesar de lo cual es enviada a la casa con la madre. Se formula a la madre ibuprofeno, trimetoprim sulfa y sulfato ferroso.

Luego presentó el día 7 de octubre de 2005, cuadro de apnea, cianosis e hipotonia muscular, tinte ictérico generalizado, estertores pulmonares y deterioro progresivo de su estado general. Se decidió enviar a Unidad de Cuidado Intensivo neonatal, encontrándose disponibilidad de cupo en la Clínica Los Farallones, pero sin disponerse de ambulancia en el momento. A las 22:30 la niña presenta cuadro de apnea, cianosis, bradicardia que requieren intubación orotraqueal y se continua con diagnostico de posible sepsis, membrana hialina y hemorragia pulmonar. El 8 de octubre a las 5 AM la niña fallece.

No se solicita autopsia, ni por parte de los médicos tratantes, ni de la clínica ni de los familiares de la recién nacida.

Se inicia investigación preliminar el 23 de febrero de 2006. De acuerdo con certificación de la Clínica de Occidente, la paciente fue atendida por los doctores V.J.D. (Ginecoobstetra que culminó la atención a la parturienta), G.L.R. (Ginecoobstetra de turno), D.O.C. (Médico general), W.P. (pediatra que atendió el parto por la falta de los ginecoobstetras de turno) y J.G. (Pediatra que dio salida de la institución a la niña recién nacida).

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca decide que hay mérito para abrir pliego de cargos a los doctores G.R. y J.A.G.G., el 1 de Junio De 2009, es decir, tres años después de ocurridos los hechos motivo de la denuncia.

En la diligencia de descargos, los encartados solicitan las siguientes pruebas:

Dr. G.L.R:

1. Nota de ingreso del médico de urgencias para establecer el estado y definir el tipo de urgencia que obligue a la presencia del ginecoobstetra.

2. Ampliación de declaración para establecer conceptos que fueron establecidos en su intervención anterior

Dr. J.A.G.G.

1. Remisión al despacho de la historia clínica íntegra de la hija fallecida de la señora B.G.

2. Dictamen pericial sobre la causa de muerte de la recién nacida con fundamento en el análisis de la historia clínica.

3. Cuestionario a varios peritos especialistas en infectología pediátrica.

El Tribunal Seccional no accede a la práctica de estas pruebas por cuanto:

A. La nota de ingreso en mención obra en el proceso a folio 00041

B. No se accede a la ampliación de la versión libre no puede ser complementada en la etapa del juicio. Dice el tribunal seccional que durante la etapa investigativa y antes que se decida sobre los cargos sí es posible la ampliación de la diligencia de versión libre a solicitud del investigado o su apoderado, o bien de manera oficiosa.

C. La historia clínica solicitada por el Dr. J.G. se encuentra a folios 00061 a 00082

D. La causa probable de la muerte de la recién nacida solo podía establecer por autopsia médico legal y no por otro tipo de dictamen. Su inexistencia es irreemplazable desde el punto de vista técnico-científico.

E. Respecto de la prueba pericial a cargo de infectólogos pediatras, debe manifestarse el objeto de la misma, definiendo su eficacia y pertinencia

Por lo anterior se niega la práctica de estas pruebas. El apoderado interpone recurso de apelación en contra de la decisión del tribunal seccional.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN LA PRUEBA

1- DERECHO A PROBAR

Es el derecho al proceso mismo.
Si se señalan unos hechos que argumentan unas pretensiones, nace el derecho a probar los hechos sobre los cuales se soportan estas pretensiones.
Negar el derecho a probar es negar el derecho mismo.

El juez escucha a las dos partes y revisa las pruebas que soportan cada versión. La balanza de la justicia se inclina a quien prueba menor

2 - **DERECHO A POSTULAR LA PRUEBA**

Tratar de lograr un pronunciamiento del juez respecto del decreto de pruebas.

Es el derecho a peticionar la prueba.

A ambas partes le asiste el derecho a peticionar las pruebas que conduzcan a probar los hechos que cada uno ha narrado.

3 - **DERECHO AL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRUEBAS PEDIDAS**

No se admite silencio judicial.
Es obligar a un pronunciamiento del juez. Si el juez las niega las pruebas, es viable el recurso de apelación.
Si el juez no se pronuncia es viable la acción de tutela para obligar a que el juez se manifieste sobre el decreto de pruebas.
Ahora, cuando el juez aprecia la demanda, mira las pruebas que van a demostrar acerca del motivo de controversia- Por lo tanto, puede desechar aquellas pruebas que se relacionen con la sustancia de los hechos.

4 - **DERECHO A LA CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA**

Inclusive con pruebas anticipadas.
Por ejemplo, el testimonio de personas con una expectancia corta de vida
O proteger pruebas que pueden desaparecer dolosamente.

Respecto del testimonio, entre más tarde se rinda, más posibilidad de alteración hay, pues se pierde la dinámica de la percepción de las cosas, por lo tanto, la prueba debe allegarse en el proceso en un término prudencial.

La prueba preconstituida es otro mecanismo. Consiste en que sin que haya proceso, se puede peticionar la recepción de un testimonio, de un interrogatorio de parte o una inspección judicial o un peritaje.

En muchos procesos es mas viable hacer la inspección judicial. La prueba preconstituida no se notifica. Algunos laboralistas acuden a la empresa demandada antes de decretar las pruebas para evitar que se alterna las pruebas esenciales.

La prueba preconstituída está manifiesta en el texto de la demanda y puede, por lo tanto, ser sujeto de contradicción de la contraparte.

5 - **DERECHO A LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA**

La prueba existe antes del proceso, excepto de las que se refieren a dictámenes periciales e informes técnicos. Existe el derecho a contrainterrogar testigos, objetar dictámenes, rebatir documentos, etc.

Es el derecho a la réplica. Cómo contradecir un testimonio cuando se es demandante y se tienen varios testigos? Ambos apoderados pueden interrogar a los testigos y contrainterrogarlos.

En esa forma se puede controvertir la prueba. Un peritaje, que rinde un dictamen, se coloca a disposición de las partes, para que si alguien quiere objetar, ampliar o aclaración lo pueda hacer. Aquí existe la posibilidad de contradecir.

Art 146: Las pruebas practicadas, así sean decretadas de nulidad, tienen pleno valor. Se anula la actuación en ruptura del debido proceso, las pruebas de todos modos tienen validez.

Si la nulidad es de la etapa probatoria, cobija a todas. Pero si no, afecta solo a una prueba que rompa el debido proceso.
La prueba que sea causa de ruptura del debido proceso, se anula.

6 - **PUBLICIDAD DE LA PRUEBA**

Todas las pruebas deben estar a la vista de los sujetos procesales se decretan mediante auto o resolución.

Se debe notificar las pruebas a las partes. El Estado fija a las 8 am
La notificación en el despacho judicial, indicando esa notificación.

La publicidad se surte con el hecho de la notificación. Si una de las partes no está al tanto y se deja pasar la oportunidad, habrá perjuicios de índole procesal.

No solo las pruebas, sino el día en que se va a practicar. Para que las partes, si están interesadas, se encuentren presentes para controvertir la prueba.

7 - **NECESIDAD DE LA PRUEBA**

Deben cumplirse ciertos requisitos para ser aceptadas.
No pueden reposar solo en la mente del juez, sino a disposición de las partes.

8 - **RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA**

Tratamiento decoroso a todos.

El Estado Social de Derecho protege los derechos fundamentales. El Legislador es garantista de la persona y su dignidad. Que no haya circunstancias que lo desmeriten de manera intelectual o física, aún en presencia de crímenes gravísimos.
Por encima de todo, se rodea al acusado de garantía. No se somete al escarnio público, incluyendo la salida en noticieros y prensa, que muchas veces los condena antes de comenzar el proceso.

Eso contamina el proceso antes de iniciarse, porque fabrica una disposición contra la persona. Esto también incluye a las víctimas del delito, por ejemplo los casos de violación, que deberían remitirse para examen a su propio médico.

9 - **PROHIBICIÓN DE LA TORTURA**

10 - **INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO**

11 - **INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA**

12 - **NO AUTOINCRIMINACIÓN**

13 - **RESPETO AL SECRETO PROFESIONAL**

14 - **PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**

15 - **IGUALDAD EN MATERIA PROBATORIA**

16 - **COMUNIDAD DE LA PRUEBA**

Al producirse, las pruebas pertenecen a la comunidad del proceso, así sean nocivas para el mismo que las pide.

17 - **PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

18 - **PRECLUSIÓN DE LA PRUEBA**

Los actos procesales deben efectuarse dentro de ciertos términos

19 - **LIBERTAD DE LA PRUEBA**

Todos los medios lícitos y que respeten la moralidad, son admisibles para probar.

20 - **PRINCIPIO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

Debe basarse en la sana crítica y no en la íntima convicción, que se acerca a la arbitrariedad. El principio de la tarifa legal no se adapta a la justicia. Está proscrito hace mucho tiempo.
El de la íntima convicción es subjetiva del funcionario judicial.
Sana crítica permite la valoración integral de la prueba.

21 - **PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

Una de las partes lleva sobre sí la obligación de demostrar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación invoca.
En materia penal, la carga de la prueba corresponde al Estado.

NO HAY LUGAR A PRUEBA en casos de normas nacionales, hechos notorios y afirmaciones indefinidas.

Ej: Si alguien dice en el proceso: No me ha pagado, es una afirmación indefinida que hace que se invierta la carga de la prueba, para que el otro sea el que demuestra que sí pagó.

A este respecto la Corte ha dicho:

1. En los términos del artículo 374 del C. de P.C., los cargos en casación deben contener la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa, lo que conduce a determinar el tipo de error y las bases del mismo que se le achacan a la sentencia acusada; además, exige dicho precepto que cuando se alega la violación de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para ver de establecer el real efecto que dimana de la preterición

o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido de que no basta con relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada; y, en fin, que si el quebranto de la ley se ha dado a consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción, lo cual se explica dada la naturaleza del mismo .

Y en lo que se refiere a atenuar la sentencia, la misma Corte expresó en 1995:

"…los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no sólo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa"..

De otra parte, en el módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba se expresa:

A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. **Pertinencia**
Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente: 13
El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

_ Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y
_ A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. **Autenticidad**

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina por se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión. El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. **Admisibilidad**

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa.

"La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. (literal a). La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)) La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta.

Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación

de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

Otras normas de exclusión probatoria son:

d) Los privilegios excepciones constitucionales (385).
e) La prueba de referencia (437), por ser excepción al principio de inmediación.
f) La prueba ilícita (23 y 455). Violatoria del principio de legalidad.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, en uso de las facultades que le otorga la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Confirmar la negación de la práctica de las pruebas solicitadas por considerarlas impertinentes, inconducentes y repetitivas. ARTICULO SEGUNDO. Remitir el expediente al tribunal de primera instancia para continuar con el proceso. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ , Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diez (10) de mayo del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1318 DEL DIECISIETE (17) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No. 962-2014 del Tribunal de Ética Médica del Cauca
Denunciante: Sra. Y.V.
Contra doctor J.H.A.B.

Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO GUZMÁN MORA
Providencia No. 36-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Medica del Cauca dictó pliego de cargos en contra del doctor J.H.A.B. el día 21 de enero de 2015, por posible violación a los artículos 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981, por hechos ocurridos en Julio de 2014.

El 4 de marzo de 2015, el investigado rinde sus descargos el 4 de marzo de 2015, luego de lo cual el juez acquo, mediante providencia del 17 de febrero de 2016, decide imponer sanción de SUSPENSIÓN DE UN MES EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA al médico encartado.

El 4 de marzo de 2016, la defensa del condenado en primera instancia interpone recursos de reposición y apelación ante el tribunal de primera instancia el cual, en decisión de marzo 16 de 2016, no repone la providencia y concede la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Medica.

El cuaderno que contiene el proceso llega a esta corporación el 4 de abril de 2016 y, puesto para reparto mediante técnica que hemos denominado “de triple azar”

(Orden cronológico de llegada, orden alfabético de magistrados y sorteo mediante balota cerrada), correspondió al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver la alzada con base en los siguientes:

HECHOS

El día 4 de agosto de 2014, la señora Y.V., identificada con cédula de ciudadanía número … de …, envió queja escrita al Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, quejándose de la atención médica prestada a su esposo A.N.M.M., identificado con cédula de ciudadanía número …. de …, en el hospital Toribio Maya Hospital del Norte de la ciudad de Popayán, donde acudió por presentar cuadro de dolor abdominal severo, el día 14 de Julio de 2014.

El médico J.A.B., según la quejosa, sin atender al paciente de manera adecuada, sin examinar detenidamente al enfermo, sin solicitar exámenes de laboratorio ni ayudas imagenológicas de ningún tipo, determinó que se trataba de un "colon irritable", (folios 03 y 04 del cuaderno principal) para lo cual formuló omeprazol, hioscina e ibuprofeno (folio 05 del expediente).

En vista de persistencia y aumento en la intensidad de los síntomas del paciente, volvieron al servicio de urgencias del mencionado hospital, en donde la auxiliar D.L.C. le informo que, como ya había sido atendido previamente, se le otorgaría una cita para cinco días más tarde.

En vista de lo anterior, y pasados cuatro días después de la consulta inicial a urgencias, la señora Y.V. decidió trasladar al esposo al hospital SUSANA LÓPEZ de Popayán, en donde diagnosticaron, demostraron e intervinieron una apendicitis aguda asociada a colección purulenta de 30 cc de material en cavidad, en el paciente A.M. A esto se sumó el hallazgo de una hernia umbilical encarcelada, la cual fue reducida y reparada en el mismo acto operatorio.

La esposa del paciente denunció los hechos ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, el cual aceptó la queja e inició investigación preliminar y luego investigación formal.

Dentro del material probatorio solicitado se incluyó la petición del registro de historia clínica del Hospital Toribio Maya, recibiendo respuestas negativas respecto de su existencia en varias ocasiones y en el transcurso de varios meses.

Ente esta situación, el tribunal Seccional decidió llevar a cabo una prueba de inspección judicial a los archivos de dicha institución encontrando que el registro de historia clínica no aparecía ni en la historias organizadas, ni tan siquiera en las hojas sueltas copiladas por los funcionarios de archivo todos los días y en varias ocasiones.

Al finalizar la inspección judicial, la funcionaria encargada de archivos se dirigió a su rutinaria labor de recoger los registros documentales que integran las historias clínicas y, de manera sorpresiva se encontró con una hoja suelta que aparentemente correspondía a la atención del paciente A.M. de varios meses atrás.

También de manera sorpresiva, el investigado en su diligencias de descargos, aportó este documento expresando que ahí estaba la prueba del registro de la historia clínica.

Obviamente, el Tribunal Seccional consideró altamente sospechosa esta prueba, especialmente cuando la defensa del encartado enfáticamente afirmó que la responsabilidad de la conservación de historias clínicas pertenece a la institución y no al médico.

Dentro del conjunto probatorio el Tribunal Seccional evaluó y ponderó todas las pruebas recopiladas y, luego de la diligencia de descargos decidió declarar responsable al médico J.A., de transgredir tres artículos de la Ley 23 de 1981 y lo condenó a sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes.

Dentro de términos el defensor del condenado en primera instancia elevó recursos de reposición y en subsidio de Apelación. El recurso horizontal fue despachado en forma negativa por la primera instancia y en su lugar el recurso vertical, motivo de la presente actuación.

ACTUACIÓN PROCESAL.

1 - Copia de la denuncia ético disciplinaria de la señora Y.V., identificada con cédula de ciudadanía número … de … (Folios 1 y 2)
2 - Copia del documento del "Triage" del hospital Toribio Maya de Popayán (Folios 3 y 4)
3 - Copia de la fórmula prescrita por el médico J.A.B. (Folio 5)
4 - Copia del resultado anatomopatológico del apéndice cecal extirpado, que muestra inflamación y abscesos de pared (folio 7)
5 - Documento de aceptación de la queja ético disciplinaria y designación de magistrado instructor del proceso (Folio 8)
6 - Copia de la historia clínica del paciente A.M. del Hospital Toribio Maya de Popayán

7 - Copia de la historia clínica del Hospital Susana López de Popayán
8 - Diligencia de ratificación de la queja por parte de la señora Y.V.
9 - Diligencia de Versión libre del investigado J.A.
10 - Diligencia de inspección judicial al archivo de historias clínicas del Hospital Toribio Maya de Popayán
11 - Decisión de elevación de pliego de cargos en contra del doctor J.A.
12 - Diligencia de descargos por parte del doctor J.A.

EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

La abogada OLGA LUCIA SALAZAR SARMIENTO, expresa en el recurso de alzada los siguientes argumentos:

1 - Lo enunciado en la queja no indica, ni probó (SIC) en el proceso lo narrado en la queja sobre el estado de gravedad del paciente A.N.M. El estado clínico en la primera consulta de 14 de julio de 2014 era totalmente diferente a las del 18 de julio del mismo año.
2 - Si en el lapso de cuatro días el paciente empeoró sus condiciones, por qué no consulto al servicio de urgencias del hospital de nuevo? Incluso a una segunda institución, donde acude luego de cuatro días de síntomas.
3 - Existe el documento probatorio de la clasificación de gravedad del paciente (Triage), que lo ubica en triage III (este no requiere atención de urgencias, de acuerdo con las guías de manejo de urgencia), pese a lo cual el paciente fue atendido en el servicio de urgencias del hospital.
4 - La responsabilidad de la custodia de las historias clínicas, le pertenece a la entidad hospitalaria.
5 - El hecho de aparecer tiempo después de los eventos clínicos, no es indicativo de la no existencia de la misma y menos atribuible a una conducta fraudulenta del acusado.
6 - La prueba documental de la historia clínica aportada en la diligencia de descargos no fue tachada de falsedad.
7 - No se tiene en cuenta la presunción de buena fe del defendido.
8 - No se ha tenido en cuenta la presunción de inocencia que cobija al defendido.
9 - No se puede endilgar una conducta ilícita al investigado, pues en ningún momento se ha probado que él aportó de manera fraudulenta la historia clínica calificada de dudosa.
10 - La sanción impuesta es excesiva.

LA RESPUESTA AL RECURSO DE REPOSICIÓN

El tribunal de primera instancia negó la reposición basado en los siguientes elementos:

A- El recurrente no indica cual es el error del tribunal por el cargo elevado y la sanción
B- Las pruebas sí se tuvieron en cuenta en su conjunto y ellas se pueden enumerar así:

- Queja.
- Ratificación y ampliación de la queja
- Hoja del triage.
- Remisión de la historia clínica del paciente por parte del hospital Susana López
- Diligencia de versión libre del investigado.
- Inspección judicial al archivo de historias clínicas d el hospital Toribio Maya.
- Diligencia de descargos en donde se intenta aportar una hoja descrita como historia clínica, sin la debida autenticación.
- Testimonio de la señora S., funcionaria de archivos del hospital Toribio Maya.
- No se puede aceptar cualquier elemento probatorio proveniente de la parte acusada, de manera "ciega" por parte del tribunal.
- Deben evaluarse la totalidad de las pruebas y no solamente una.
- La supuesta hoja de historia clínica sí fue tachada de sospechosa por el tribunal.
- La responsabilidad de conservación de la historia clínica sí es responsabilidad del hospital, pero dicho documento no existió, lo cual lo prueban los oficios de solicitud del mismo que recibieron respuesta negativa por parte de la institución hospitalaria y la diligencia de inspección judicial que practicó el tribunal a las instalaciones del archivo de historias.
- El mencionado documento apareció sorpresivamente el mismo día de la diligencia de inspección judicial en una hoja con membrete del hospital.
- El tribunal tiene la potestad de apreciación y valoración probatoria para tomar una decisión definitiva.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

I - EVALUACIÓN GENERAL DEL CASO

Aquí cabe anotar una serie de hechos que despiertan graves interrogantes respecto de la atención prestada al paciente A.M. por parte del doctor J.A., como lo hace notar el tribunal de primera instancia:

- En la nota del Triage ya mencionada, consta el diagnóstico de colon irritable
- Nunca se remitió documento alguno que representara un registro de historia clínica del paciente en cuestión, efectuada por el medico J.A.

- En la ratificación de queja de la señora Y.V., ella confirma que el médico le manifestó que no elaboró historia clínica del paciente A.M. y enfatiza en que ni siquiera lo examinó (folio 43).
- El mismo paciente expresa de manera insistente que el doctor J.A., jamás lo examinó.
- El Hospital Toribio Maya en varias contestaciones a la solicitud de historia clínica por parte del tribunal de primera instancia, siempre manifestó que no se encontraban registros de algún documento que formara parte de esta historia clínica o que siquiera se le pareciera.
- En la inspección judicial a los archivos de historias clínicas del hospital no se encontró ningún registro (ni siquiera en las hojas sueltas que reposaban en dicho archivo el día 28 de noviembre de 2014).
- En la diligencia de descargos del 4 de marzo de 2015, la defensa de J.A. aporta un registro clínico que dice haber sido suministrado por la señora S.B., es decir, varios meses después de haber recibido el tribunal seccional certificación de la no existencia de dicho documento.
- La misma funcionario B., en su testimonio de 9 de febrero de 2016, afirma que es inexplicable la aparición de ese documento y que no puede explicar cómo aparece en urgencias ocho meses después y justamente el día de la inspección judicial: "…esa hoja aparece como por arte de magia, no sé si la hicieron, no sé si la colocaron, no sé cómo explicar…Me parece que la colocaron ahí porque es el mismo sitio en donde yo recojo las historias clínicas…"
- Este documento aparece a los cuarenta minutos de haberse terminado la diligencia de inspección judicial a los archivos de historias clínicas.
- El documento en mención ni siquiera se encontró en el sitio de archivos de historias clínicas, sino entre las hojas del servicio de urgencias de ESE MISMO DÍA (¡!!!!!!!!), es decir, que ocurre una "sorpresiva aparición del documento" VARIOS MESES DESPUÉS de no haberse encontrado y esto se efectúa en el servicio de urgencias (entre los papeles de ese día recogidos por el auxiliar de archivos) y el mismo día de la inspección judicial practicada por los magistrados del tribunal seccional acompañados de los funcionarios de archivo del hospital unas horas antes (folios 78, 79 y 80) Respecto del cuadro clínico de tres días de evolución que llega en consulta de urgencias al hospital Toribio Maya, pueden ocurrir los siguientes eventos.

a- No fue examinado por el médico acusado, en cuyo caso era imposible detectar el cuadro abdominal agudo que en ese momento padecía.

b- Sí fue examinado por el encartado y el cuadro clínico no se encontraba suficientemente avanzado para poder efectuar un diagnostico claro de apendicitis aguda.

c- Sí fue examinado por el investigado en pleno cuadro de apendicitis aguda, pero no fue capaz de plantear el primer diagnóstico clínico posible de acuerdo con las manifestaciones objetivas de la emergencia abdominal.

En el primer caso, el acusado obró con gran negligencia, pues a los enfermos siempre se les debe examinar y efectuar una historia clínica completa.

En el segundo caso es difícil aceptar que un cuadro de apendicitis aguda de tres días de evolución no muestre algún signo clínico en un paciente sin comorbilidades especiales y de tipo grave. Pero, en gracia de discusión, frente a un dolor abdominal no explicado y de difícil alivio, lo menos que debió haber hecho es dejarlo en observación y solicitarle mínimos exámenes de laboratorio. En este caso también actuó con negligencia, impericia e imprudencia.

Además, el paciente también presentaba una hernia umbilical, la cual debió ser detectada durante el más elemental examen clínico (con o sin emergencia abdominal). Pero si además se encontraba encarcelada, sumada a la apendicitis en proceso que ya presentaba el enfermo, el examen primario del abdomen jamás hubiera sido el que describe el investigado en su supuesta historia clínica contenida en una hoja suelta que aparece varios meses después de ocurrir los eventos, en un sitio visitado por los funcionarios de archivo al menos tres veces al día y al poco tiempo de una inspección judicial por parte del ente investigador médico.

II- **RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA PARA SUSTENTAR EL RECURSO**

1 - Lo enunciado en la queja no indica, ni probó (SIC) en el proceso lo narrado en la queja sobre el estado de gravedad del paciente A.N.M.. El estado clínico en la primera consulta de 14 de julio de 2014 era totalmente diferente a las del 18 de julio del mismo año.

Este argumento se acepta, pues las manifestaciones clínicas (síntomas y signos) de un cuadro abdominal agudo, pueden variar enormemente en el curso de varias horas y, con mayor razón, en el curso de varios días.

2 - Si en el lapso de cuatro días el paciente empeoró sus condiciones, por qué no consulto al servicio de urgencias del hospital de nuevo? Incluso a una segunda institución, donde acude luego de cuatro días de síntomas.

Este planteamiento no tiene relevancia, pues debe recordarse que con la segunda consulta que solicitó el enfermo al hospital Toribio Maya, la atención le fue negada debido a que "ya había sido atendido previamente y, por lo tanto, debía solicitar una nueva cita en cinco días adicionales".

A este respecto salta a la vista el absurdo argumento de negar atención a un paciente por haber recibido una atención previa, pues muchas cosas pudieron -haber ocurrido: error en el diagnóstico inicial; empeoramiento de las condiciones de manera rápida; complicaciones asociadas a la enfermedad previamente diagnosticada o mal diagnosticada, etc.

3 - Existe el documento probatorio de la clasificación de gravedad del paciente (Triage), que lo ubica en triage III (este no requiere atención de urgencias, de acuerdo con las guías de manejo de urgencia), pese a lo cual el paciente fue atendido en el servicio de urgencias del hospital

Este argumento también es fútil en el caso en análisis, pues el paciente fue ingresado al hospital en donde tuvieron efecto los hechos motivo de esta queja.

Y considerar que a un paciente se le está brindando un favor por atenderlo en urgencias es un despropósito, así unas guías de manejo francamente criticables indiquen ese tipo de conducta.

4 - La responsabilidad de la custodia de las historias clínicas pertenece a la entidad hospitalaria. Esto es cierto y obedece a parámetros legales.

Precisamente por esa responsabilidad institucional, las solicitudes de una copia de historia clínica que jamás fue encontrada a pesar de haber sido buscada en varias ocasiones por los funcionarios administrativos del hospital, dan sustento a la probable inexistencia de la misma en el hospital.

Y la inspección judicial practicada al archivo de historias clínicas de la entidad, confirmó que ni siquiera en las hojas sueltas recogidas de varias dependencias hospitalarias aparecía algo que se pareciera lejanamente a la historia clínica supuestamente elaborada por el médico investigado.

Esto hace altamente sospechosa la aparición de una hoja suelta varios meses después de haber sido "elaborada" en el marco de la atención de urgencias del paciente A.M..

5 - El hecho de aparecer tiempo después de los eventos clínicos, no es indicativo de la no existencia de la misma y menos atribuible a una conducta fraudulenta del acusado.

Eso que denomina la defensa "tiempo después de los eventos clínicos" comprende un lapso de varios meses sin hallarse. Y su aparición justamente el mismo día de la inspección judicial referida, hace su autenticidad más dudosa.

6 - La prueba documental de la historia clínica aportada en la diligencia de descargos no fue tachada de falsedad.

Contrario a lo afirmado por la defensa, el tribunal de primera instancia plantea un extenso raciocinio obrante a folios 88 y 89 del expediente, en donde se critica esa hoja de historia clínica de dudosa procedencia.

7 - No se tiene en cuenta la presunción de buena fe del defendido.

Sí se ha partido de la presunción de buena fe del investigado. Al respecto debe volver a mencionarse el conjunto de pruebas que enumera el juez acquo cuando niega el recurso de reposición.

- Queja
- Ratificación y ampliación de la queja
- Hoja del triage
- Remisión de la historia clínica del paciente por parte del hospital Susana López
- Diligencia de versión libre del investigado
- Inspección judicial al archivo de historias clínicas del hospital Toribio Maya
- Diligencia de descargos en donde se intenta aportar una hoja descrita como historia clínica, sin la debida autenticación.
- Testimonio de la señora Sofía, funcionaria de archivos del hospital Toribio Maya.
- No se ha tenido en cuenta la presunción de inocencia que cobija al defendido.

Otra afirmación sin fundamento de la defensa de A.B.

La presunción de inocencia del encartado siempre se tuvo en cuenta. Precisamente por eso se recopilaron todas las pruebas (en favor o en contra) de manera imparcial.

Y para descartar la acusación contenida en la queja, varias veces se solicitó el documento de registro de Historia Clínica y se llevó a efecto la inspección judicial mencionada en tantas ocasiones

• No se puede endilgar una conducta ilícita al investigado, pues en ningún momento se ha probado que él aportó de manera fraudulenta la historia clínica calificada de dudosa

El tribunal de primera instancia no ha endilgado conductas ilícitas al disciplinado. Pero dentro de la valoración probatoria consideró que la dudosa procedencia del documento aparecido de manera sorpresiva en la diligencia de descargos, justamente después de una diligencia de inspección judicial que comprobó que dicha hoja no se encontraba en el hospital en ese momento, y varios meses después de haber obtenido respuestas negativas respecto de su existencia por parte de la institución de salud, determinó la decisión de involucrar a la Fiscalía General de la Nación como máximo ente investigador de conductas punibles penales.

Solo esa entidad es competente para analizar las conductas que puedan transgredir el Código Penal.

- La sanción impuesta es excesiva

No se considera que la violación de por lo menos tres artículos del estatuto disciplinario ético medico sea una falta tan insignificante como pretende mostrarlo la defensa

Por el contrario, la sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de la medicina la considera esta superioridad como altamente benevolente para con el condenado en primera instancia

III - **ACERCA DEL PRINCIPIO PROCESAL DEL IN DUBIO PRO REO**

Los tribunales ético disciplinarios médicos siempre hemos sido conscientes, no solamente de la presunción de inocencia, sino de la resolución de la duda en favor del acusado.

Para tales efectos mencionamos la providencia 67-2014, con ponencia del Magistrado Germán Gamarra Hernández.

"…En la antigüedad, en la República Romana, el pueblo reunido públicamente recibía tres conchas de nácar, que tenían graba una A, una C y una L. N. que significan al término de los debates, absolución, condena o Non Liquet, es decir que no se contaba con elementos de juicio suficientes para tomar ninguna de las dos primeras opciones y ésta decisión significaba un verdadero calvario para el procesado, porque indefinidamente quedaba en esa situación intermedia de no ser inocente, ni culpable.

Mucho tiempo después se crea la liberal garantía de la presunción de inocencia, de la que surgen dos sub-principios, el uno sobre la imposibilidad de invertir la carga de la prueba y el segundo, que en caso de duda, la misma tenía que ser resuelta a favor del procesado.

La no inversión de la carga de la prueba significa procesalmente hablando, que es el Estado por medio de los funcionarios que imparten justicia, el que debe probar la culpabilidad y nunca podrá exigirse al procesado que demuestre su inocencia.

El in dubio pro reo, significa que en todo caso de dudas probatorias, las mismas deberán favorecer al procesado, puesto que estas dubitaciones surgen del no cumplimiento cabal por parte del Estado de sus obligaciones investigativas.

La presunción de inocencia y la obligación que tiene el Estado de demostrar la culpabilidad (carga de la prueba) es un principio universalmente reconocido en todos los textos nacionales e igualmente en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Aparece consagrado en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, cuando establece:

" ARTÍCULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. LA DUDA QUE SE PRESENTE SE RESOLVERÁ A FAVOR DEL PROCESADO.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Lo destacado no lo es en el texto).

El vocablo presunción significa, de conformidad con Cabanellas:

" Conjetura, suposición, indicio, señal, sospecha, decisión legal, excepto prueba en contrario, inferencia de la ley que no cabe desvirtuar.

El mismo Cabanellas nos informa sobre éste concepto cuando sostiene:

“ De la presunción decían Las Partidas que quería decir tanto como sospecha, que en algún caso vale tanto como averiguamiento de prueba. En la doctrina moderna se considera también como verdad legal provisional o como consecuencia que la ley o el juzgador saca de un hecho conocido para establecer otro desconocido.

Según Caravantes:

“ La palabra presunción se compone de la preposición prae y el verbo sunco, que significa tomar anticipadamente; porque por las presunciones se forma o deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos “.

“ Definiendo y diferenciando, De la Plaza expresa que:

“ La presunción es el resultado del proceso lógico que consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido; indicio es el hecho conocido de que se parte para establecer la presunción; y la conjetura arguye una vacilación en la exactitud del hecho inicial, que puede trascender a la formación legítima de la presunción “.

“ Hay, pues, dos especies de presunción, a saber: la determinada por la ley, que se llama presunción legal o de derecho, y la otra que forma el juez, por las circunstancias, antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, y se llama presunción del hombre.

La primera es de dos clases; pues o tiene tanta fuerza que contra ella no se admite prueba, y entonces se llama presunción “ juris et de jure “, de derecho y por derecho; o sólo se considera mientras no se prueba lo contrario, y en tal caso se llama presunción “ juris tantum “ sólo de derecho. La presunción de hombre o juez es de tres modos, a saber: vehemente o violenta, probable o mediana, y leve, según el mayor o menor grado que tiene de probabilidad, de verdad, de realidad.

De manera concreta en relación con la presunción de inocencia el autor antes citado nos dice:

“ En materia penal existe una suposición que, aun no escrita en la ley o los códigos, no resulta menos fundamental: consiste en la presunción de inocencia. En virtud de la misma, la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado; y éste debe ser tratado como inocente, hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva. Por ello los jueces no han de ver automáticamente en el acusado al culpable, por más que a ello tienden

los legos ni más que la acusación fiscal. Compensadoramente, no hay que ser tan inocente, ahora como juez, para estimar que la condena sólo surge de pruebas plenas; bastan también los indicios vehementes, numerosos, concordes y bien interpretados"

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:

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

Toda persona se presume inocente MIENTRAS NO SE LA HAYA DECLARADO JUDICIALMENTE CULPABLE.....".-(Lo destacado no lo es en el texto). Igualmente consagrado en el bloque de constitucionalidad puesto que en el Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968) aparece al precisarse:

" Artículo 14º.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia MIENTRAS NO SE PRUEBA SU CULPABILIDADCONFORME 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. 2Toda 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 9º 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)…"

En lo que toca a este proceso, la balanza oscila frente a las siguientes posibilidades:

a - El médico no examinó al paciente ni registró la historia clínica, lo cual se encuentra en consonancia con los testimonios de enfermo y su esposa, violando así los artículos 10, 15 y 34 de la ley 23 de 1981.

b - El médico sí examinó al paciente pero no registró la historia clínica, lo cual violaría el artículo 34 de la ley 23 de 1981. Pero el acusado insiste en que sí la efectuó, lo cual lo contradicen las declaraciones del enfermo y su esposa, así como la ausencia de registro de la historia clínica en varias solicitudes contestadas por el hospital Toribio Maya y la inspección judicial practicada por funcionarios del tribunal de primera instancia, que no encontraron dicho documento.

c - El médico si examinó al paciente y llevó a cabo el registro de historia clínica, pero esta se extravió en dependencias del hospital, lo cual obligaría a reportar esta irregularidad ante la Superintendencia Nacional de Salud. Esto también es contradictorio frente a los testimonios de los quejosos y a las demás pruebas mencionadas.

d - El médico no registró la historia clínica y esta aparece el mismo día de la inspección judicial por parte del tribunal, siendo aportada al proceso en la diligencia de descargos, lo cual es altamente sospechoso y en cuyo caso debe ponerse (como en efecto lo hizo el juez acquo) el caso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación.

De otro lado, también debe ser investigado el abogado defensor por parte del Consejo Superior de la Judicatura, por sospecha de fraude procesal.

IV - **LAS PRUEBAS EN PROCESOS PENALES Y DISCIPLINARIOS**

Es importante comenzar por destacar que el proceso en cuanto " investigación " es un método de pesquisa, de búsqueda de la verdad, del descubrimiento de las conductas ilícitas realizadas, del acercamiento en la medida de lo posible, - contando siempre con las falencias de la conducta humana -, de la verdad histórica de los hechos. Dentro de ésta perspectiva la investigación como parte del proceso penal produce evidencias y medios de prueba, que deben ser pertinentes y conducentes, en cuanto a que deben tener una conexión directa o indirecta con los hechos investigados.

Dentro de tal perspectiva la sentencia en un proceso penal, debe estar fundamentada única y exclusivamente en las pruebas oportuna y legalmente producidas dentro del proceso, directriz insoslayable que le impone al juez, dentro de su libertad de apreciación probatoria, que es una libertad relativa, de apreciar y valorar todas las pruebas que estén dentro del proceso, siempre y cuando hayan sido producidas dentro de los términos legalmente previstos, siempre y cuando sean pertinentes y conducentes, y que hayan sido practicadas o aducidas al proceso dentro de las exigencias de legalidad que impone el debido proceso probatorio constitucional.

Las pruebas en su totalidad, tienen un determinado contenido o capacidad probatoria, y son medios de conocimiento, porque mediante ellas el juez adquiere conocimiento sobre los hechos o conductas investigadas, para que al final del proceso, el juez tenga la certidumbre de lo que realmente sucedió en relación con los hechos que son motivo de investigación.

No está dentro de la libertad probatoria que el legislador le confiere al juez, analizar y valorar las pruebas, que él dentro de su criterio considere que deben ser tenidas en cuenta. NO !, la libertad de apreciación probatoria no le confiere esa facultad, porque sería tanto dejar al capricho y al prevaricato, de conformidad con los intereses personales del juzgador, analizar y valorar solo la prueba de cargo o solo la de descargo, según quisiera llegar torcidamente a producir bien una sentencia condenatoria o bien una sentencia absolutoria.

Esta posición ha sido claramente mantenida por nuestro legislador, como a continuación se demuestra. En la Ley 600 de 2000, código procesal que precedió al actualmente vigente en relación con ésta temática dispuso:

" ARTICULO 232. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

En esta norma claramente se dispone que debe existir un nexo irrompible entre lo decidido por el juez en sus providencias y la capacidad probatoria de las pruebas que estén dentro del proceso, legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

Surge igualmente con meridiana claridad que la providencia que dicta el juez solo puede tener fundamento y sostenibilidad en las pruebas existentes dentro del proceso.

En el segundo inciso, se dispone medida garantista en favor de los ciudadanos al imponerse que la sentencia condenatoria solo puede producirse cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, disposición respetuosa del canon constitucional relacionado con la presunción de inocencia y uno de sus derivados: el in dubio pro reo.

En el artículo 233 se enuncian los medios de prueba, creándose a renglón seguido la libertad probatoria, en cuanto a que se dispone en el segundo inciso que se pueden producir dentro del proceso medios de convicción no incluidos en la enumeración que se hace en dicha norma.

Esta libertad probatoria indica, que además de los seis medios probatorios enunciados y regulados en la codificación, el funcionario y las partes procesales pueden recurrir a medios probatorios distintos, con la única limitación de que su práctica no puede generar violación a los derechos fundamentales. En tal sentido se dispone:

“ ARTICULO 233. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

En el artículo 234, se consagra el deber de imparcialidad que tiene el juez en la búsqueda de la prueba, indicándose con precisión, que su único deber es con la búsqueda de la verdad real de los hechos motivo de investigación. Lo anterior nos indica que los jueces no puede predeterminar sus investigaciones y procesos con un objetivo previamente seleccionado: condena o absolución, sino que su objetivo es la búsqueda de la verdad, es por ello que con el mismo celo y esfuerzo debe investigar las circunstancias demostrativas de la existencia de la conducta punible, o las que

agraven, atenúen o exonerar de responsabilidad al procesado y las que busquen demostrar su inocencia.

Si el funcionario debe ser imparcial en la búsqueda de la prueba, que solo debe estar orientado al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, es de lógica elemental concluir que igualmente debe ser imparcial en el análisis y valoración de las pruebas, de tal manera que su decisión, sea el trasunto de las pruebas que están en el proceso y de su contenido, es decir, de lo que ellas prueban.

En tal sentido se estipula:

" ARTICULO 234. IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia.

En ese artículo 235, se consagra la potestad para el juez de rechazar pruebas, pero ese rechazo está condicionado y limitado a las pruebas ilegales, las prohibidas o ineficaces y las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las que se consideren como superfluas.

Esta disposición nos indica, todas las otras pruebas que no estén dentro de las enumeradas, deben ser analizadas y valoradas por el juez al tomar su determinación. En tal sentido se dispone:

" ARTICULO 235. RECHAZO DE LAS PRUEBAS. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

La anterior disposición está imponiendo al juez el deber de analizar y valorar la totalidad de la prueba, con la única excepción de las que estén enumeradas en esta norma y que no son otras que:

A) Las pruebas ilegales;
B) Las prohibidas o ineficaces;
C) Las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y
D) Las que se consideren como superfluas.

Por deducción lógica del contenido normativo que se analiza, al juez de manera imperativa le corresponde analizar y valorar todas las pruebas que estando en el proceso hayan sido legalmente practicadas, las que no estén prohibidas por la ley y que sean eficaces para lo que se pretende demostrar, las que sean pertinentes, por tener relación directa o indirecta con los hechos investigados y que no son superfluas. En el artículo 237 se consagra la libertad probatoria, entendiendo por tal, que el juez puede dar por probada los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y de atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquier medio probatorio, a menos que la ley exigiese prueba especial y específica, siempre y cuando se respeten los derechos humanos de los intervinientes.

Lo anterior quiere decir, que la muerte ocasionada a una persona, se demuestra generalmente con el acta de levantamiento del cadáver y la necropsia, pero podría ser demostrada testimonialmente o documentalmente, por medio de fotografías o por medio de un vídeo, o por cualquier otro medio probatorio que lleve al conocimiento del juez la certidumbre de que una persona murió como consecuencia de la acción o de la omisión de otra persona. En tal sentido se dispone:

“ ARTICULO 237. LIBERTAD PROBATORIA. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

En el artículo 238 se consagra la libertad de apreciación probatoria, pero es una libertad relativa y condicionada, en cuanto a que deben ser valoradas todas en su conjunto y ello debe hacerse de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es de conformidad con las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia.

Pero no basta la apreciación del acervo probatorio en su conjunto, sino que el juez debe asignarle a cada medio de prueba el mérito probatorio de la misma, y ello debe hacerse razonadamente, es decir, explicándose porque se le da credibilidad a un medio de prueba y porqué se le niega capacidad probatoria a otro medio de convicción.

Lo anterior quiere decir que al juez no le está permitido omitir la apreciación y valoración de una prueba guardando silencio respecto de ella, porque eso constituiría un error in indicando, concretamente un falso juicio de existencia por omisión probatoria, atacable en el recurso extraordinario de casación, error que al ser en aspecto trascendente sería suficiente para “ casar “, la sentencia, esto es romperla,

destruirla, para dictar un nuevo fallo de reemplazo, que sustituya la originalmente dictada por los jueces de instancia. En tal sentido se dispone:

“ ARTICULO 238. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

En el Código procesal actualmente vigente, ley 906 de 2004, con algunas modificaciones más que todo gramaticales, se conserva la misma filosofía probatoria, en relación a cuál es el objetivo de la investigación y de la prueba, en cuanto a la libertad probatoria y de apreciación de los medios de convicción y los límites legalmente impuestos a ésta última función judicial.

En el artículo 372 se dispone que el objetivo de las pruebas es llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias que fueron motivo de acusación y lo relacionado con la responsabilidad del acusado.

Lo anterior quiere decir, sin que gramaticalmente aparezca consignado, que el proceso tiene por objeto del descubrimiento de los hechos investigados en su versión histórica y los medios de convicción de llevar ese conocimiento al juez, para que tome las determinaciones que considere pertinentes. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 372. FINES. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

En el siguiente artículo se consagra la libertad probatoria, en cuanto que los hechos investigados pueden ser probados por cualquier medio probatorio regulado en el código o por cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

“ ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Se determina o consagra la necesidad de que la prueba sea pertinente, esto es que esté referida de manera directa o indirecta con la conducta delictiva, o a la identidad o responsabilidad del acusado.

De hecho, sin decirlo se descarta la prueba impertinente. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 375. PERTINENCIA. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.
En el artículo 376 se determina que toda prueba pertinente es admisible, salvo las excepciones que allí se consagran. Lo anterior quiere decir, que toda la prueba que siendo pertinente sea practicada en el juicio debe ser analizada y valorada por el funcionario judicial, lo que también significa que el juez puede rechazar o inadmitir las pruebas ineficaces, las impertinentes y las superfluas. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 376. ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.
Se dispone en el artículo 380 que los medios de convicción debe ser apreciados y valorados en conjunto y los criterios de valoración de cada uno de ellos deberán ser destacados, es decir que se exige al igual que en el anterior código tanto la apreciación probatoria del acervo probatorio en su conjunto, como de las pruebas individualmente consideradas. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

En el artículo 381 se establece como exigencia de la sentencia de condena que se debe haber llegado al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la conducta delictiva y de la responsabilidad del acusado, todo ello fundado en las pruebas debatidas en el juicio. En tal sentido se dispone:

“ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

En el artículo 382 se enumeran los medios de conocimiento, estableciéndose que los hechos pueden ser demostrados por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 382. MEDIOS DE CONOCIMIENTO. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Pero además de lo anterior, previamente se había dispuesto en las normas rectoras el deber de excluir las pruebas ilegales o ilícitas al determinarse:

“ ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

“ARTÍCULO 360. PRUEBA ILEGAL. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.
Es la consagración del principio de rechazo de la prueba ilícita y de la teoría anglosajona del “ fruto del árbol envenenado “, según la cual, la ilicitud y su correspondiente exclusión se extiende a la derivada de la prueba ilícita.
En el artículo 360 se consagran igualmente la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios probatorios, dentro de los que quedan los inadmisibles por ilicitud probatoria, los impertinentes, los inútiles, los repetitivos o encaminados a probar los hechos notorios o los que no requieran prueba y obviamente los que no fueron descubiertos oportunamente, es decir que fueron presentados extemporáneamente:

“ ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Artículo CONDICIONALMENTE exequible Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de

manifestaciones pre-acordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209-07 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda, "en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba".

Lo anterior quiere decir, que las pruebas que no tienen ninguna de las anteriores tachas, deben ser necesariamente apreciadas y valoradas por el juez y cuando rechace, inadmita o excluya un medio de convicción tiene que explicar oralmente y de manera razonada, los motivos por los cuales toma tal determinación, decisión que como es apenas obvio, es recurrible por los intervinientes que se consideren afectados con tal decisión.

Del rápido análisis normativo de las legislaciones anteriores, ha de concluirse, el deber de los jueces de apreciar y valorar las pruebas que no tienen tacha de ilegalidad, impertinencia, superfluas, extemporaneidad, inutilidad, o repetitivas, porque, el juez en su ejercicio de la apreciación probatoria debe dictar sus decisiones conforme a los medios de convicción que estén dentro del proceso, sin que pueda omitir la consideración de las que existen, pero tampoco puede suponer la existencia de pruebas que no están dentro del proceso, solo puede contar con los medios que están dentro del proceso, puesto que como lo sostiene ese viejo proverbio jurídico:

" Lo que no está en el proceso no existe para el mundo ", queriendo indicar que el juez, pese a que tiene la libertad de apreciación probatoria, está condicionado y limitado a las pruebas que existen dentro del proceso, siempre y cuando se hayan allegado o producido dentro de los términos legales, y siempre y cuando sean pertinentes y conducentes.

Este paradigma probatorio le impide al juez suponer pruebas que no existen dentro del proceso, de la misma manera que le impone el deber de apreciar " todas " las pruebas, por tanto no puede omitir la apreciación de valoración de aquellas pruebas que siendo conducentes y oportunamente allegadas o producidas dentro del proceso, sean conducentes y pertinentes con los hechos o conductas motivo de investigación.

V - **LAS PRUEBAS EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES**

1 - **LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR**

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral. De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a - Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral.

b - Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango

c - Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.
• Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa - El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y
bb - que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa- No deber causar grave perjuicio indebido,
bb- Ni generar confusión,
cc- Ni exhibir escaso valor probatorio,
dd- Ni ser dilatoria del procedimiento .

d - Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, moralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

2 - **LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN FORMAL**

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

- Si se ha infringido la ley de Ética Médica
- Quienes o quien son los autores del hecho.
- Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
- Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió.

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial) Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

- Interlocutoria
- Motivada
- Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

- Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
- La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva
- Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
- Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

3. **PRUEBAS EN EL JUICIO.**

VI- **SOBRE EL DENOMINADO DESCUBRIMIENTO DE LA EVIDENCIA**

En el juicio penal, El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio. El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía.

Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

VII - **RESPECTO DE LA PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD Y AUTENTICACIÓN DE LA PRUEBA**

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (Prov 28-2015. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.) se expresó, refiriéndose al módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

. A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. **Pertinencia**

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente: 13
El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

- Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y

- A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan la pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. **Autenticidad.**

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes

firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. **Admisibilidad**

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

VIII- **RESPECTO DE LA SANA CRITICA PROBATORIA**

Este es el verdadero corazón del asunto que se discute en esta providencia.

El juez no solamente es perito de peritos sino que es quien se encuentra a cargo de la valoración integral probatoria para tomar una decisión en derecho y en justicia por eso el concepto de sana crítica es de trascendental importancia, pues es quien le confiere a cada una de las pruebas y a cada extremo probatorio su valor para

determinar dicha decisión.
Mencionamos algunos autores relevantes al respecto:

a - EDUARDO JAUCHEN.[1]

Libre convicción (sana crítica)

Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, sé alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le pre establece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios :para verificar el hecho.

Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción" al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea.

Las características fundamentales de éste sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la "sana crítica", lo cual sólo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba, que alcanza también al principio de la libertad de la prueba, según el cual todo se puede probar y por cualquier medio y al principio de la debida

1 TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL EDITORIAL: RUBIANZAL – CULZONI EDITORES, BUENOS AIRES, 2004, PAGINAS: 48, 49 Y 50.

fundamentación de la resolución judicial, expresando las razones que motivan la decisión de ahí su denominación global de "libre convicción" y solamente sana crítica que sólo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, ir cando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan solo y directamente de las pruebas producidas en la causa y en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido cada razonamiento debe estar claramente sustentado en principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano.

b - ERIC PÉREZ SARMIENTO.[2]

El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razona donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con máximas de experiencia; con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción. El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuanto existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (in-motivación) tal manera, en el sistema de la sana crítica; la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento eso motivación de las decisiones.

En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana critica. El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países la decisión de los juicios penales se produce por

2 LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA. PAGINAS: 67, 95, 96, 97, 98, 99 Y 100

jurados populares lo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en pues en las decisiones interlocutorias referidas, a la existencia de méritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.

(…)

E. Las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como núcleo esencial de la libre valoración razonada de la prueba.

El sistema de libre valoración razonada de la prueba o si sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos considera y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme racionales emanados de la probabilidades, de la experiencia general, o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la ciencia. De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que nos permiten predecir que determinados estados de hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que denominarnos juicio de hecho. El maestro alemán Leo Rosenberg consideraba al juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.

El maestro Friedrich Stein define las máximas de experiencia como:

“definiciones o juicios hipotéticos de contenido general; desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pera independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos…”.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia comporta esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre, unos y otros es lo que le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada a las reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de la prueba se comporta coma un silogismo, en el cual la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso juega el papel de premisa menor, y el valor que se confiera al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de experiencia actúa corno factor de; validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser controvertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba, quedando así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador.

Por esta razón, es tanto más que imperativo, que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración, para que los sujeto de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre valoración razonada que exteriorice convicción del tribunal a través de la motivación hasta el punto tal que pueda da convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana respecto a un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador viene obligado a interpretar para cada caso concreto. Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le toca decidir, se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio o no.

(…)

Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es una consecuencia de alta probabilidad respecto a los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por, la ciencia, siempre y cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente.

Por ejemplo, la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma, de tal manera la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona,. constatadas a través de una prueba de análisis de trazas de disparó (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las setenta y dos horas anteriores a la toma de la muestra.

Eso nos viene dado por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada, si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares, o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la cadena de custodia de la evidencia (con el kit de pines abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

c - TIBERIO QUINTERO OSPINA.[3]

c) Sistema de la persuasión racional o de la sana crítica en el cual lo que cuenta no es ya sólo la prueba libremente apreciada por el juez, sino su búsqueda y receptación en forma técnica y científica y su apreciación en conciencia, con sujeción, por lo tanto, a la lógica, a la experiencia, a las normas de la sana crítica, a la responsabilidad moral del juez. Parte del principio de que lo que importa es la certeza personal, la comprobación de la verdad por parte del funcionario, debiéndose allegar las pruebas, de otra parte, según las formalidades legales. Dentro de este sistema, el juez no está forzosamente sometido a sistema alguno previamente establecido por el legislador, sino que puede investigar de una manera libre todo aquello que sea útil y que tenga relación con el hecho principal, procedimiento luego libre, pero racionalmente, a valorar los resultados de su investigación.

En este sistema, como lo dicen NICETO ALCALA ZAMORA y RICARDO LEVENE (hijo), “ya no basta con que el juez se convenza, o a lo manifieste, sino

3 a - LA PRUEBA EN MATERIA PENAL. EDITORIAL: LEYER, SEGUNDA EDICIÓN, 1997, BOGOTÁ. PAGINAS: 27, 28, 29, 30, 31 Y 32.

que ha de cuidarse de convencer de su propia convicción a los demás, es decir, tanto a las partes en concreto como a la comunidad de los justiciables en abstracto".

Este es el procedimiento seguido en nuestra justicia civil (C. de P.C art. 187) y penal (art. 254).

Dentro de este sistema sobra que la ley hable de prueba plena completa y prueba incompleta, con lo cual no estamos adhiriendo a quienes opinen que el juez, al valorar la prueba, no tenga en cuenta esta distinción. El hecho probado lleva ínsita la idea de certeza. Un hecho se entiende probado, cuando ha llevado al conocimiento la convicción de que es verdadero.

La prueba, para que exprese una verdad, debe ser plena completa, sin necesidad de agregarle estos calificativos. Vista a través de uno o varios medios probatorios, para que fundamente una sentencia condenatoria, la prueba debe conducir a la certeza del objeto del proceso. De donde resulta obvio que si ese medio o esos medios probatorios no conducen a establecer esa certeza, no interpretan una verdad, y se los puede llamar, por parte del juzgador, prueba incompleta, con la cual habría que dictar sentencia absolutoria. Es más. Un medio probatorio puede constituir prueba incompleta de un hecho, pero unido a otro u otros medios probatorios, constituir la prueba completa necesaria para condenar. Por otra parte, los medios probatorios no sólo se utilizan para dictar sentencia (fin de la prueba), sino también para recepcionar indagatorias, dictar medidas de aseguramiento, prosecución de la investigación, decretar secuestros y embargos, etc., y en estos casos dichos medios, por sí solos o tomados en conjunto, pueden indicar sólo pruebas incompletas, porque todavía no conducen -ni pueden conducir- a formar certeza sobre los hechos investigados. De modo que las pruebas pueden encerrar un mérito para que el juzgador las considere como suficientes y dar por demostrada la existencia o inexistencia del hecho, o para dudar de la existencia de éste, o con independencia de la certeza o duda a que conduzcan, para que el juzgador pueda tomar ciertas medidas durante la existencia del proceso.

A este respecto la doctrina es muy diciente. Dice MITTERMAIER que la prueba completa o perfecta da certeza sobre el hecho de probar.

DEVIS ECHANDIA, que prefiere darle a la certeza el nombre de convicción, hace al respecto esta importante distinción, siguiendo las enseñanzas de CARNELUTTI: "Hemos visto que no es lo mismo el fin de la prueba que su resultado; aquél es siempre llevarle al juez la convicción sobre los hechos del proceso; éste puede ser en algunos casos tal convicción, pero en otro no alcanzará a suministrarla.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ello con el auxilio de otros medios que lo complementan, es posible clasificar las pruebas en plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en imperfectas o incompletas (en el segundo)"

Y agrega luego con mucha precisión:

"Algunos autores como COUTURE, FLORIAN y SILVA MELERO consideran que esta clasificación sólo se justifica en un sistema de tarifa legal, pero no en uno de libre valoración. Estamos en desacuerdo con ese concepto, porque en ambos sistemas es posible que el juez se de o no por convencido con un medio de prueba o con todos [os allegados al proceso. Otra cosa es que para llegar a ese resultado deba aceptar la calificación dada imperativamente por la ley o recurrir a su propia valoración, es decir, las pruebas pueden ser plenas o incompletas por mandato legal o por la libre conclusión a que el juez llegue, pero en ambos existen las dos especies bien definidas".

Por eso nos parece muy puesto en razón lo dicho por Sánchez Méndez:

"En el fondo toda prueba debe ser plena, pues de lo contrario carecería de relevancia. Lo que ocurre es que la plena prueba se forma, en la inmensa mayoría de los casos de pruebas semiplenas, pero entre los cuales haya u relación tal que le permita formarse al juzgador la convicción, o mejor, certeza sobre el hecho que trata de probar. El proceso penal no es ni puede ser camino recto entre una hipótesis o tema de la prueba y el resultado final. Es un conjunto de ejercicios tendientes a la demostración de muchos hechos principales o accesorios más o menos relevantes como hitos marcando un camino y que van siendo unidos por los permanentes procesos de inferencia o búsqueda de relaciones que permiten al juez hallar u: verdad por encima de toda duda, es decir, la certeza judicial sobre el ter central. La prueba plena, puede decirse, se halla a la postre en la mente del juez"

Analizando las consecuencias prácticas que la implantación de este sistema de la sana crítica trajo para el procedimiento civil con [a reforma de 1970 (perfectamente aplicable a nuestro Código de Procedimiento Penal), escribe DEVIS ECHANDIA (transcribimos únicamente lo pertinente a la naturaleza de este último estatuto):

"¿Con este sistema se podrá acusar una sentencia en casación por error de derecho en las pruebas?

"Como ustedes verán cuando lleguemos al punto de los recursos, lo único que sucede es que queda un poco restringido el error de derecho porque donde hay muchas normas de tarifa legal es lógico que el error de derecho es amplio, pues la violación de cualquiera de ellas lo configura; pero en este sistema de la sana crítica, de todas maneras quedan algunos, tipos de errores de derecho, por ejemplo:

"1.....

"3. Cuando el tribunal le de valor a una prueba que ha sido practicada sin las formalidades procesales que el Código establece.

"4. Cuando el tribunal diga que una prueba carece de valor porque le faltó alguna formalidad procesal y el Código no exija tal formalidad.

"Como ven ustedes, existen varias maneras de acusar por error de derecho en casación, aún durante la vigencia del nuevo Código.

"Naturalmente, el sistema de [a sana crítica no impide que se conserven las disposiciones que le dan fe al documento público en cuanto a lo que el funcionario dice haber hecho y a lo que él dé fe de haber percibido con sus sentidos, como el hecho de haber concurrido las partes ante él..... y de que las partes hicieron las declaraciones que constan en el documento o que aprobaron éstas cuando les fue leído.

"Cosa distinta es el valor probatorio del contenido de [as declaraciones de las partes, que con el nuevo sistema podrá ser impugnado libremente con toda clase de pruebas, entre ellas la indiciara y la testimonial.....

"Tampoco impide [a sana crítica que se de fe a[acta de las inspecciones judiciales, en las cuales el juez deja constancia de lo que él percibió con sus sentidos, para reconocerles valor de plena prueba mientras no se demuestre [o contrario. Naturalmente, si el juez agrega además consideraciones valorativas, por ejemplo, si no se limita a decir que encontró determinadas circunstancias indiciarias, sino que concluye diciendo que de esas circunstancias se deduce la existencia del hecho indicador, en esa parte la declaración del juez no tiene valor probatorio de ninguna naturaleza, porque se tratará de una simple opinión suya, de la cual el mismo juez podrá separarse en el momento de dictar sentencia y con mayor razón otro juez que lo sustituya en ésa instancia o ,el superior en la segunda (o la Corte en casación si encuentra que hubo error manifiesto, porque nosotros tenemos casación por errores de hecho en la apreciación de la prueba, a condición de que ellos sean manifiestos o protuberantes).

"Hecha la explicación de estos dos pilares fundamentales del nuevo instituto de la prueba, es importante tener en cuenta que aún cuando en el sistema de la libre valoración de la prueba o sistema de valoración, de acuerdo con las reglas de [a sana crítica (que, como ustedes saben, para mí es lo mismo) se dice que el juez tiene libertad para valorarlas, hay que subentender que es de acuerdo con esas reglas de la sana crítica, no de acuerdo con la arbitrariedad o el capricho.

Por esta razón opino que la única clasificación valedera podría ser la de valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica con motivaciones, y valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica sin motivaciones; el segundo sistema corresponde a los jurados de conciencia. Algunos hablan de una valoración en conciencia, en el sistema de la íntima persuasión, pero yo considero que cuando el juez de derecho valora las pruebas según las reglas de la sana crítica, también lo está haciendo en conciencia, y también es una apreciación íntima, porque éstas no significan que, al menos en principio, quien aprecia así las pruebas, ya sea un ignorante jurado o un sabio juez, no deba utilizar la lógica y esa serie de reglas que da la experiencia y que constituyen las reglas de la sana crítica. Lo que sucede es que en el caso del jurado no se puede controlar si usó o no la lógica y las reglas generales de la experiencia y cómo las usó, por [a sencilla razón de que no da explicaciones, al paso que el juez sí las da. Me separo en esto del concepto de algunos juristas, por ejemplo, del doctor ALVARO PEREZ VIVES en su libro sobre la casación, según el cual, no existe libertad de valoración por el hecho de verse obligado el juez a motivar su decisión, a explicar como llega a la conclusión adoptada. De ninguna manera. Esa motivación no libertad de convencerse de acuerdo con [as reglas de la sana critica; son dos cuestiones completamente distintas".

Por último, bien vale la pena reproducir el siguiente importante comentario de los autores GARCÍA AGUDELO Y TORRES CALERO:

"La apreciación de la prueba en materia criminal no puede hacerse a través de un elaborado catálogo de testimonios, peritajes y documentos que puedan aparecer contradictorios entre sí. El análisis objetivo de cada uno de ellos tampoco está sujeto al criterio libre pensador del funcionario sino a "las reglas de la sana crítica", que rigen tanto en lo indiciario y documental como testimonial y que demandan un examen de "conjunto", tratando de ubicar su armonía y coherencia.

"Son, pues, equivocadas aquellas estrategias por muy habilidosas e inteligentes que parezcan- dirigidas a aislar determinadas prueba para atacarlas y destruirlas con argumentaciones o sofismas más o meno jurídicos, más o menos ponderados, porque se colocan por fuera de las exigencias legislativas que hablan de un análisis regido por

la apreciación de conjunto que, desde luego, no por tal debe dejar de ser prolijo, porque necesita serlo, para que de esa visión panorámica del proceso no surjan conclusiones equivocadas, lesivas de las garantías que asisten a quienes han intervenido en él o de los procedimientos anejos a las formas propias del juicio en que tanto insiste el art. 29 de la Constitución Nacional y desarrolla el art. lo. de este estatuto.

"No había especificado el art. 253 del decreto 50 de 1987, como lo hace ahora el art. 254 del nuevo Código Procesal, que el funcionario expusiera, «razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba», lo cual resulta vital dentro del proceso analítico que antecede a una decisión de fondo. Ha sido práctica constante la de elaborar un listado de las probanzas recaudadas para -con base en el precepto que obliga a hacer el «análisis de conjunto»- pasar de largo ante e[examen minucioso que en muchas ocasiones ameritan la fi-ase de un testigo, las palabras literales de un procesado durante su injurada, los términos casi imperceptibles utilizados por el experto para fundamentar una conclusión, o la tesis central del defensor o del representante de la parte civil.

"Es necesario, pues, que a cada prueba se haga su análisis breve y separado para identificar su verdadero valor probatorio respecto de los demás elementos de juicio. De esta manera, individualizado su valor, será fácil relacionarla con otros, sin necesidad de sacrificar la calidad de los razonamientos por la extensión de su contenido".

d - JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ.[4]

LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Hemos dicho que el juez hará la evaluación de las pruebas y que en ello ejerce un papel primordial el manejo de las reglas de la experiencia, a las informaciones que brindan las ciencias y las técnicas.

Pues bien, él sistema de valoración dé pruebas, conocido como la sana crítica, es aquel que le permite al juez, fundado en su libertad y auto hacer él estudio y ponderación de las pruebas, liberado de las ataduras de la tarifa legal, para formar su libre convicción y obtener la certeza que le permita llegar a la verdad, pero en forma

4 a - LA PRUEBA JUDICIAL, DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO EDITORIAL: EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBAÑEZ, SEGUNDA EDICIÓN, 2000, BOGOTÁ. PAGINAS: 327 Y 328. 335 a la 339.

crítica, no solo por la utilización de las reglas de la lógica y el sentido común, sino con base en las reglas de experiencia, conjugadas además con el soporte que brinda el conocimiento derivado de las artes, las ciencias y las técnicas.

CONCEPTO

La regla de la experiencia o también llamada "máxima de la experiencia", obedece a la formación que el juez como hombre tiene de lo que ha vivido y debido soportar; es el bagaje que pesa sobre sus espaldas por la experiencia personal y que aplica en la valoración o raciocinio de las cosas. La experiencia, por tanto, comprende la cultura teórica del juez y las vivencias en una sociedad, formando un complejo total que incluye no sólo el conocimiento, sino además el sometimiento a las normas, las creencias, el arte, la moral, las pasiones, los hábitos y las aptitudes adquiridos por el hombre en tanto que forma parte de esa sociedad. Ellas, las reglas de la experiencia, le permiten al juez, en el mundo de la valoración probatoria, llegar a un raciocinio adecuado. Como dice el profesor PARRA QUIJANO "Las máximas que no son del manejo común de la sociedad, hay que introducirlas al proceso por medio de la prueba pericial"

En este sentido, la sala civil de la Corte Suprema de justicia define -las reglas de la experiencia como

"... aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficiencia de las pruebas aportadas al proceso".

Y precisa la jurisprudencia en que consisten:

"Las máximas de la experiencia son enunciados que registran la inmediatez del conocimiento perceptivo. Constituyen protocolos de observaciones inmediatas. Se refieren a lo dado, a` los datos sensoriales.

Pero: lo que define su perfil de regla de la experiencia (o `cláusula protocolaria, como la denominan los especialistas), es que ese dato inicial, o base empírica, pueda ser sometido a contraste y soporte las contrastaciones.

Una afirmación que no sea contrastable, debido a su forma lógica, sólo sugiere una situación incierta... La ambigüedad de su base empírica impide elevarla a la categoría de regla de experiencia".

NECESIDAD DE UTILIZARLAS

Ahora bien, las reglas de la experiencia, debe utilizarlas el juzgador en la valoración de los medios probatorios, pues ellas le permiten fundamentar su discurso al punto de otorgarle garantía de racionalidad, ya que su juicio debe dar cuenta de las razones por las cuales decidió en uno u otro sentido, permitir a otros entender el objetivo y encontrar el sentido de su decisión, motivación traslucen las reglas de la experiencia. El juez como representante que es de la sociedad, no sólo debe las reglas de la experiencia en determinados asuntos, sino también tratar de auscultarlas, pues tiene la obligación de conocer y de aplicar las máximas de la experiencia imperantes en ella. Si no conoce las reglas de la experiencia lo menos debe adquirir información sobre ellas, para cumplir con su obligación, atendiendo a que en muchos casos la norma no puede ser puesta en práctica en concreto, si no es refiriéndose a tales reglas que sirven para la declaración de certeza y la valoración de los hechos de la causa. Las reglas de la experiencia le indican al juez que un desplazamiento normal en la ciudad de Bogotá de un sitio a otro, cuya distancia supere las cien cuadras, demora una hora, lo cual le permitirá medir el efecto del tiempo en la realización una conducta para deducir si la información es correcta.

EL CUIDADO AL UTILIZARLAS

El juez debe ser muy cuidadoso al trabajar con las reglas de la experiencia, a fin de evitar incurrir en errores y conjeturas al momento de apreciar y valorar el asunto cuando va a hacer su ponderación; se hace necesario de su parte, el repaso y verificación de las reglas, para determinar si siguen siendo válidas al momento de emitir su decisión final, de conformidad con la realidad que analiza, porque a medida que pasa el tiempo suelen estratificarse de tal manera que pueden perder todo vínculo con la realidad imperante en el momento en que dicte la sentencia.

Si se aplica indebidamente una regla de la experiencia al momento de valorar la prueba, se entra en el campo del error por falso raciocinio, y se corre el riesgo de declarar una verdad distinta de la que obra en el proceso.

(…)

SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

La sana crítica, llamada también apreciación racional de la prueba o libre convicción, es el sistema de valoración de la prueba en el cual el juez llega a formar su convicción con base en el estudio de todas y cada una de las pruebas recaudadas, previo el sometimiento

a todas las disciplinas auxiliares, como la sociología, psicología, antropología, la historia, y en especial la lógica, apoyada en las reglas de la experiencia, conjugación que permite al juez llegar a la verdad que plasmará en su decisión.

Es un trabajo intelectual, dirigido por la lógica y apoyado en la experiencia que le permite al juez formarse una convicción libre, pero fundamentada en esos medios, razón por la cual, la sentencia requiere de especial motivación.

El sistema de la sana crítica fue introducido en Colombia en el artículo 187 del C. de PC donde se estableció:

"Artículo 187. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser, apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba". Así mismo, el artículo 238 del C. de PR señala:

"Artículo 238. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que, le asigne a cada prueba".

Además, el Código de Procedimiento Laboral, que viene desde 1:949; con las modificaciones que se le han introducido, entre ellas 1a de la ley 712 de 2001, hace, plena claridad entre los dos sistemas para alejar toda duda sobre el sistema que se acoge, pues le ordena al juez que deberá tomar su decisión con base en los principios científicos que informan la sana crítica y le prohíba que pueda hacerlo por el sistema de la tarifa legal. Dispone la norma:

"Artículo 61. Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

"En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento".

El Código Disciplinario (ley 734 de 2002) establece:

"Artículo 141 Apreciación integral de las pruebas. - Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el merito de las pruebas en que ésta se fundamenta".

El Código Procesal Agrario (decreto 2303 de 1989) establece en el articulo 16 como obligación del juez la "sana crítica en la apreciación de la prueba". Así mismo, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 168, acoge el sistema traído por el Código de Procedimiento Civil, lo cual no permite concluir que, indudablemente, el juez administrativo tiene la, obligación de proferir sus decisiones dentro del proceso con base en la libre apreciación de las pruebas o sana critica.

CONCEPTO DE SANA CRÍTICA

No existe una definición del concepto de sana crítica, pero hay, coincidencia en los elementos que nos permiten llegar a su entendimiento.

El sistema de la apreciación racional o sana crítica es el que le permite al juez que, con base en las pruebas allegadas al proceso, pueda dictar una sentencia o tomar una decisión que obedezca a su convicción y encaje con el sentido de la norma jurídica que aplica. Una decisión donde la convicción del juez no corresponda a las pruebas producidas, conformadas con las reglas de la experiencia y la lógica jurídica, y de las ciencias, además de las otras reglas auxiliares, pasa a ser una vía de hecho.

Dice DEVIS que "Sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia, según el criterio personal del Juez, sean aplicables al caso". Y agrega más adelante, "Por último, observamos que sana crítica razonada o apreciación razonada son expresiones análogas, tanto gramatical como lógica y jurídicamente".

Por su parte, COUTURE dice que "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 y los psicólogos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".

Cuando la norma habla de que el juez debe exponer en forma razonada sobre el mérito de las pruebas, el razonamiento no es más que expresar las razones que tiene

para llegar al convencimiento partiendo de las reglas de la experiencia, la lógica y la información que obtiene de las ciencias y demás reglas del saber. Lo que se expresa en proposiciones lógicas, ordenadas y concluyentes.

El convencimiento del juez para fallar es la conclusión intelectual que se obtiene del manejo de la sana crítica, y ésta no es sino la apreciación razonada de las pruebas, ponderadas y sometidas a la confrontación de las reglas de la experiencia, de la lógica, de la psicología y demás disciplinas que contribuyen a la formación del juez. Como expresa ARENAS SALAZAR, el juez "debe incorporar a su labor crítica todos los elementos que le brinda la cultura y con ellos discurrir en forma lógica, sería y rigurosa"'. El convencimiento de un juez a otro, siempre será el mismo y se motivará para expresar la decisión; la diferencia vendrá marcada no por el convencimiento mismo sino por la formación que en las distintas disciplinas tenga el uno y el otro, y de ello dependerá la altura intelectual con que se expresen.

La libertad de apreciación de las pruebas no puede conducir a la arbitrariedad', pues esta última no obedece a la decisión razonada sino al ejercicio del poder, y a la posibilidad de imponer la decisión; una decisión arbitraria pierde la noción del convencimiento que debe inspirarla y se convierte en vía de hecho, pues no se llega a la verdad en el proceso sino que obedece es al capricho del juzgador.

La motivación de las decisiones es expresar las razones en que se fundamentan; obedece al manejo de las reglas de la sana crítica y consiste simplemente en la expresión de proposiciones que encierren la información que produce el análisis de las pruebas confrontadas entre si sometidas a las reglas de la lógica y la experiencia. Es decir, la motivación del fallo corresponde la argumentación y "en esencial, argumentar un fallo es sustentarlo".

Es obvio que la sentencia requiere de una motivación especial o por lo menos diferente a la de los autos, sin que éstos sean por ello de menor envergadura; simplemente, tienen menos exigencia técnica aunque la motivación tanto en aquéllas como en éstos, debe ser suficiente para entender con precisión la decisión y el porque fue adoptada. Al respecto expresa el artículo 304 del C. de P.C., refiriéndose a la forma de la sentencia: "La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen".

También, el artículo 303, en torno a la motivación de autos, dice: "A excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de

manera breve y precisa; no se podrá hacer transcripciones de actas, decisiones o conceptos, que obren en el expediente".

Toda la tarea de valoración de la prueba, su exposición razonada, la expresión de las informaciones de la técnica y las ciencias del conocimiento que son2 soporte a la decisión, aunadas a las reglas de la experiencia, conduce al juez, dentro del manejo crítico de la prueba, a buscar la verdad y adoptar la decisión. Pero en esa valoración, como es trabajo del hombre, aun en los asuntos más técnicos, se corre el riesgo de llegar al error en la apreciación de la prueba, lo cual puede dar lugar al surgimiento de recursos extraordinarios para evitarlo, e inclusive a la formulación de tutela.

e - FERNANDO QUICENO ÁLVAREZ[5]

Este concepto configura 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, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, 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 (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

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 críticas es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos de los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Sana crítica y lógica.- 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

4 a - VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, TOMO PRIMERO. EDITORIAL: EDITORA JURÍDICA DE COLOMBIA., 2000, PRIMERA EDICIÓN, BOGOTÁ PAGINAS: 18, 19, 20, 21, 22, 55, 56, 57, 58, 59, 60.

desoídos por el juez. 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 infringiendo el principio lógico de identidad, según el cual una cosa es igual a sí misma. Las monedas de oro sólo 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 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.

Sana Crítica y Experiencia.- Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado, contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba.

El juez, nos permitimos insistir, 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 proporciones 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 aún 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.

Es necesario, pues, 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 apoya.

(…)

La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrados podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías.

La superioridad de un método de esta índole sobre los restantes, es indudable. Salvo los casos de excepción, que como queda dicho, deben ser reservados para aquel tipo especial de conflictos en los cuales la prueba huye del juez de tal manera que borra hasta los rastros del hecho, el método de la sana crítica satisface plenamente las exigencias del proceso civil moderno. Tal como lo hemos expresado oportunamente, en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil no sólo hemos aplicado el concepto de sana crítica a la valoración de todos los medios de prueba, sino también a la carga de la prueba.

(…)

d) Concepto Jurídico de la sana crítica. Como resumen de todo lo expuesto hasta este momento, podríamos decir que, para nosotros, existen, no dos sistemas probatorios, sino dos sistemas de fijar o de poner los hechos o, si se quiere, las afirmaciones que han de constituir la premisa menor del silogismo, básico, al menos formalmente, de la sentencia. Uno de esos sistemas lo constituye la denominada prueba legal que no es tal prueba, puesto que nada tiene de libertad y en nada permite la actuación del juez, sino que está constituida por un conjunto de normas o reglas mediante cuya aplicación indiscutible por el juez quedan fijados aquellos hechos o admitidas las afirmaciones que los contienen.

El otro sistema está representado por la libertad de convicción del juzgador, que puede llegar a ser, o denominarse, libérrima o íntima, pero siempre mediante utilización de normas de sana crítica o de prudente apreciación que permitirán llegar

a una convicción libre o persuasión racional, viendo en aquéllas unas medios de llegar a éstas como fines. Según el primero de estos sistemas, y como ya hemos visto, el juez realiza la función de una computadora, ajustándola estrictamente a directrices expresadas en la Ley. Según el segundo, por el contrario, el juez es una figura humana, que dirige el proceso, durante su instrucción, y valora las pruebas en el momento definitivo.

Un tercer sistema presentado por varios autores, como los más destacados COUTURE y ALCALA – ZAMORA, es no ya de libertad, sino de dictadura judicial. No es para tanto: se trata de la dictadura menos temible que pueda imaginarse, porque es raro el juzgador, aun los que lo son esporádicamente como los jurados, que propende a ser dictador; esta tendencia se da con mucha más frecuencia- pero entonces es menos peligrosa socialmente – en los autores que, como no se enfrentan con los casos particulares, se sienten animados a resolverlos con una alarmante facilidad y libertad. Se puede tener la seguridad de que hasta el ciudadano más alejado de la función juzgadora, cuando se enfrenta como jurado, en lo penal o en lo laboral, con esa función, lo mismo que cuando se convierte en juez permanente (Juez Municipal, Juez de Paz no Letrado. Conciliador, según las diversas legislaciones) lo hace con absoluta responsabilidad.

Ajena completamente a la cuestión que tratamos es la de la motivación o no de las sentencias. El que las sentencias no se motiven no exime de responsabilidad, no ya legal sino también moral, que todo juzgador siente aunque se le pueda hacer difícil expresarla con palabras.

Nos bastaría recordar el fenómeno que se produce en sistemas procesales como el italiano en que, en determinados casos, ha de proferirse inmediatamente el fallo, la parte dispositiva, contando con un plazo para redactar los fundamentos. Esto nos llevará más adelante a sostener que en la resolución judicial ha de verse, ante todo, un acto de voluntad y no solamente de inteligencia; difícil sería apreciarlo en esa parte dispositiva no acompañada de fundamentos.

En conjunto, todo el problema de la sana crítica podría resolverse con la sencillez con que lo resuelve, acaso mejor, con que lo plantea DE PINA cuando nos dice: “Recomendar, al juez que en la apreciación de la prueba testifical (como en cualquiera otra manifestación de su actividad profesional) tengan en cuenta las reglas normales del pensamiento lógico, resulta excesivo porque si el funcionario judicial se halla en su cabal juicio procederá en tal forma, sin necesidad de semejante recomendación, y si no lo hiciere, demostraría una incapacidad absoluta para el cargo, que justificaría plenamente su separación fulminante.

Ciertamente, estas afirmaciones del profesor que fue de Sevilla, y después de México, tan llenas de cordura, nos dicen una vez más que la justicia es cuestión de hombres y no de leyes; y que, por tanto, más que a la sana crítica, deberíamos estar dedicando todas estas páginas al sano criterio; más que de la sensatez de las resoluciones deberíamos ocuparnos de la sensatez del juzgador; en seguida veremos que esa figura del "hombre sensato" y del "hombre medio; que, en nuestro caso, puede traducirse por el "juez sensato" y que especialmente al autor soviético tantas veces citado interesa de manera particular, puede ser decisiva: es siempre la figura del juzgador la que interesa, de manera general la de los sujetos del proceso.
Pero, ante la disposición o "recomendación", como justamente la denomina de PINA, porque otra cosa no puede ser, que se contiene en las Leyes procesales, hay que determinar, y por eso trabajamos, para esclarecer su sentido; creo que lo que esas Leyes le dicen al juez es que no hay prueba legal (salvo en los casos en que así lo disponga la Ley); éste es el precepto, sobre todo si se observa que se ha formulado como reacción contra siglos de prueba legal; al juez, que se quería que fuera un autómata, una computadora (ya en aquellos tiempos, en que, por suerte, no existían aún, y, por tanto no dominaban la vida), se le dice que, en adelante, es su criterio el que ha de entrar en funciones, realizando la crítica sana.

Pero si el juez ha de proceder de acuerdo a normas de sana crítica, natural es que se trate de determinar qué a cuáles son éstas. Ya hemos visto que las Leyes no las expresan y que así nos quedamos sin saber cuáles son esas normas. Acaso nos convengan acudir, en primer término, a los autores que precisamente no se ocupan de la naturaleza, o de la catalogación, de esas normas. Ordinariamente se tiene la obsesión de que toda figura jurídica ha de encontrar su lugar en un casillero ya formado del derecho; nos creemos fracasados si no encontramos la correspondiente casilla. Antes de entrar en el estudio de los standards o de los conceptos indeterminados veamos lo que nos dicen quienes no se preocupan de ellas.

f - EDUARDO OTEIZA.[6]

IV Máximas de la experiencia o reglas de la experiencia
El juez -ser humano, en la valoración de la prueba, debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas

6 LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL. EDITORIAL: RUBINZAL – CULZONI EDITORES, PRIMERA EDICIÓN 2009, ARGENTINA PAGINAS: 155, 156, 157, 158, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 352 Y 353.

situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo el hombre posee.

El acierto de aislar para poder asir las reglas de la experiencia en el proceso se debe a Friedrich Stein, con su libro El conocimiento privado del juez, y, por sobre todo, a las llamadas reglas de la experiencia, o máximas de experiencia.

Stein las precisa así:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, des 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.

Se puede, utilizando la definición anterior, descomponerla en la siguiente forma:

1. "No son juicios sensoriales: No corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos". Y por el aspecto que nos interesa: "son tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos".
2. Esas definiciones o juicios hipotéticos se refieren a cualquier "ámbito imaginable de la vida de la naturaleza y del hombre". Ya se ha explicado con anterioridad que, como consecuencia de la formación del hombre, él aprende y maneja experiencias que tienen esa doble fuente.

3. Para que se pueda hablar de que son de carácter general no es suficiente, como lo señala Stein, una pluralidad, sino que, como él mismo lo indica: "Sólo cuando pensamos en esos casos como aplicación de una regla y la establecemos como tal, únicamente cuando junto a cada uno de los casos observados, y por encima de ellos, hay algo independiente que nos permite esperar que los casos venideros, aun no observados, se producirán de la misma forma que los observados, sólo entonces alcanzamos el principio máximo general de que las personas' que se encuentran en una determinada situación se conducen de una manera determinada".

Ejemplo: Para poder afirmar que hubo tentativa de homicidio o lesiones personales se tiene en cuenta: clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Si una persona diestra; en el manejo de armas de fuego dispara a otra a unos 50 centímetros, una sola vez, a los pies, ese comportamiento nos permite concluir que trataba de lesionar. ¿De dónde hemos sacado esas conclusiones? No de un caso, no de la suma de muchos. Lo hemos extraído de algo independiente de los casos,

que nos permite pensar que en los acontecimientos venideros (no sucedidos) ése será el comportamiento de quien quiere herir y no matar (no cabe duda de que esa generalización surge de la observación. El resultado de ella retenido por la memoria. Utilizado para otros casos por la imaginación con el yugo de la razón). Utilicemos un ejemplo de la jurisprudencia:

Ahora bien, en casos como el de autos, respaldar la configuración de un delito de lesiones personales (animus laedendi) resultaría criterio más próximo a la denominada responsabilidad objetiva, que cuando se califica la conducta de delito tentado de homicidio (animus necandi u occidendi). Sí, porque para esto último tiene que desprenderse de la materialidad del hecho (si no ocurrió la muerte-homicidio, debe hablarse de quebranto de la integridad personal) y buscar, en otros elementos de convicción, motivos para encontrar un propósito diferente a la simple intención de lesionar.

No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito necandi de una conducta. Se trata más bien, sin que la reflexión comporte adscripción a teoría o reconocimiento de paternidad en algún autor, de acudir a reglas de experiencia en la interpretación del quehacer humano. Por la obra se reconoce al operario y por ciertas actitudes se logra despejar recónditos designios. Por fuera de una confesión sincera escasean los medios apodícticos para lograr este cometido. El pensamiento, como tal, resulta una indescifrable incógnita. Los gestos, las palabras, los movimientos, en fin los hechos, tratan de fijar aquél en sus exactas y verdaderas dimensiones. Pero, con todo, el perfil no aparece como absoluto e incuestionable. La interpretación lógica avala lo cabal de la inferencia y permite entenderla como un juicio totalmente acertado o de admisible probabilidad. Siempre quedarán márgenes para la duda o la vacilación.

Pero porque esto pueda acontecer, el juez, en estas tareas, no puede renunciar al compromiso de hacer estas determinaciones pan entender el acto como culposo o intencional y, en este último estadio y refiriéndose al evento examinado, intentar aproximarlo a un propósito de matar o simplemente de lesionar.

El tribunal escrutó cuatro factores, comúnmente interpretables en la forma como lo hizo en esta clase de acciones ilícitas, para deducir el fenómeno de la tentativa de homicidio: clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompaño al autor de la agresión.

V. Funciones de las reglas de la experiencia

Según Stein, las reglas de la experiencia cumplen las siguientes funciones:

a) Para hacer valoración de los medios probatorios. Por ejemplo, para juzgar si un testigo pudo o no apreciar determinado hecho a ciento cincuenta metros.
b) Para que se puedan indicar hechos que están fuera del proceso, por medio de otros (lo que se conoce como indicios) y a los cuales se refiere Stein así:
...Los indicios son hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias a partir de los cuales, y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba.
c) En todo lo que tiene relación con el miramiento de si un hecho es imposible. En efecto, escribe Stein:

Una tercera e independiente función de las máximas de la experiencia, que por un lado todavía se refiere al Derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto del hecho material, es la determinación de la imposibilidad de un hecho.

d) En la formación de la sentencia.
e) Para integrar definiciones legales. Precisar el uso de determinados términos, como buena fe, etcétera:

Al respecto, nuestra Corte Constitucional ha dicho:

La aplicación de la ley, entonces, requiere que el juez interprete tanto la situación de hecho, a partir de las pruebas y de las máximas de la experiencia, como las normas jurídicas que pretende aplicar, para poderlas relacionar entre sí, atribuyendo las disposiciones que mejor se adecuen a la comprensión que tenga de los hechos.

VI. La razón y las reglas de la experiencia

Debemos pensar que la importancia que tiene la actividad probatoria radica en la influencia que pueda tener en la racionalidad del juez, de las partes y, en general, de los sujetos procesales.

El juez debe hacer un juicio probatorio siguiendo la vía regía de la razón, que pudiéramos llamar discursiva, para dar cuenta de hace y decide.

El discurso del juez les permitirá a todos los sujetos procesales, y, por sobre todo, en materia penal al acusado, saber por qué se resolvió en uno u otro sentido.

El ingrediente que permite la racionalidad discursiva (dar rendir tributo) del juez y no solamente la narrativa es el de la de la experiencia.

Ejemplo: Si se dijera para motivar una decisión:

Considerando que se ha encontrado una mancha de sangre en la chaqueta de Ticio; que en el registro de su casa se ha hallado un del mismo calibre que el arma con la que se disparó el proyectil del cuerpo de Cayo; que a Ticio se le vio salir de la casa de Cayo pocos minutos después de la hora en que éste presumiblemente falleció; por tanto, queda probado que Ticio mató a Cayo.

En lo transcrito encontramos una narración, más concretamente una lista de hechos, a los cuales se refiere Juan lgartúa Salaverría, así:

En esa argumentación encontramos una lista de hechos indiciarios (que había sangre en la chaqueta de Ticio, que éste poseía una pistola del mismo calibre con la que se mató a Cayo y que se le vio salir de la casa de este último poco después de la hora de la comisión del homicidio) y, tras un salto en el vacío, se concluye que Ticio acabó con la vida de Cayo. ¿Qué falta entonces? Las máximas de la experiencia que garanticen la racionalidad del tránsito entre los hechos indiciarios y la conclusión.

El juez debe hacer un "discurso" cuando valora la prueba, es decir, debe explicar las reglas de la experiencia que aplica. No es suficiente la narración, se debe dar cuenta de las razones por las cuales se decidió en uno u otro sentido, de tal manera "que permita a otros entender el objetivo y hallar el sentido de ese proceder".

Obsérvese bien: El hombre es racional (es un deber y una presunción del homo sapiens). Presumimos su racionalidad no como un acto de generosidad de nosotros, sino como una necesidad para que en las relaciones sociales exista seguridad y no incertidumbre. Si todos "nos presumimos racionales", al explicar o dar cuenta de lo que decidimos, utilizando un ingrediente que todos conocemos (o presumimos que se conoce), como son las reglas de la experiencia, permitimos el enjuiciamiento y la discusión.

Si nosotros decimos: "Hay mala justificación (o hay mentira), porque no es posible que en un restaurante se haya realizado semejante negocio, ya que los restaurantes no se utilizan para hacer negocios.

Hay en lo anterior un discurso (se trata de convencer, con una regla de la experiencia), en los restaurantes no se hacen o acuerdan negocios".
Así explicada (la regla de la experiencia) es captada por nuestra racionalidad, y el

encartado o la parte podrá enjuiciar esa explicación y aplicación, ya que, de acuerdo con nuestro momento cultural, es una regla de la experiencia que los comedores y las distintas comidas pueden ser utilizadas o son aprovechadas para celebrar negocios.

(…)

10. La experiencia y las llamadas reglas de la sana crítica para valorarlas pruebas. Pues bien, debemos acercarnos y "penetrar" la frase "reglas de la sana crítica".

Esta frase tiene su origen en España; en efecto, nos cuenta Caravantes que existió una disposición en el Reglamento de 1846 del Consejo Real (arts. 147 y 148) autorizaba e este a calificar "según las reglas de la sana crítica" las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de determinados testigos, como ascendientes, descendientes, hermanos, tíos y sobrinos por consanguinidad o afinidad de una de las partes.

Indica Caravantes, el artículo 82 del decreto del 20 de julio de 1852, sobre jurisdicción de hacienda, según el cual, el juicio acerca de la certeza de los hechos ha de afirmarse en esta clase de procesos por las reglas ordinarias de la "crítica racional", aplicada a los indicios, datos y comprobantes que aparezcan de la causa; y la regla 45 de la ley provisional para la aplicación del Código Penal, según la cual, si examinadas las pruebas y graduado su valor, "según las reglas ordinarias de la crítica racional", no encontrasen los jueces la evidencia moral que requiere la Ley 12, Título 14, Partida 3, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código.

El artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 5 de octubre de 1855, dispuso que los "Jueces y tribunales apreciaran según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos". La Ley de Enjuiciamiento Civil española (que se promulgó por el Real Decreto de febrero de 1881), en múltiples normas, se refiere a las reglas de la sana crítica. Se puede afirmar que en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española se conserva esa tendencia (LEC/2000).

La frase en comentario se encuentra extendida en los códigos de muchos países iberoamericanos, hasta el punto de que el artículo 130 del Código de Procedimiento Civil Modelo para Iberoamérica utiliza una frase que puede resultar un poco redundante, ya que después de hablar del estudio en conjunto de la prueba agrega: "Racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

(…)

¿Qué quiere decir reglas de la sana crítica?

Dice Couture:

Las reglas de la sana crítica, son 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...

Compartimos el pensamiento de Couture en cuanto dice que las reglas de la experiencia son variables y contingentes con relación al tiempo y al espacio.

Para terminar el comentario sobre Couture, hagamos unas breves pinceladas sobre estos principios:

a) El principio de identidad: Éste es patente en el llamado principio ontológico de identidad (A=A), según el cual toda cosa es igual a ella misma o ens est ens (una cosa sólo puede ser igual a sí misma).
b) Principio de contradicción (y que podría llamarse de no contradicción): Con frecuencia, tal principio es considerado como un principio ontológico, y entonces se enuncia del modo siguiente: "Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. También una cosa o fenómeno no puede ser explicado mediante dos proposiciones contrarias entre sí".
c) El principio de la razón suficiente (o razón determinante): Enuncia que nada es (o acontece) sin que haya una razón para que sea (o acontezca) o sin que haya una razón que explique que sea (o acontezca). Las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia (ver las reglas de la experiencia).
d) El principio 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.

Dice Jaime Guasp: Son los criterios normativos ("reglas",; pero no jurídicas), que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva ("sana"), para emitir juicios de valor (estimar, apreciar) acerca de una cierta realidad.

Para nosotros las reglas de la sana crítica son:

a) Pautas que elaboramos (para juzgar), utilizando como materiales el a ambiente creado por el proceso en cuestión ("pequeña historia del proceso"), las máximas de la experiencia y, si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial).
b) Sana (objetiva, sincera)

c) Crítica: juzgar de conformidad con las reglas de la lógica lo cual se debe narrar y hacer discurso (es decir, informar).

(…)

I. La función del juez de reconstruir los hechos y su relación con la prueba

La función del juez no es ajena a la del historiador: debe investigar cómo sucedieron los hechos sometidos en crisis procesal y como no estuvo presente en los mismos, debe reconstruirlos para saber a quién dar la razón.

Probar es el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al magistrado a la convicción de los hechos que interesan al proceso.

Probar es verificar hechos mediante determinados medios y evaluarlos según principios preestablecidos, en nuestro sistema la sana crítica, que permite al juez lograr convicción.

Pero probar es también lograr autenticidad, esto es, obtener de la prueba la fe suficiente como para tenerla conforme a la realidad.

Por eso la esencia del proceso, cualquiera sea, radica en poder probar lo que se afirma para poder "convencer" al juez de los argumentos para que acoja o rechace la pretensión discutida.

Es una regla procesal que la prueba tiene por fin lograr la convicción del juez sobre la existencia o no de los hechos del proceso, y, en el caso penal, acerca de los extremos de la imputación delictiva -hecho ilícito y participación-, de manera de conformarse o ajustarse a la realidad, siendo indispensable otorgar libertad para obtener las que fuesen pertinentes, con las limitaciones que establezca la ley procesal, que expresamente estatuye el principio de libertad probatoria en el artículo 209 del Código Procesal Penal de Santa Fe (CPPSF).

LA SANA CRITICA EN EL ACTUAL DIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

CONCLUSIONES

El análisis de los hechos y la evaluación probatoria de este caso demuestra que la atención brindada al paciente A.N.M.M., identificado con cédula de ciudadanía

numero .. de ., esposo de la quejosa Y.V., identificada con cédula de ciudadanía número…, por parte del médico J.H.A.B., identificado con cédula de ciudadanía numero … de …., fue inadecuada, deficiente y francamente negligente, trasgrediendo además los artículos 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica.

Las pruebas aportadas al proceso, apreciadas en su conjunto, indican que no solamente se prestó dicha atención lamentable, sino que el registro de las condiciones del paciente no se llevó a cabo de manera científica, profesional ni ética.

Considerando los elementos testimoniales, documentales, declaratorios y de inspección judicial, su ponderación determina que existe certeza acerca de la errónea conducta del médico investigado.

La prueba documental de la historia clínica es débil, sospechosa y poco verosímil.

En este caso se aplicó el juicio de la sana crítica con el objeto de tomar una decisión ajustada a derecho y consecuente con el Estatuto Ético Médico

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Confirmar, como en efecto confirma, la responsabilidad ético disciplinaria del médico J.H.A.B., identificado con cédula de ciudadanía número .. de …, por violación a los artículos 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981. ARTICULO SEGUNDO. Confirmar, como en efecto confirma, la sanción de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE UN MES al médico J.H.A.B., identificado con cédula de ciudadanía número … de … ARTICULO TERCERO. Contra la presente decisión no cabe ningún recurso. ARTICULO CUARTO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, junio doce (12) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1134 DEL DOCE (12) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso 1318 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciado: DR. F.J.C.V.
Denunciante: SR. J.A.G.
Asunto: RECURSO DE APELACIÓN

Providencia No. 48-2012
Magistrado ponente : Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia en Sala Plena del 23 de marzo de 2010, decidió no aceptar los descargos alegados por el doctor F.C.J.C.V., identificado con cédula de ciudadanía No…. y residente en …, médico general de la Universidad de Cartagena y especializado en anestesiología. El Tribunal Seccional le impuso una sanción consistente en Censura Verbal y pública, por vulneración del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, concordante con el artículo 9 del Decreto 3380 de 1981.

Dentro de términos, la abogada defensora del doctor C.V., abogada Juanita Duque Tobón, interpuso recurso de apelación y subsidiariamente solicitud de nulidad. En providencia No. 80-2010 se declaro nulidad de lo actuado por falta del informe de conclusiones en la primera instancia, con salvamento de voto de los magistrados Juan Mendoza y Efraím Otero.

En nueva providencia No. 111-2011 se procedió a decretar una nueva nulidad por haberse negado una práctica probatoria por medio de un auto inexistente.

Ahora, en sesión de 23 de Mayo de 2012, el Tribunal Seccional de Ética médica de Antioquia concede la apelación ante la negativa de otra practica de pruebas solicitada por la defensa del medico acusado.

Los cuadernos que contienen el proceso fueron recibidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 29 de mayo de 2012. Puesto para reparto, correspondió por sorteo el negocio jurídico al Magistrado Fernando Guzmán Mora, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

La señora D.C.C. fue remitida por la entidad Coomeva el día 24 de diciembre de 2007 al Hospital Marco Fidel Suárez de Bello (Antioquia), con diagnóstico de apendicitis aguda. Fue intervenida por el doctor A. DE J.C.R. sin complicaciones intraoperatorias.

Una vez terminada la cirugía, el Dr. C.V. ordenó administrar prostigmine y atropina para revertir los efectos del relajante muscular, siendo la encargada de aplicarlos la auxiliar de enfermería. Inmediatamente después de la administración de los medicamentos, la paciente presenta aumento súbito de la tensión arterial, arritmias cardíacas, elevación del segmento ST, signos de congestión pulmonar y salida de material espumoso rosáceo por el tubo endotraqueal.

El anestesiólogo C.V. diagnosticó edema agudo de pulmón por reacción a la adrenalina, inició manejo indicado y remitió la paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica Cardiovascular de Medellín, en donde la paciente terminó recuperándose con los tratamientos instaurados.

En testimonios de la auxiliar de enfermería E.H.V., quien administró la medicación a la enferma, ella afirma que la paciente era alérgica a uno de los principios bioquímicos contenidos en la droga ampicilina sulbactam, de lo cual existe constancia en la historia clínica, y de lo cual fueron informados previamente el anestesiólogo y el cirujano del caso.

A su ingreso a la Clínica Cardiovascular se manejó como un infarto del miocardio y se demostró con electrocardiograma y estudios enzimáticos. Salio de esta institución el 28 de diciembre del mismo año.

Se anota que el anestesiólogo dice haber encontrado en una riñonera una ampolla abierta de adrenalina, la cual fue entregada a la Jefe de Salas de Cirugía, señora S.R.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia precluyó la investigación en contra del cirujano, doctor A. DE J.C.R., por considerar que no fue responsabilidad suya la administración o la orden de administrar los medicamentos involucrados en la complicación de esta paciente.

En lo que respecta al Doctor F,J,C.V., el tribunal concluye que su responsabilidad en supervisar a la auxiliar de enfermería no se cumplió y por eso ocurrieron los hechos motivo de la queja.

Por lo anterior, el tribunal seccional formuló pliego de cargos al Dr. F,J,C.V., quien en la diligencia de descargos manifestó que era imposible supervisar estrictamente a todo el personal que se encuentra en el quirófano. La defensora del encartado adujo además que el anestesiólogo no tiene el deber de supervisar sino de actuar y que delega algunos actos con base en el principio de confianza que nace del trabajo en equipo.

En el acervo probatorio se incluye:

- La queja del señor J.A.G., esposo de la paciente.
- Declaración de la enfermera M.M.C., quien explicó las razones de la ausencia de una enfermera jefe en salas de cirugía del hospital los fines de semana y días festivos.
- Declaración del anestesiólogo J.W.S.H
- Declaración del anestesiólogo G.J.M.V.
- Testimonio técnico del anestesiólogo L.F.B.P.
- Copia de la historia clínica de la paciente D.C.C.

El anestesiólogo S.H. declaro que es imposible que el especialista en anestesia en pleno acto operatorio pueda tener control sobre la totalidad de medicamentos administrados al paciente en la sala. Que existen actos simultáneos cuya priorización esta a cargo del anestesista. Que las auxiliares de enfermería son las responsables de envasar los medicamentos y que no es frecuente que una de ellas confunda una ampolla de prostigmine con otra de adrenalina.

Declaración similar se obtuvo del anestesiólogo M.V., quien además expresó que, cuando no se tiene disponibilidad de una jefe de enfermeras en salas de cirugía, sí es responsabilidad del anestesiólogo del caso el revisar que los medicamentos sean los correctos y se encuentren bien envasados.

El Doctor L.F.B.P., testigo técnico en el caso, reiteró que el cuadro clínico de hipertensión arterial, taquicardia, isquemia miocárdica, arritmias y edema pulmonar

agudo, pueden ser secundarios a la administración de adrenalina, manifestando además que el responsable de administrar drogas en las salas de cirugía es el anestesiólogo, quien delega la aplicación en la enfermera, pero manteniendo su responsabilidad.

Señaló además que no piensa que se trata de una reacción a los antibióticos, pues nunca presentó manifestaciones cutáneas, hipotensión y bajo gasto cardíaco. No se encuentra en dichas reacciones alérgicas edema pulmonar, hipertensión e isquemia miocárdica. Adicionalmente, entre la administración del antibiótico descrito y el cuadro clínico de la enferma pasaron en promedio tres horas y previamente se practicó prueba de sensibilidad cutánea.

El tribunal seccional considera que sí es responsabilidad del anestesiólogo revisar y verificar el tipo de medicamento que se va a administrar. Y que así se trate de una auxiliar de enfermería o de una enfermera profesional, esa responsabilidad de verificar no es delegable. Por el contrario, se mantiene la del anestesiólogo y entra también la de la persona que administra cualquier medicación.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia resolvió sancionar disciplinariamente al doctor F,J,C.V. con Censura Verbal y Publica, por haber vulnerado el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, concordante con el artículo 9 del Decreto 3380 de 1981.

Luego de las actuaciones en que se declaró nulidad de lo actuado ya mencionadas, la defensa de C.V. solicita en recurso de apelación se ordenen algunas pruebas solicitadas desde septiembre de 2011.

EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN

El 23 de mayo de 2012 en audiencia de descargos, el tribunal resuelve la solicitud probatoria que presentó la defensora de C.V. en los siguientes puntos:

- No es necesario solicitar el pensum ni las calificaciones de la auxiliar de enfermería E.E.V.C.
- Los testimonios de los doctores G.J.MV, J.W.S. ya fueron tomados y la defensa tuvo oportunidad de participar y controvertir sus testimonios.
- Se concede el testimonio técnico del doctor L.C.E.V. para el 16 de julio del presente año.
- La solicitud de oficiar al INVIMA respecto de la presentación del envase de los productos medicamentosos no es pertinente a la investigación actual.
- La solicitud de oficiar a la Dirección Seccional de Salud y Protección

Social de Antioquia respecto de algunos requerimientos relacionados con el proceso de la referencia, no tiene relación con el actual proceso.

- Respecto de solicitar la hoja de vida del instrumentador J.E.A. ella no es conducente.
- La prueba testimonial del doctor A. DE J. C. R. se concedió para el 16 de julio de 2012
- La ampliación de la versión del doctor C.V. igualmente se concedió para el 23 de julio de 2012.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Los argumentos esgrimidos por la defensa del medico acusado respecto de las pruebas negadas, que incluyen.

- Solicitar el pensum y las calificaciones de la auxiliar de enfermería E.E.V.C.
- Los testimonios de los doctores G.J.M.V. Y J.W.S.
- La solicitud de oficiar al INVIMA respecto de la presentación del envase de los productos medicamentosos.
- La solicitud de oficiar a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia respecto de algunos requerimientos relacionados con el proceso de la referencia.
- Solicitar la hoja de vida del instrumentador J.E.A.

Considera esta superioridad que no son pertinentes, necesarias ni conducentes en el actual proceso.

Las pruebas que la defensa ha considerado necesarias ya han sido surtidas y las faltantes han sido concedidas.

No es de recibo la actitud francamente dilatoria de la defensa del medico encartado, que parece desear prolongar el tiempo que queda para completar el tiempo de prescripción del proceso actual, lo cual no guarda concordancia con la lealtad procesal que debe acompañar los actos de todos los participantes en el proceso actual.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el tribunal Nacional de Ética médica, en uso de las facultades que le concede la Ley.

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. No aceptar las pruebas solicitadas por la defensa, por considerarlas superfluas, inconducentes e innecesarias en el presente proceso. ARTÍCULO SEGUNDO. Ordena que se proceda a efectuar las pruebas concedidas por el Tribunal de primera instancia. ARTÍCULO TERCERO. Recordarle a la defensa del médico C.V. que las maniobras procesales dilatorias no son de recibo por ninguna instancia judicial por considerarlas desleales y atentatorias de la administración de justicia. Si esto llega a demostrarse, deberá procederse a enviar la información respectiva ante el Consejo Superior de la Judicatura para las respectivas investigaciones disciplinarias. ARTÍCULO CUARTO. Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado ; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MAURICIO HIDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (E.) y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, agosto dieciocho (18) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1013 DEL DIECIOCHO (18) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: Proceso No. 715 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío
Contra: Doctor J,A.B.S
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 58-2009

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío resuelve no aceptar los descargos presentados por el Doctor J,A.B.S y le impone sanción consistente en suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de seis meses. Dentro de los términos legales, el representante legal del procesado interpone recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El expediente se recibe en Agosto 10 del presente año y por sorteo le corresponde al Magistrado Fernando Guzmán Mora. Se procede a resolver con base en los siguientes

HECHOS

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira remitió al Tribunal de Ética Médica de Risaralda, Quindío y Chocó, el fallo de la acción de tutela en segunda instancia impetrada por la señora F.Q. de A. en representación de la señora M.C.Q.S., para que se investigue las irregularidades en que pudo incurrir el cirujano plástico Dr. J.A.B.S.

La señora F.Q. DE A., tía de la señora M.C.Q.S., de quien dice prácticamente la crió y la considera coma una hija, bajo juramento declaró: "M.C. había pagado a la Clínica La Habana un paquete para reducción de senos y unos tratamientos porque se sentía gorda... le hicieron en diciembre del 2007 la liposucción ... el 18 advirtió no se iba para la casa después de la cirugía... el 19 de diciembre...fui a eso de las diez de la mañana, la encontré con ... las fajas empapadas en sangre...muy pálida...le empezó el vómito...fue toda la tarde y supuestamente toda la noche... desalentada...el día 20 amaneció demacrada, el vómito más persistente...en la clínica no había agua...le llevé dos botellitas de agua...le iban a colocar una inyección pequeña con una jeringa grandísima... ella se asustó... le dijeron no tenemos mas jeringas.. .el 19 la encontré muy alcanzada... la enfermera le coloco oxigeno.

El 20 ... me enoje porque no iba un médico a verla, la enfermera me dijo que no había médico, que estaban las instrucciones que dejó el doctor B. Por la tarde apareció un médico...ordenó llevarla a la clínica Los Rosales a sacarle unas radiografías ... nos tocó pagar la ambulancia y las radiografías... por la tarde el doctor J.T.... cirujano mandado por el doctor B.... lo llamó de Bogotá... ordenó unos exámenes de sangre... me mandaron a la Clínica Marañón ... allí sacaron un examen...los otros en la clínica Los Rosales ... por la noche llamaron al doctor J.T. ...le contaron los resultados y la orden fue inmediatamente trasladar a M.C. a un hospital de tercer nivel...e1 no estaba en la Clínica ni había médico... no tenia seguridad social porque vivía en España... en la clínica Risaralda había que depositar dos millones de pesos ... me fui con ella para Comfamiliar ... en la clínica La Habana me dijo que no me la podía llevar...le dije me la llevo porque es mi hija y aquí me la dejan morir...cuando llegamos me preguntaron por la orden... sin orden no la dejaban entrar...llegó un médico y la entró a urgencias... la reanimaron un poquito y la subieron a cuidados intensivos...salí a las cinco de la mañana.

A las seis me llamaron porque tenía que hacer un depósito de cuatro millones de pesos. Que necesitaba laparoscopia y seguramente cirugía...El Dr. B. apareció el día 21, diciendo que venía a darle la cara a la familia....le dije a mi no me interesa usted para nada, a usted le faltó ética.

M.C. estuvo sesenta días en cuidados intensivos, un mes en piso y lleva más de un año sin trabajar. Está pendiente de una cirugía porque tiene el abdomen abierto... Cuando la operó el doctor B. el 18 de diciembre quedó totalmente desprotegida, en manos de la enfermera y de la familia... porque el doctor B. opera e inmediatamente se va para Bogotá... el doctor B. es un irresponsable y no tiene ética..."

La paciente M.C.Q.S., de 35 años de edad, fué sometida a las siguientes intervenciones:

1 - 12 de agosto de 2006: abdominoplastia, liposucción y mamoplastia reductora.
2 - 5 de septiembre de 2006. Liposucción.
3 - 21 de septiembre de 2006, le practican revisión de cicatrices de mamoplastia y reubicación de cicatriz de abdominoplastia.
4 - 18 de diciembre de 2006. Liposucción de abdomen, pubis, flancos región sacra, muslos y espalda.

En el último postoperatorio es cuando presenta la serie más grave de complicaciones. Abundante secreción por los vendajes y fajas colocadas en el área quirúrgica, vómito, palidez y deterioro del estado general. El 21-12-07 llega a institución de tercer nivel, en mal estado general, polinéica, pálida, con edema de miembros inferiores, abdomen distendido, peristaltismo disminuido. Le hicieron diagnostico de cuadro septisémico asociado a íleo adinámico y alto riesgo de tromboembolismo pulmonar graso. Es trasladada a la unidad de cuidados intensivos. Valorada por el médico cirujano general, Dr. J.T., es llevada a cirugía, encontrando tres mil centímetros de liquido peritoneal purulento, perforación de la fascia en fosa ilíaca izquierda, perforación de yeyuno a ochenta centímetros del ángulo de Treitz. Hace cierre primario de intestino, lavado de la cavidad y cierre con bolsa de laparostomía. Queda con abdomen abierto y es sometida a lavados periódicos por espacio de dos meses.

El doctor J.A.B.S. dice que, de acuerdo con el contrato verbal celebrado con la clínica La Habana a finales del 2006, esta se comprometía a poner todos los recursos físicos y humanos para el cuidado postoperatorio de los pacientes operados que, enfatiza, son institucionales y que, desafortunadamente, para la época de la cirugía complicada de la señora Q.S, la Clínica atravesaba una crisis administrativa con la renuncia de sus directores científico y administrativo, crisis que desembocó en el cierre de la clínica La Habana.

El cirujano plástico efectuó una especie de control telefónico esporádico a larga distancia, en una paciente cuya gravedad era manifiesta. Jamás se hizo presente en cercanía de su enferma, aunque el acusado alega que es “cirujano itinerante”, que su acto médico se cumplió a cabalidad y que postoperatorio no deja nada que desear por lo impecable de su manejo.

Además advierte que nunca sometió a su paciente a riesgos innecesarios, que le dedicó todo el tiempo requerido a su condición complicada y que no es dable achacarle responsabilidad.

El Tribunal Seccional de Ética Médica considera frente a estas explicaciones lo siguiente:

"...La actuación del cirujano especialista no debe limitarse solo a la ejecución del acto operatorio, sino que su obligación se extiende al periodo postoperatorio, mediante un adecuado seguimiento de la paciente por cuanto en esta etapa se pueden presentar complicaciones que son frecuentes en determinado tipo de prácticas, como la presentada en el caso en estudio.

En cirugía plástica se necesita experiencia y pericia para afrontar las complicaciones. En este caso hubo abandono del profesional especializado, que llevó a la paciente a las consecuencias mencionadas....se puso en evidencia que la obligación de medio fue incumplida en forma flagrante, porque todo da a entender que la IPS no funciona de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica y que otra hubiera sido la suerte de la paciente si se hubieran puesto a su servicio los medios adecuados y oportunos que su estado requería; por lo tanto debió ser mas riguroso el médico J.A.B.S.en el control del periodo postoperatorio, mas aun si se tiene en cuenta que en el sitio en que se practica la intervención no se contaba, en esos momentos, con los suficientes elementos humanos y técnicos.

Fue en la antigüedad cuando se hizo necesaria la particular manera de ejercer la medicina por médicos itinerantes, porque dada la escasez de personal médico idóneo, esos médicos debían trasladarse de pueblo en pueblo, de isla en isla, de país en país, donde los dolientes estaban desamparados del saber médico por ausencia de personas idóneas que pudieran darles ayuda para aliviar sus males. Hoy, en pleno siglo XXI, con superpoblación en todos los órdenes, la entrega a la comunidad de profesionales médicos generales y especialistas es inmensa, en especial en las ciudades capitales, con instituciones prestadoras de salud de todos los niveles, con escuelas de medicina en donde se entrenan profesionales bien calificados de todas las especialidades, no hay como justificar la presencia de médicos itinerantes, que lo único que pueden ofrecer es servicios a menores costos ...

Ni la institución, ni el doctor J.A.B.S, establecieron vínculos especiales de observación y vigilancia o cuidado sobre la paciente M.C.Q.S.. La obligación impuesta a las auxiliares de enfermería en forma general, no exonera de la responsabilidad en el cuidado postoperatorio al cirujano plástico, quien por mera consideración del proceso de causalidad debe estar atento a la evolución y reacción de la paciente. El cuidado postoperatorio, queda reservado en términos generales, al médico cirujano plástico, con mayor razón cuando la intervención se realiza en circunstancias de deficiencia administrativa y operativa de la entidad.

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío resuelve no aceptar los descargos presentados por el Doctor J,A.B.S y

le impone sanción consistente en suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de seis meses, por violación del Articulo 10 de la ley 23 de 1981: "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"; y Violación del Articulo 15 de la Ley 23 de 1981:

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

EL RECURSO DE APELACIÓN

El abogado FRANCISCO FABIÁN AMAYA LONDOÑO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.133.695 y Tarjeta Profesional No. 77.057 del Consejo Superior de la Judicatura, presenta RECURSO DE APELACIÓN en contra del fallo de fondo y solicita NULIDAD DE LA ACTUACIÓN, con base en los siguientes argumentos:

I - **FALTA DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.**

Por falta de ordenar unas pruebas que, según el apelante, demostrarían la inocencia de su representado

1. La historia clínica privada, que se encuentra ya glosada al expediente, de principio a fin, para demostrar con ella que fue objeto de controles posteriores y diagnosticacion (sic) conforme a la ley.
2. Se reciban los testimonios de Los Doctores P.B., J.J.T participantes en el postoperatorio y ubicables en la Clínica Confamiliar Risaralda.
3. Así mismo se servirá citar y hacer comparecer para recibir testimonio a la señorita L.A.M terapista respiratoria, quien trabaja en la UCI Comfamilliar de Risaralda, y quien dará fe de mi presencia frente a la complicación de la paciente, corroborando que esta no fue abandonada por el suscrito.
4. Así mismo se cite al Dr. C., médico intensivista de la UCI de Comfamiliar Risaralda, quien dará fe de mi presencia en la clínica.
5. Así mismo a las enfermeras jefe de nombre D.L.R. y C.S. de la UCI Comfamiliar Risaralda.

II - **FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO.**

Pues, como expresa el apoderado, por principio universal al ser imposible la práctica de una prueba, esto conllevaría la generación de una DUDA, duda ésta que debe ser resuelta a favor del investigado y no en contra o en mala parte.

III - **AUSENCIA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.**

Siempre el principio de la buena fe acompaña al por disciplinar y desde allí debe estructurarse su reconocimiento como persona y solo es dable un reproche con fundamento probatorio contundente e idóneo y no por simples apreciaciones subjetivas.

IV - **NIEGA QUE LA PACIENTE HAYA SIDO ABANDONADA POR EL CIRUJANO TRATANTE.**

Insiste en que la paciente no fue dejada a la deriva por el cirujano y que, debido a su condición de cirujano itinerante, el manejo de la misma era responsabilidad de la clínica, de sus médicos generales y de las enfermeras a cargo.

V - **AFIRMA QUE LA ACTUACIÓN DEL CIRUJANO SE CIÑÓ A LAS NORMAS DE LA LEX ARTIS.**

Dice que la conducta del Dr. B. de principio a fin siempre estuvo ajustada a la lex artis y que el acompañamiento, si bien no se hizo en viva persona como lo era la expectativa de la paciente, este siempre se verifico a través del cuerpo de enfermería.

VI - **CONFIRMA LA POSICIÓN DE CIRUJANO ITINERANTE DEL DR B..**

Dice que: "...El Dr. B. viajó a la ciudad de Bogotá, pues como está probado en el expediente este es su lugar de domicilio y habitual de labores, ya que respecto a la periferia se desempeñaba como médico Itinerante, cuya tesis fue plenamente plasmada en diligencia de descargos y que vale la pena volverla a presentar, dado el reproche y no aceptación de la misma por la primera instancia, a saber:

Frente a la dinámica de la sociedad y especialmente del mercado de la cirugía estética, es de común ocurrencia que los pacientes concurran a las instituciones, que públicamente han abierto un mercado en tal sentido, pues en su sentir detrás de éstas se encuentra en la mayoría de las ocasiones el contacto del mejor cirujano.

En la mayoría de las oportunidades estos cirujanos, dada su especialidad y experiencia calificada es indudable que son foráneos (extranjeros o de otras ciudades capitales). La contratación sin cuestión y como cualquier producto mercantil, es por los llamados paquetes (sic). El cirujano contratado concurre de manera exclusiva para esta intervención quirúrgica, y en efecto reporta el éxito a la paciente de la misma.

Dada la naturaleza del contrato laboral que lo vinculaba con la institución, una vez dado el parte satisfactorio, la paciente queda por cuenta y riesgo de la entidad hospitalaria o médica, quien en su dinámica médico administrativa tiene, sus protocolos y manuales propios para el postoperatorio y complicaciones (médicos de planta u otras contrataciones con terceros idóneos - personal de enfermería).

Este fenómeno no había sido visto en la medicina antigua, de allí que se cataloga como una medicina quieta - fosilizada, y era en aquel entonces el paciente quien se remitía a foraneidad. Hoy la dinámica médica, permite de manera positiva el cristalizamiento (sic) de la figura del MÉDICO ITINERANTE y con el un nuevo marco de responsabilidades.

Ahora bien, en la continuidad del proceso quirúrgico (antes, durante y después), surgen obligaciones de manera tripartita, tanto colectivas como individuales así: Por parte del paciente; Por parte del Cirujano y Por parte del establecimiento.

La condición del Dr. B., no fue otra que de médico Itinerante y de allí la atenuación de su conducta. Y ...Hay que destacar que las cosas positivas de un cirujano itinerante son: mayor experiencia personal, proyección de las personas vinculadas al negocio, amplio conocimiento de las culturas, mayor confianza para el paciente y mas reconocimiento en el medio para el cirujano...”

La figura del cirujano itinerante surge de razones humanitarias, intereses comerciales y calidad del acto quirúrgico.

VII - **PLANTEA QUE LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO NO SE PUEDE EXTENDER A FUTURO DE MANERA INDEFINIDA.**

Comienza diciendo el defensor que “ ...es conveniente que sea el mismo cirujano quien acompañe al paciente en su proceso de postoperatorio, pues solo el sabe lo que hizo en el cuerpo del paciente, lo que había debajo de la piel, como operó o qué riesgos de complicación existían; es decir, es el que tiene la imagen tanto de la superficie como de la profundidad donde estuvo actuando; pero esta obligación no se extiende a futuro de manera indefinida, de allí la carta de instrucciones e

indicaciones al cuerpo médico auxiliar, que las cumplió a entera satisfacción, pues los reportes que se le salían de sus manos, se le informaban telefónicamente al Dr. B., quien a su vez solicitaba auxilio y colaboración a residentes de la ciudad de Pereira, pues era imposible, trasladarse éste de manera inmediata de la ciudad de Bogotá, pues lo hizo dada la urgencia, cuando a bien pudo conseguir ticket (sic) aéreo, pero con el convencimiento que su paciente ya estaba siendo tratada por el Dr. T., bajo instrucciones precisas...”

VIII - **ENUNCIA QUE LA RESPONSABILIDAD DEBE DESCARGARSE EN LA INSTITUCIÓN A CARGO DE LA PACIENTE.**

Afirma: “...La institución, en este caso Clínica La Habana, frente a la ausencia del cirujano, que ya dio el parte positivo no solo en la terminación de la cirugía, sino también al día siguiente de la observación directa de su paciente; la complicación de este en este centro de salud contratante del mismo, debe ofrecer atención inmediata de un cirujano plástico, u otra especialidad y esta obligación no es del primer cirujano sino de la institución, pues ello era como efectivamente se satisfacían los convenios contractuales que en dicho sentido se habían acordado entre la Clínica la Habana y del Dr. B..

No tiene antecedentes hacerle juicio de reproche al Dr. B. por los problemas de la institución, pues éste no estaba en la obligación, ni de conocerlos, ni de sortearlos, como para exigírsele que debía haber agua, jeringas aptas, elementos precisos y otras condiciones institucionales. Su conducta debía única y exclusivamente ceñirse a lo médico y a ello se ajustó.

Hay que destacar que desde que se pueda lograr se forme un equipo de trabajo idóneo no hay necesidad de que el propio cirujano sea el que deba acompañar al paciente en el post (sic). Y así se venía ejecutando satisfactoriamente desde tiempo atrás, pues no era la primera cirugía que se le hacia a la paciente en dicha institución y en ellas sus resultados fueron todos favorables. No todas las veces son positivas las respuestas, de allí la contemplación del riesgo inherente (perforación de víscera hueca).

Esta dinámica médica que en vanguardia liberal del ejercicio en salud demando su aplicabilidad, en consideración de la época que vivimos, abriga en un todo, a todas y cada una de las instituciones de salud, con una secuela que es LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA INSTITUCIONAL, donde las instituciones prestadoras de esta clase de servicios, también se están viendo enfrentadas con mucha frecuencia a afrontar procesos jurídicos que tienen como finalidad imponerles sanciones, multas, cerrarles ciertos servicios, cancelarles la licencia para funcionar,

y otra serie de consecuencias jurídicas que, dependiendo de cada país; evolución de su derecho médico y el desarrollo que tenga lo que se denomina la vigilancia, inspección y control de los servicios de salud, son diversas pues liberan en parte el pecho (sic) que muchos médicos han afrontado de manera injusta a responsabilidades que no le corresponden.

Estas personas jurídicas corporativas pueden afrontar responsabilidades indemnizatorias, es decir, indemnizar los daños y perjuicios causados ilícitamente a un paciente, por sus acciones u omisiones. Teniéndose en claro, que las instituciones de salud, pueden en efecto entonces asumir responsabilidades indemnizatorias, cuyo fin último es que reparen, si es posible, o al menos compensen los daños y perjuicios causados ilícitamente a un paciente, o a terceras personas, porque no solamente los pacientes son las víctimas en este tipo de acciones u omisiones ilícitas, sino también muchas veces sus familiares y otro tipo de personas

IX - **DETERMINA QUE UNA CIRUGÍA PERFECTAMENTE LLEVADA A EFECTO, COMO LA QUE SU PODERDANTE PRACTICÓ, PUEDE SER CONTROLADA POR MÉDICOS GENERALES O ENFERMERAS.**

Escuelas experimentales de la época, con grandes exponentes, afianzados en literatura y doctrina, dan fe, que una buena cirugía de alta complejidad bien hecha, condiciona sin lugar a dudas a que el post operatorio puede ser llevado por un médico general o por el profesional de enfermería, que para el caso particular era especializado, dado el objeto social de la clínica y su contratación.

Tanto es furtiva (sic) la reacción adversa del procedimiento, como fue furtiva la presencia del Dr. B., pues de estar cerca de la ciudad o en la misma ciudad, este la hubiera atendido en los mismo términos que el Dr. J.T, pues, tanto para el Dr. T. como para el Dr. B. la complicación hubiese sido la misma y el protocolo de conjurar (sic) la misma, era exactamente el mismo, pues el Dr. B. no tenía las tiendas administrativas de la Clínica La Habana.

Mal haríamos entonces en pensar que de estar el Dr. B., la situación hubiese sido diferente o la complicación no hubiese sido tal o como lo propone la sala, haber sido el Dr. B.S. mas exigente y riguroso (sic), frente a un problema coyuntural de administración de la clínica, que cuando se dio fue infortunadamente en el pos operatorio, no antes, pues antes de la cirugía las cosas en la clínica estaban normal, pues de notarse o presenciarse al menos la falta de jeringas o agua, la cirugía no se hubiese realizado: esta situación anómala no se le puede extender al Dr. B. a título de culpa responsiva (sic), pues con agua, o sin agua, con jeringas o sin ellas, con otros

elementos la complicación hubiese sido la misma y la evolución de igual manera. Descuido no hubo. Atención médico científica siempre se presto, bien por el grupo de enfermería o por el Dr. J.T cuya aparición hace por solicitud del Dr. B. y no de la divina providencia.

X - **NIEGA QUE SE HAYA VIOLADO EL ARTICULO 10 DE LA LEY 23 DE 1981.**

La sanción se enmarca por la violación del Articulo 10, de la ley 23 de 1981 que establece "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 diagnostico y prescribir la terapéutica correspondiente "

En ese orden de ideas es preciso determinar tal como se dijo en los alegatos de descargos que la partitura médica quirúrgica (sic) siempre fue satisfecha, pues la condición como médico itinerante del Dr. B.S.y las obligaciones que por esta condición se desplegaban fueron satisfechas en integridad respecto de la paciente, pues se intervino a la paciente de la clínica con resultados positivos en el acto quirúrgico, se visito al día siguiente para efecto de valoración de su evolución y no se abandono el mismo día de la cirugía como se aduce en el pliego de fondo, y después se dejó a cargo de la institución Hospitalaria, para efectos de sus responsabilidades postquirúrgicas, previamente acordadas con instrucciones y que se daban satisfactoriamente con pacientes de épocas pasadas.

La relación médico paciente en el postoperatorio se satisfizo integralmente por parte del Dr. B.S.

XI - **PLANTEA QUE TAMPOCO SE VIOLÓ EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE ÉTICA MÉDICA.**

Con relación a la violación del artículo 15 idem ley "... El médico no expondré a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá 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 explicara al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente...", quiero exponer que el Dr. B.S. jamás expuso a la paciente, a riesgo diferente al inherente y el cual no es objeto de reparo en este fallo.

El descuido o abandono no fue del galeno sino de la institución a la paciente, incumpliendo ésta frente al suscrito y frente a la ley, sus obligaciones contractuales,

que no eran otras que los recursos físicos, técnicos y humanos para el manejo y control postoperatorio de los pacientes, previamente pactado y que por experiencia anterior se había cumplido satisfactoriamente. Así también fue la IPS y no mi defendido quien violó el compromiso que tenía de mantener los niveles de idoneidad y excelencia del post operatorio.

Conozco con pleno entendimiento, el deber legal de los médicos de brindar el acompañamiento inspeccionarte (sic) a sus pacientes en el post operatorio, para el restablecimiento o mejoramiento de su estado de salud, pero también con éstas prácticas médicas de común ocurrencia por la nueva dinámica médica, donde el galeno pasa a un segundo plano, y la institución enfrenta su compromiso como gala (sic) de la utilidad económica, es a ella a quien se le deben imputar sus responsabilidades, reproches, juicios de resarcimiento y no al médico.

El llamamiento de reproche que por la mera consideración del proceso de causalidad, está sometiendo a mi defendido, no aplica en este caso, pues la paciente solo fue de este en el quirófano, en lo demás el cuestionamiento es institucional, a pesar que valga destacar desde la distancia se efectuó un acompañamiento telefónico y un instructivo general, de allí que apareció el Dr. J.T. Fue la institución la que no le garantizó un adecuado control médico.

XII - **SOLICITA QUE, EN CASO DE NO ANULARSE LA DECISIÓN, LA PENA A IMPONER SEA MENOS SEVERA.**

De no ser de recibo los argumentos expuestos por el suscrito, ruego por lo menos de manera subsidiaria, la sanción sea la menor y no la impuesta, pues esta es bastante drástica y desconoce aspectos de buena fe de mi cliente, como lo son haber conseguido a un médico para que atendiera su paciente, haber viajado de Bogotá a ver a su paciente en el menor tiempo posible, pues este también se desempeña como cirujano en dicha ciudad, y su ausencia de antecedentes disciplinarios o éticos, los cuales deben ser tenidos de manera imperiosa cuando se efectúa la disimetría de la sanción, ya que esta no puede operar de manera automática.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA.

I - **SOBRE LA FALTA DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.**

De esta parte se desprenden dos aspectos:

A- Existió violación de principios procesales tan importantes como el derecho a la defensa, presunción de inocencia e igualdad?

B- La falta de inclusión de las pruebas que el demandante alega fueron solicitadas a su tiempo, eran conducente, oportunas y procedentes?

Sobre el primer aspecto, no se encuentra evidencia de ningún tipo en el expediente de violación a ningún principio procesal. Se concedieron todas las garantías que exige nuestro ordenamiento jurídico, se actuó con imparcialidad, no se discriminó en ningún momento al acusado, no se violó el debido proceso y muchísimo menos la presunción de inocencia.

En lo que hace referencia a las pruebas solicitadas por el apoderado, obrando a folio 209-210 y sobre las cuales se pronunció el Tribunal en febrero 25 de 2009. La historia clínica ya se encontraban dentro del expediente, los testimonios de los doctores P.B. y. T. no eran conducentes pues no participaron en el postoperatorio, lo cual es el motivo de discusión. Los testimonios de L.A.M., del doctor C. y las enfermeras D.L.R. y. C.S no son pertinentes (folios 237, 238. 239). Ante esto la defensa no objetó de ninguna forma y tampoco apeló el auto de negación de pruebas.

En efecto, la historia clínica a la que se hace referencia es la historia privada del paciente, es decir, la que supuestamente se encontraba en manos del cirujano y era su historia de archivo particular. Pero se pregunta la sala: Si la historia clínica oficial, realizada sobre el campo de la práctica quirúrgica de esta paciente era tan defectuosa, que razón habría para pensar que las anotaciones privadas iban a ser al menos aceptables? Pero aún en el caso de ser esto así, que demostrarían: Que se efectuó una historia completa de primera vez? Qué se anotó día por día la evolución de la paciente, plasmando al menos por escrito la pretendida preocupación del cirujano por una paciente que, sabiendo complicada, no atendió de manera directa a pesar de la gravedad de su condición? Debe recordarse que lo que presentó fué una perforación intestinal iatrogénica, una condición que. adicionalmente, nunca fué advertida a la enferma o a su familia. O esta advertencia sí consta en la historia clínica privada y no en la oficial de la paciente?.

Acerca de los testimonios de los doctores mencionados: Qué pretendían probar? Que el acto quirúrgico fué perfecto? Afirmación dudosa a nuestro modo de ver, puesto que la perforación intestinal, a pesar de encontrarse dentro de las posibles complicaciones que este tipo de cirugía presenta, además de no ser advertida, no es de muy frecuente ocurrencia en cirugías de liposucción “perfectas”

Y sobre lo ocurrido en el postoperatorio, qué pretendían los testimonios solicitados? Por supuesto que no iban a declarar que el cirujano estuvo presente en el lecho de la enferma desde el comienzo de las complicaciones graves que presentó, pues esto hubiera sido falso y rayaría en delito de tipo penal de falso testimonio, falsedad documental y fraude procesal.

Lo máximo que hubiesen demostrado sería la no presencia del cirujano en Pereira y la confirmación de algunas llamadas telefónicas de larga distancia para recibir unas pobres instrucciones de manejo (Los enfermos graves no se manejan profesionalmente a larga distancia). O acaso pretendían demostrar la idoneidad del actuar del médico tratante? Muy difícil demostrar este último punto por la forma de evolución del caso en sí.

Por lo anterior, no se declara nulidad en ninguno de los aspectos procesales.

II - **SOBRE LA FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO.**

En ninguna parte del expediente se encuentra evidencia probatoria que despierten siquiera lejanamente la duda acerca de la actuación del así denominado “cirujano itinerante”. No hay material que permita determinar la diligencia, prudencia y pericia en el manejo postoperatorio de esta enferma por parte del principal protagonista del acto quirúrgico: el cirujano tratante.

III - **SOBRE LA BUENA FE**

Es apenas obvio que la buena fe existe. Es la base de la conciencia individual de las personas con una personalidad sana.

El principio de la buena fe es creer por parte de A que B obra en Justicia, en equidad, con transparencia y con su propia conciencia.

Consiste en hacer el examen de si se obro con justicia, equidad, conciencia, de manera cristalina y bajo el convencimiento de ser así y no de otra forma

Por esto la buena fe ha sido consagrada como un principio general del Derecho. El Principio es un enunciado lógico de una evidencia inmediata a la razón del hombre, que no tiene que entrar a probarse, es decir, es contundente (Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; alguien no puede estar vivo y muerto). Su validez trasciende las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se aplican a cualquier situación.

Los principios generales constituyen fuente de inspiración en la creación de la norma. Por lo tanto, son verdades fundamentales que sirven para crear derecho, integrarlo e interpretarlo en los vacíos que la norma no haya cubierto.

No se limitan a un territorio o Estado, sino que tienden a ser universales. Además, su fundamento es la equidad, aplicable a las circunstancias de tiempo y lugar de cada caso. En fin, se basan en lo que pensarían personas honradas y conscientes. Estos principios informan todo el derecho positivo y le sirven de base. Pueden inferirse por medio de inducción o de generalización periódica

Los criterios esenciales de estos principios son la justicia y la equidad

Según Ferreira Rubio, los principios generales del Derecho deben cumplir una serie de postulados para que sean considerados como tales:

- Universalidad de contenido
- Esencia permanente a pesar de diferente aplicación histórica
- Potencialidad iurígena: son normas y fuentes de normas
-Existencia anterior a las normas de ordenamiento legal específico

Pero debe actuarse con prudencia y diligencia, porque también así lo exige la ley. Y esto no rompe la precisión de la buena fe. La buena fe se presume porque debe creerse en la conciencia de las personas. Debe partirse de la base de que las personas adecuan su conducta al derecho.

La Buena Fe indica que cada persona debe ejercer sus derechos, negocios y obligaciones basado en lealtad, honestidad y sinceridad. Es decir, partiendo de los usos sociales aceptados y las buenas costumbres. Es la que se exige como requisito mínimo en cualquier negocio.

La Constitución Política de 1991 la determina muy claramente en su artículo 83:
“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Aunque la normatividad dice que debe presumirse de buena, lo que en realidad dice la CN es que debe obrarse conforme a los postulados de la buena fe.

El artículo 769 del CCC expresa:
“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción

contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse".

También se habla de Buena Fe en el artículo 1603 del CCC:
"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Similar planteamiento se halla en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio.

Corte Constitucional No. de Rad.: C-054-99

La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro.

El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.

En este caso concreto, cuál sería el planteamiento para definir la buena fe del cirujano involucrado? Al conocer la evolución de su paciente actuó de manera diligente para colocarse frente al caso de manera directa? O es que el contrato de los cirujanos itinerantes es solamente conocer a su paciente en el quirófano, intervenirlo, revisarlo las primeras veinticuatro horas y marcharse a otra ciudad, dejando las complicaciones en manos de personas que no conocen de las complicaciones de especialidades tan delicadas como la cirugía plástica como para detectar dichas complicaciones de manera más temprana y en consecuencia instaurar el tratamiento adecuado?

Debe recordársele al acusado que la buena fe se fundamenta en ocho principios elementales: Justicia, equidad, transparencia, lealtad, honestidad, sinceridad, prudencia y cuidado. De ninguno de estos hizo gala el cirujano procesado.

IV - **SOBRE EL ABANDONO DE LA PACIENTE POR PARTE DE SU CIRUJANO TRATANTE.**

El defensor efectúa una extensa disertación sobre las bondades de la profesión de enfermería, con la desafortunada trascripción de los cuidados de enfermería en pacientes mastectomizadas, lo que hace pensar se trata de una copia de algún artículo de apoyo psicológico en enfermería oncológica que no se relaciona con el estado de la paciente en cuestión, a la que se practicó una corrección estética de los senos y no su extirpación por enfermedad maligna.

Luego transcribe algunas recomendaciones de enfermería a la llegada de la paciente de su acto operatorio, lo cual no tiene nada que ver con el caso en mención.

De otro lado, salta a la vista que cuando se interviene a un paciente con uno o varios procedimientos extensos, delicados y complicados y al poco tiempo se abandona el lugar en donde se encuentra convaleciente, conociendo de complicaciones tan graves como el ingreso a la cavidad abdominal con una cánula de liposucción, comprometiendo la integridad de un segmento intestinal y, por ende, ocasionando una peritonitis que puede ser letal, no se puede hablar de diligencia en el cuidado de los enfermos.

Cuál fué entonces las presencia del cirujano? Su voz a través de una línea telefónica? La interpretación de una información por parte de médicos generales que no se encontraban capacitados para detectar y mucho menos tratar la complicación presentada? La etérea preocupación subjetiva de cirujano itinerante que ya se encontraba en la lejanía? Porque ciertamente, su presencia física ocurrió cuando ya la paciente se encontraba con evidencia franca de una catástrofe abdominal, la cual fue atendida en su momento por el cirujano general, pero que debido a la seriedad de la misma dejó a la paciente incapacitada durante varios meses. Es decir, se hizo presente cuando ya se habían tomado unas medidas terapéuticas acordes con el caso, pero de manera tardía.

V - **SOBRE LA LEX ARTIS**

Es muy claro para esta superioridad que el cirujano no cumplió con la Lex artis ad hoc, que ahora trata de esgrimir en su favor. No mencionemos el acto operatorio en sí mismo y su complicación ulterior, pues esto se encuentra dentro del riesgo previsto (Que en este caso ni se advirtió, ni se previó ni se diagnosticó tempranamente). Hablemos de la lex artis en el postoperatorio. Aquí si puede decirse que el actuar médico fué negligente, imprudente e imperito. Negligente, porque cuando se le

transmite la información sobre el deterioro de la enferma, debió haber tenido en cuenta que una de las complicaciones de la liposucción abdominal es el ingreso accidental a la cavidad abdominal y el compromiso de su contenido, especialmente la perforación intestinal.

Negligente porque de haberlo tenido en cuenta hubiera tomado otras medidas para que de inmediato fuera la enferma valorada por un especialista en cirugía general y cirugía abdominal. Negligente, porque al ser consciente de esta complicación, debió haberse hecho presente en la ciudad de Pereira, dándole prioridad a la que en ese momento era la más grave y delicada de sus pacientes. O es que la itinerancia incluye el volver la espalda a los enfermos complicados gravemente? Imprudente porque debido a su condición de especialista, no tomó las medidas de urgencia para afrontar la complicación. Imprudente porque dejó en manos inexpertas el manejo de una enferma en condición potencialmente letal. Imperita, porque se apoyó en profesionales que no tienen por qué saber de estas situaciones y que sí son de obligatorio conocimiento del especialista respectivo.

De las cuatro características principales que distinguen al acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis, por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.

La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y políticas otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión y oficio. El profesional de la medicina, al igual que los de otras ramas del conocimiento (ingenieros, abogados, arquitectos, etc.), posee una compleja estructura teórica que se integra y asimila luego de muchos años de observaciones y estudios. Esta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos a través del manejo de técnicas especiales. Y quien aplica estas técnicas lo hace imprimiendo su sello personal, su característica individual. Estos tres aspectos integran el ejercicio médico: ciencia, técnica y arte.

La locución latina Lex Artis, literalmente 'ley del arte' o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de

elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular un analgésico que practicar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce.

La Lex Artis tiene en cuenta la actuación y el resultado. 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.

No se puede apreciar con la misma severidad el concepto renacentista del denominado 'pus laudable' (diagnosticar una herida como 'sana' si se acompañaba de supuración), con un tratamiento con antibióticos modernos. Simultáneamente, no es justo comparar un acto quirúrgico que se ejerce de urgencia en una apartada región por un médico general que actúa bajo un estado de necesidad, y el que se práctica al mismo tiempo en una clínica especializada de una de las principales ciudades del país, con todos los elementos técnicos a disposición del cirujano.

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 entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad: los mismos médicos.

La Lex Artis es experiencia, es estudio, es actualización periódica. Para abordar su esencia debemos ubicarnos en contextos históricos y sociales determinados. En medicina, se aprende de los casos clínicos, de la investigación, del contacto con otros médicos y, sobre todo, de la experiencia críticamente dirigida, la cual llega a ser acumulativa. A este respecto expresaba el filosofo John Locke:

"[...] supongamos que la mente sea un papel en blanco, limpio de todo signo. ¿Cómo llega a tener ideas? ¿De dónde saca todo el material de la razón y del conocimiento, ese prodigioso cúmulo, esa variedad casi infinita, que la activa imaginación ha pintado en ella? Contesto con una sola palabra: de la experiencia. Este el fundamento de todo nuestro saber, que de ella deriva en ultima instancia."

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica. En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir. En esencia, lo moralmente bueno es la 'buena voluntad'. Con ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención, pues además se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto.

Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas. La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (artículo 16): "La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados."

Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Un excelente cirujano, que por el acaecimiento de un suceso particular o por el transcurso del tiempo ve alteradas sus condiciones de motricidad fina, cometería una irresponsabilidad si no incluyera esa estimación del estado físico de su propia persona en la valoración del riesgo.

El consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia.

El médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico. Esto se contempla en la Ley 23 de 1981 (artículo 15): "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados".

VI - **LA POSICIÓN DE CIRUJANO ITINERANTE**

Para nadie es un secreto que la reforma en salud efectuada por la Ley 100 de 1993 ha constituido un desastre para el ejercicio tradicional de la medicina. Hoy en día los médicos, transformados en "insumo humano", actúan ya no sobre pacientes sino sobre "clientes", los cuales pertenecen a las EPS.

Esto ha ocasionado el renacimiento de los médicos itinerantes, que lo que hacen es vender su fuerza de trabajo en diferentes ciudades, no porque su presencia sea indispensable o por sus excelentes méritos académicos, sino por el negocio mismo de aumentar sus ingresos al ofrecer sus servicios a costos menores.

Y como la medicina se convirtió en la "industria de la salud", al ingresar en las leyes de oferta y demanda, los médicos se venden al mejor postor y se extienden en su radio de acción tratando de obtener ingresos en sitios alejados de su área de ejercicio profesional.

Es llamativo un documento que relata una sesión del Concejo de Medellín, en donde hay quejas gravísimas sobre cirujanos plásticos de todo tipo, clínicas e instituciones de mala calidad que han proliferado en la ciudad y la presencia de cirujanos itinerantes, muchos de ellos extranjeros en el casco urbano de Medellín, en donde la cirugía plástica académica siempre ha sido excelente y en donde no se necesita la presencia de estos mercenarios de la medicina, que con su actuar reprochable han contribuido a empeorar la calidad médica de una ciudad que siempre ha sido una de las pioneras en medicina en el continente.

Veamos lo que dicen algunos apartes de esta sesión:

FECHA: 11 de Agosto de 2008
HORA: De las 07:40 a las 10:00 a.m.
ASUNTO: "Seguimiento a compromisos adquiridos por las diferentes entidades públicas ante denuncias de jóvenes por secuelas e incapacidades por cirugías estéticas mal realizadas".

Se siguen presentando hechos que difieren mucho de lo que realmente debiera ser lo correcto. Por ejemplo:

Primero, en la ciudad siguen ofreciendo el servicio varios cirujanos estéticos a precios irrisorios y que en caso de cualquier eventualidad serían los primeros en desaparecer, ya que no tienen realmente nada que perder, pues la inversión que realizan es poca, ya que solo pagan hora /quirófano y alquilan un consultorio, en algunos casos le invierten un dinero a una casa grande construyéndole el quirófano en el garaje, de aquí el nombre de clínicas de garaje.

Segundo, siguen dándose los casos de cirujanos plásticos fantasmas, que le sirven de pantalla a cirujanos estéticos, los cuales jamás hablan con la paciente y mucho menos se responsabilizan en caso de cualquier eventualidad.

Tercero, las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud le siguen dando turno quirúrgico a cirujanos estéticos sin los previos acompañamientos de cirujanos plásticos.

(...)

Ocho, en la ciudad hay varios grupos de anestesiólogos que se pelean la prestación de estos servicios a cirujanos plásticos y estéticos, quienes sin ningún escrúpulo se prestan para anestesiar a pacientes que van a ser intervenidas por cirujanos estéticos o en instalaciones no adecuadas.

En Medellín hay cirujanos e instituciones excelentes que por no prestarse a estas desproporciones de falta de ética, están viéndose afectadas, ya sea por la falta de pacientes por prestar el servicio con un valor adecuado o por la mala fama que se está dando en la ciudad.

Este es un servicio que pasó de ser una profesión ética a ser un servicio ofrecido por mercaderes del peso".

(...)

"Incluso le cuento que es de las clínicas a las que hemos ido y todos los médicos y se lo digo yo porque he entrado a los quirófanos, llego y ni siquiera digo buenos días, llego con el carné y entro derecho al quirófano para evitar que haya cambios o que llamen al médico o cirujano plástico; en los sitios donde vemos al médico general operando, esperamos que termine la cirugía porque no podemos poner en riesgo a

una paciente que está en medio de un procedimiento y cerramos inmediatamente sale el médico.

Es la única clínica donde todos los médicos eran cirujanos plásticos y anestesiólogos; todos son extranjeros, incluso no son antioqueños, pero todos homologados y convalidados.

Ahí es donde uno dice "será la técnica". Por eso mandamos todo al Tribunal de Ética Médica que es el que evalúa la parte técnica o profesional del médico para saber si es eso".

Interviene el señor Concejal BERNARDO ALEJANDRO GUERRA HOYOS

"Quisiera unirme a lo que dice Diego, cómo es posible que vemos médicos itinerantes, médicos extranjeros, gente que actúa ilegalmente, se la hace una multa de dos millones y medio de pesos y la señora se ríe de todo el mundo, antes instaura demandas contra las pacientes, contra la Dirección Seccional, contra los medios de comunicación. En otro país, a la cubana le hubieran solicitado que indemnizara a los pacientes, estaba en la cárcel y después la deportaban.

Eso le sucede a cualquier colombiano en Estados Unidos y aquí es todo lo contrario, es una laxitud con la ilegalidad total".

Ahora bien: La auto denominación de "cirujano itinerante" exime de responsabilidad a quien se desplaza por el país interviniendo seres humanos en condiciones delicadas, simplemente porque el contrato de servicios médicos no incluye la vigilancia de complicaciones por un tiempo prudencial mínimo?

O es que la itinerancia permite actuar como un técnico manual, operando a una persona y alejándose rápidamente de su vigilancia directa, para dejarla en manos de inexpertos e imperitos que no se encuentran en capacidad de tomar decisiones por falta de conocimientos elementales de la especialidad de los itinerantes?.

No es de recibo para esta superioridad el argumento del Dr J,A.B.S ni de su defensor, al declararse "cirujano itinerante", para eximirse de la responsabilidad en el manejo de las complicaciones de su enferma, provocadas por su acto operatorio, al cual califica de perfecto y acorde con la Lex artis.

La itinerancia de estos personajes no puede ser argumento para amparar la negligencia de su actuar. Y no es buena práctica médica abandonar el paciente, aduciendo que se

ha cumplido con el contrato pactado. Esto podrá ser legal desde el punto de vista de un contrato civil que se refiera a cosas. Pero en medicina se está tratando con seres humanos. Y desde este punto de vista, el abandono de pacientes siempre será motivo de reproche, así el responsable se autodenomine "cirujano itinerante"

VII - **EL PLANTEAMIENTO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO Y SU NO EXTENSIÓN A FUTURO DE MANERA INDEFINIDA.**

Curioso planteamiento de la defensa. No se trata de permanecer con el paciente de manera indefinida (Aunque en ocasiones esto sea lo aconsejable), sino de acompañarlo al menos en los días críticos del postoperatorio.

Usualmente las complicaciones graves se presentan dentro de los primeros cinco días de efectuada la intervención. En el caso de la paciente en cuestión, la perforación intestinal producida por el "acto médico perfecto" del cirujano acusado, comienza a ser evidente en forma temprana.

Por esto, afirmar que la responsabilidad no puede extenderse a futuro de manera indefinida, demuestra una vez más la indolencia del cirujano frente a su paciente. O es que considerar indefinido el tiempo en que se instauran los signos de una grave peritonitis ocasionada por el médico incluye los días cuarto o quinto postoperatorio? Mejor aún: cuando los signos comienzan a presentarse en las primeras 48 horas de efectuado el procedimiento: Se puede considerar como un futuro indefinido?

VIII - **ENUNCIA QUE LA RESPONSABILIDAD DEBE DESCARGARSE EN LA INSTITUCIÓN A CARGO DE LA PACIENTE.**

Este argumento tampoco es de recibo. La responsabilidad médica puede incluir la responsabilidad del equipo de salud y de la institución misma donde se prestan los servicios. Pero argüir, con base en la posición de itinerancia del profesional que la aduce, que una vez efectuado el acto quirúrgico la responsabilidad es de exclusivo terreno de la institución, incluyendo las complicaciones iatrogénicas de los pacientes, es simplemente absurdo.

La responsabilidad médica se fundamente en tres elementos: Daño, culpa y nexo causal. En el presente proceso no estamos condenando la complicación presentada, pues como ya se ha expresado ad nauseam, se encuentra dentro de las posibles complicaciones de este tipo de intervención. Y aunque también se ha insistido en que este riesgo no fué advertido ni consentido por la paciente, lo cual agrava la situación del médico encartado, pretender que la responsabilidad de este evento adverso es del

resorte de la institución de salud, porque así lo expresa un contrato entre el médico tratante (persona natural) y esa institución (persona jurídica), no es lógico.

Adicionalmente debe recordarse que el proceso ético disciplinario se rige por la Ley 23 de 1981, su Decreto Reglamentario 3380 de 1981 y lo que no esté considerado expresamente en ellos, se debe remitir al Código de Procedimiento Penal. Y tanto la responsabilidad penal como la disciplinaria ético médico, son personalísimas. Y hablamos de personas naturales, no de personas jurídicas.

En caso de encontrarse falencias graves por parte de la institución, como en el presente caso, los hechos y situaciones deben denunciarse ante el ente competente de vigilancia y control, que para el caso serían la Secretaría de Salud del respectivo departamento y la Superintendencia de salud en su respectiva seccional.

IX - **ACERCA DE LA AFIRMACIÓN DE: UNA CIRUGÍA PERFECTAMENTE LLEVADA A EFECTO, COMO LA QUE SU PODERDANTE PRACTICÓ, PUEDE SER CONTROLADA POR MÉDICOS GENERALES O ENFERMERAS.**

En primer lugar, hablar de una cirugía perfecta en un caso de liposucción que ocasiona una perforación intestinal y una peritonitis severa que coloca a la paciente a las puertas de la muerte, no es consistente. Otra cosa es que se alegue que la medicina es una obligación de medio y no de resultado y que esta complicación se encuentra dentro del riesgo previsto, lo cual plantea alguna forma de exculpación en varios casos de tratamientos médicos fallidos.

Pero catalogar como perfecta esta cirugía no parece adecuado a nuestro juicio. La paciente llegó con una enfermedad y sale con otra peor que la lleva casi a la muerte.

Ahora, decir que esta "cirugía perfecta" puede ser manejada por médicos generales y enfermeras, es todavía más ilógico e irresponsable. El hecho de apelar a sus oficios por causa del distanciamiento del cirujano itinerante es una cosa. Pero que sea correcto hacerlo, es apenas obvio que la respuesta es un no rotundo.

X - **NIEGA QUE SE HAYA VIOLADO EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 23 DE 1981.**

Sobre los anteriores planteamientos: Puede considerarse que el médico dedicó el tiempo necesario a su paciente complicada? Es evidente que no lo hizo.

De acuerdo con el inusitado contrato de prestación de servicios itinerantes, es posible que se haya cumplido con la obligación de intervenir a la paciente en Pereira y de

controlarla las primeras 24 horas. Pero afirmar que le dedicó el tiempo necesario para una atención medianamente aceptable, sería una falsedad también evidente.

El acto médico no puede deteriorarse hasta el punto de considerar al enfermo como un objeto de trabajo en tiempo limitado y evaluable solamente en dinero convertiste el cirujano en un nuevo operador. Es por esto que debemos efectuar un planteamiento sobre el mismo.

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 (Titulo I, Capítulo I, Artículo 4):
"La relación médico-paciente es elemento primordial en la practica 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"
Titulo 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.

Cuatro características principales distinguen al Acto Médico:

La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "Lex Artis Ad Hoc" (ver adelante), sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la Licitud, o sea su concordancia con las normas legales.

Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.

El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.

La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.
La rehabilitación es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

No nos referiremos a los actos médicos indirectos, ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc.), los cuales requieren para su análisis otro capítulo completo.

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá.

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.

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".

Del acto médico, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico ("responsabilidad" por el acto) y las que resultan del hecho jurídico ("perjuicios" indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho - el delito, por ejemplo-). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados).

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.

En general, las actuaciones del médico van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación "de medio" y no "de resultado", el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Si el resultado es bueno surge en favor del profesional de la salud un crédito, un derecho a cobrar honorarios. Si el resultado afecta derechos del enfermo, surge en su contra la responsabilidad, la cual se juzga, precisamente, con base en la Lex Artis.

Los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar merecen atención especial. El médico es la persona más próxima al ser humano a todo lo largo de su existencia, pues lo mueve una combinación de vocación de ayuda, conocimiento científico, deber de funcionario social y ejercicio del propio oficio. Pero por encima de todo, el ejercicio de la voluntad al servicio del ser humano como un todo, basada en conocimientos científicos. Es una combinación de filantropía (Amor al ser humano) y filotecnia (Amor al arte de curar).

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.

En lo que respecta al enfermo, varias cosas pueden motivar la búsqueda de la ayuda médica: El deseo de recuperarse, la necesidad de saber lo que pasa con su organismo, la búsqueda de una especie de refugio cuando existe una preocupación por la enfermedad y el conocimiento de lo que será su salud en el futuro, principalmente.

De acuerdo con el Dr J Tissnesh
"...El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor, comprensión, atención integral, esperanza. Detrás de todo enfermo hay un ser humano angustiado y necesitado que ha confiado al médico su don más preciado, su vida. La respuesta a la solicitud del paciente, requiere ciertas cualidades especiales: disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza, honradez profesional, conocimiento del hombre y de la sociedad, una recia estructura moral y ética..."

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 TECNICA

5 - OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO

6 - CERTIFICADO MÉDICO

7 - OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO.

Una vez el médico establezca una relación profesional con su paciente, la terapéutica deberá continuar hasta que el enfermo sane, o cambie voluntariamente de médico, o sea remitido a manos de otro especialista.

Sin embargo, existe el área de la medicina institucional, en donde por razones de organización burocrática el paciente debe ser controlado por el médico de turno. En este caso, la relación médico-paciente que ya ha sido alterada por el tipo de ejercicio, también cambia un poco debido a la "despersonalización" en el manejo de los enfermos.

Pero el manejo iniciado por un médico sobre un paciente, debe ser continuado por alguien de al menos similares condiciones profesionales. No por alguien menos capacitado.

XI - **PLANTEA QUE TAMPOCO SE VIOLÓ EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE ÉTICA MÉDICA.**

"... El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá 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 explicara al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente...".

En donde se encuentran los consentimientos informados debidamente diligenciados y firmados, tanto por la paciente como por su cirujano tratante? Lo máximo que se encuentra es el consentimiento de anestesia de algunos procedimientos. Pero los consentimientos quirúrgicos brillan por su ausencia. Y lo que es más grave, el único consentimiento en donde aparece una firma en el formato que indica al cirujano, la firma no parece corresponder con la del Dr. J,A.B.S.

1- 12 DE AGOSTO de 2006: abdominoplastia, liposucción y mamoplastia reductora. Se anota que SE ENCUENTRA UN CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO EN LA HISTORIA CLINICA A FOLIO 66, CUYA FIRMA NO PUEDE CORRESPONDER Y CON LA DEL CIRUJANO TRATANTE, LA CUAL SE PUEDE CONFRONTAR CON LAS RESPECTIVAS A FOLIOS 148, 161, 162, 171, 211, 216, 217. Se encuentra a folio 108 otro formato de consentimiento en donde no se especifica la intervención a practicar.

2- 5 de septiembre de 2006. Liposucción. NO HAY EVIDENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL CIRUJANO. EL CONSENTIMIENTO OBRANTE A FOLIO 97 SOLO INCLUYE LA FIRMA DEL ANESTESIOLOGO.

3- 21 de septiembre de 2006. le practican revisión de cicatrices de mamoplastía y reubicación de cicatriz de abdominoplastia. NO HAY CONSENTIMIENTO.

- 18 de diciembre de 2006. Liposucción de abdomen, pubis, flancos región sacra, muslos y espalda. SE ENCUENTRAN A FOLIOS 39 Y 40, DOS FORMATOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE ANESTESIA Y CIRUGIA, LOS CUALES NO TIENEN FIRMA DEL PACIENTE NI FIRMA DE LOS ESPECIALISTAS INVOLUCRADOS (DR B. Y DR P.) EN EL MANEJO DE ESTA PACIENTE.

Como se ha mencionado, los consentimientos no informan ni el tipo de cirugía, ni las complicaciones, ni advierten sobre el riesgo, ni se encuentran diligenciados ni firmados, lo cual los hace inválidos. Además, no figuran los controles por parte de cirugía plástica y, cuando las complicaciones se presentaron, la falta de cirujano a cargo de las mismas es evidente, excepto cuando es vista por el cirujano general que descubre la catástrofe abdominal de perforación intestinal, peritonitis y sepsis.

Debe recordarse que el consentimiento del paciente, o su autorización, es uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto licito y que tenga además una causa licita (Articulo 1502 del Código Civil).

El estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios en los aspectos médicos reviste la mayor importancia. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos derechos y obligaciones determinadas.

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico. Consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato-acto de voluntad bilateral- de prestación de servicios médicos.

Nuestra medicina occidental, la mas compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente articulo: " Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos".

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Articulo 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 (Articulo 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.

En otros países se habla del "consentimiento bien informado", es decir, el obtenido de persona capaz luego de un análisis tranquilo y completo de la situación. Y aunque la solución al problema de lo que debe entenderse por "bien informado" aun no llega de manera definitiva, existen ya criterios bastante definidos que permiten un margen grande de seguridad al ejercicio profesional. Veamos brevemente lo que ha sido su evolución.

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 órbita 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".

De manera que el paciente debía tener, por lo menos, una información básica sobre el asunto en cuestión y la violación de este derecho implicaba la negación del derecho de autonomía de la persona.

Posteriormente (1957-1972) se desarrolló el criterio de informar al paciente de manera "adecuada", es decir, no ya en forma general, sino teniendo en cuenta las complicaciones, riesgos y alternativas posibles. Nació el concepto de "Negligencia profesional", en donde interesa conocer si el médico es responsable de un daño causado. Específicamente lo será en todos los casos en que haya ocultado al paciente información sobre el riesgo de los procedimientos.

En 1972 se determina un nuevo esquema de responsabilidad médica: "El derecho del paciente a autodecidir marca los límites del deber de revelar. Dicho derecho solo puede ejercerse eficazmente si el paciente dispone de suficiente información como para posibilitar una elección inteligente" (Caso Canterbury vs Spence). En este caso, el médico ha sido claro y la información exhaustiva; pero además debe tratarse con un paciente capaz de procesar debidamente esta información con el objeto de llegar a una determinación responsable.

Por lo anterior, el derecho que tiene el paciente a la información ha logrado un cambio de actitud en el gremio médico, que algunos consideran peligroso y otros encuentran plausible: Hace 20 anos el 88% de los médicos no revelaban el diagnostico de cáncer; hoy el 98% dice hacerlo en forma rutinaria y completa.

Las excepciones hacen referencia a los casos en los cuales el paciente no tiene o tiene menguada su capacidad de decisión por factores internos (inconsciencia, inmadurez, demencia, etc) o por factores externos que al obrar sobre el sujeto impiden una visión objetiva de la situación y lo inducen a apreciaciones equivocas, llevándolo a error en el procesamiento mental de la información (incultura, presiones familiares, creencias religiosas, superstición, etc).

La existencia de un documento donde se exprese el consentimiento por parte del paciente, aunque no es eximente de responsabilidad rara el médico, es en principio

una prueba pertinente de que se actuó de acuerdo con su voluntad, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

Este es un contrato consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Es decir, todo documento que se suscriba tiene un carácter "ad probatorium", que para este contrato especifico es de gran utilidad, al presentarse cualquier conflicto que en últimas generará responsabilidades para las partes.

El profesor Edgar Saavedra Rojas ha expresado:

...Cuál es el objeto, preguntamos, de que se garantice la fe pública de los documentos oficiales?. Se responderá que los particulares puedan confiar en ellos, estimando por una parte que se han llenado todas las formas legales y descansando tranquilos, por otra, en la confianza de que aquellos instrumentos son legítimos y veraces. Pero, por qué necesita la sociedad que los instrumentos públicos y aun las escrituras privadas sean auténticas y veraces?. Y no queda más remedio que responder: para que los derechos creados por ellas o probados por ellas no se vean expuestos a no poder ser ejercidos o que su ejercicio sea obstaculizado por falta de pruebas.

Así pues, la razón de la protección penal a los instrumentos emitidos por el Estado no exige que el perjuicio sea concreto en la misma creación de los documentos, o que éste tenga necesariamente que ver con el patrimonio económico de los particulares. Muchas veces se ha repetido ya que la falsedad documental es un tipo pluriofensivo, sin que sea necesario que se especifique en cada una, vulneración a un bien jurídico, siendo requisito de ella, eso sí, que tenga potencialidad de daño sobre otros bienes. El peligro de perjuicio será suficiente.

En lo que hace referencia al delito de fraude procesal, cuando a través de un documento falso se induzca a error a un funcionario judicial con el objeto de obtener una sentencia favorable a quien utilice el documento ilegal, se puede llegar a lo que se denomina concurso de delitos, con todas sus implicaciones penales y éticas.

XII - **SOLICITA QUE, EN CASO DE NO ANULARSE LA DECISIÓN, LA PENA A IMPONER SEA MENOS SEVERA.**

La pena impuesta por el Tribunal de Primera Instancia moderadamente es adecuada y benévola en relación con las faltas del médico disciplinado. Y este Tribunal Nacional no va a rebajar la sanción frente a semejante muestra de negligencia médica.

Debemos hacer un comentario final respecto de las inconsistencias en la que denominan historia clínica, la cual es en realidad en este caso una pobre colección de documentos mal elaborados, mal fechados, insuficientemente consignados, con letra de apariencia terriblemente ilegible en todos los folios de la misma.

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. Confirmar, como en efecto confirma, la sanción impuesta por el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío al Doctor J,A.B.S, identificada con la cédula de ciudadanía No. …. de …., consistente en suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de seis meses, por violación de los Artículos 10 y 15 de la ley 23 de 1981. ARTICULO SEGUNDO. Rechazar la solicitud de nulidad interpuesta por el defensor del médico condenado, por los argumentos expuestos en la parte motiva de este fallo. ARTICULO TERCERO. Compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación para que, si ella lo considera adecuado, se investigue al Doctor J,A.B.S por el posible delito de falsedad documental expuesto en el numeral XI de las consideraciones del Tribunal Nacional de Ética Médica, en su acápite 1, de está providencia. ARTICULO CUARTO. Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Bogotá, dos (02) de agosto del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1329 DEL DOS (02) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No.2994-16 Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Denunciante: Sr. Abelardo de Jesús Vélez
Contra: Dr. F.J.C.L.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 62-2016

VISTOS.

El ciudadano Abelardo de Jesús Vélez interpuso queja contra F.J.C.L., médico de la familia del quejoso por haberle pedido el favor de ayudarle a conseguir $2.000.000 que necesitaba con urgencia. Lo llevo a la Cooperativa John F. Kennedy y allí le hizo firmar unos papeles respecto de los cuales no tuvo mayor conocimiento de su contenido, para darse cuenta con posterioridad, que le estaban cobrando de esa entidad financiera la suma de $ 12.000.000 millones de pesos ante el impago por parte del médico referenciado.

Por medio de providencia del 14 de abril de 2016, el Tribunal de Ética Médica de Antioquia determinó " No admitir la queja...".

El quejoso interpuso los recursos de reposición y apelación contra la decisión anterior.

Por medio de decisión del 15 de junio del presente año, la Corporación de primera instancia no repuso la anterior decisión y concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

En la primera decisión, mediante la cual se negó a admitir la queja instaurada, se considera incompetente, puesto que la creación de los Tribunales de Ética Médica por medio de la Ley 23 de 1981, se tuvo efecto para investigar las conductas realizadas por los médicos en el ejercicio de su profesión, es decir, relacionadas con actos médicos y en este caso la queja no está referida a un acto médico, sino a un problema de naturaleza económica en la que no estuvo de por medio una relación profesional médica.

El quejoso en la sustentación de los recursos considera que es claro que el acusado es un profesional de la salud y que el mismo les fue asignado como médico de familia por la EPS SURA.

El quejoso manifiesta que no está de acuerdo con el criterio del Tribunal de instancia de que el acto médico solo comprenda las conductas que tengan que ver con la salud del paciente, porque si eso es así, qué debemos entonces entender por Ética, se pregunta.

Estima que dentro de ese criterio en la relación médico paciente, podría el profesional asaltar, robar, sustraerse y abusar en cualquier forma de un paciente y no se trataría de actos de salud.

Considera que todos los actos abusivos en la relación médico-paciente que no afecten la salud, estarían por fuera del Código Ética Médica y que de la misma manera se podrían formular cientos de interrogantes.

Sostiene que sin ningún recaudo probatorio se asume la existencia de una relación de amistad del quejoso con el profesional médico, pero que el acusado no es su amigo y que la relación fue en los consultorio de SURA y que la única relación existente es la de médico-paciente.

Se queja de la no práctica de pruebas y de no haberse llamado a declarar los testigos presentados en la queja.

Dentro de las pretensiones solicita que se abra investigación disciplinaria y agrega:

“ De ser procedente se le ordene al médico F.J.C.L., identificado con la CC. Nro …. de …. pagar integralmente las obligaciones que tiene con la Cooperativa Financiera John F. Kennedy Ltda “

Por providencia del 15 de junio se negó la reposición, se citó la obra del Dr. Rey Forero (Ética y Legislación en Medicina), en la que se define que es acto médico y qué un acto de médico, para luego insistir en su criterio de que la relación del quejoso con el médico acusado fue una relación jurídica privada y que los actos realizados por el mismo no están circunscritos en el marco de la profesión médica, en tal sentido argumenta:

“ Por otro lado, no deben pasarse por alto que en virtud de lo dispuesto en la Ley 23 de 1981 o “ código de Ética Médica “ el objeto y finalidad del proceso disciplinario ético profesional es únicamente el de investigar y juzgar las conductas médicas que pudieran estar en contravía de la citada ley o los principios de la “ Ley Artis “excluyendo de plano cualquier pretensión adicional, como lo es en este caso el reconocimiento económico de las sumas de dinero correspondientes al valor del crédito tomado por el Dr. C.L. y del cual el quejoso actúa como deudor solidario”.

En Colombia existe la libertad de escoger profesión u oficio, constitucionalmente consagrada, pero el Estado se ha reservado el derecho de vigilancia y control de las mismas. En tal sentido se dispone en el artículo 26 de la Carta Política:

“ ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Las facultades que se confieren en éste artículo a las autoridades competentes para solicitar títulos de idoneidad y para inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, sobre todo aquellas que comporten un riesgo social en su ejercicio, están más que justificadas, primero que todo, para garantizar a los miembros de la sociedad la libre escogencia de profesión u oficio, pero al mismo tiempo para darle garantías a los ciudadanos de que van a tener un servicio profesional idóneo que les

garantice la seguridad, sobre todo en aquellas profesiones u oficios, cuyo ejercicio conlleva un peligro individual o colectivo para la comunidad.

En el caso concreto de la medicina, la exigencia de títulos de idoneidad profesional y su vigilancia y control tienen como objetivo fundamental, garantizar a todos y cada uno de los miembros de la nación, la prestación de un servicio de salud que les brinde mejores opciones de vida, previniendo la enfermedad, garantizando un estado aceptable de salud y en la medida de lo posible de evitar la muerte y prolongar la vida, dentro de ciertos parámetros de dignidad, y de vida llevadera.

En el momento en que el legislador aprueba la ley 23 de 1981, lo único que está haciendo es reglamentando el contenido del artículo 26 constitucional que se analiza y por tanto su objetivo fundamental es garantizar un ejercicio profesional médico idóneo, técnica y científicamente adecuado y dentro de un concepto fundamentalmente humanístico.

Es por ello que en el artículo 63 se dice que se crea el Tribunal Nacional de Ética Médica " …para conocer de los procesos disciplinarios que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia". Está claramente previsto en la ley que la competencia que tienen estos tribunales es, única y exclusivamente, de las faltas que pudieren cometer los médicos en el ejercicio de la profesión médica.

En tales condiciones, las conductas realizadas por los médicos en sus actividades privadas, que no estén directamente vinculadas con el ejercicio de la profesión médica, como sería la inasistencia familiar, o el incumplimiento de sus obligaciones civiles y comerciales, serían indicadores de conductas reprochables, y sancionables, pero no por la vía disciplinaria médica.

Para que la competencia surja para éstos tribunales especializados es indispensable que se esté en presencia de un acto médico o de médico, porque si se trata de conductas indeseables realizadas por un médico, pero no en el ejercicio de la profesión médica, la posibilidad de su sanción estará en manos de otras competencias judiciales o administrativas.

Tan cierto es lo anterior, que en éste tipo de procesos no ha existido nunca la opción de que la víctima se constituya como sujeto procesal, para pretender la indemnización de los posibles perjuicios económicos, ocasionados por el servicio deficiente recibido por un médico, porque el objetivo de ésta ley es que se garantice a la ciudadanía un ejercicio responsable, científico y humanizado de la medicina.

Aquí la medicina se convierte en un instrumento adecuado para cumplir con otros objetivos constitucionales, relacionados con el deber del Estado de preservar la vida y la salud, derechos a los que dedica numerosas y trascendentales normas la Constitución Política.

Está de acuerdo esta Corporación que la conducta del médico acusado es reprochable desde todo punto de vista, pero no es esta vía, la disciplinaria la correcta para pretender los objetivos buscados por el quejoso, porque establecida la incompetencia de esta Corporación para conocer asuntos que no estén vinculados con el ejercicio de la profesión médica, también estaría la justicia disciplinaria en incapacidad de ordenar al médico a que cumpla con sus obligaciones comerciales, civiles o de cualquier otra naturaleza, porque en aquellos casos en lo que la justicia es competente para investigar, sería incompetente para hacer este tipo de ordenaciones o para condenar al disciplinado a pagar una determinada indemnización por los perjuicios eventualmente ocasionados a un paciente.

Se trata de un estatuto profesional disciplinario que tiene como único objetivo garantizar un correcto y adecuado servicio profesional médico a los miembros de la comunidad y, en tales circunstancias, cualquier conducta, por reprochable que sea, realizada por un médico, pero que no esté vinculada con el ejercicio de la profesión, será una conducta que no podrá ser investigada y menos sancionada por ésta competencia especializada. Incluir dentro de un estatuto de ésta naturaleza comportamientos privados o públicos que nada tengan que ver con el ejercicio de la profesión que se regula, de nada serviría para garantizar un ejercicio correcto e idóneo de esa profesión y sí sería tanto, como restringir el libre desarrollo de la personalidad .[1] Ese tipo de conductas que pueden ser reprochables social o moralmente, de conformidad con su gravedad, pueden ser investigados penal o policivamente o ser resueltos determinados conflictos por los ordenamientos que regulan las actividades civiles, financieras, laborales, comerciales o de cualquier otra naturaleza.

Y ese es el pensamiento no solo del legislador, sino de nuestro juez constitucional, que ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con otros estatutos disciplinarios que regulan otras profesiones, como es el caso de la abogacía, cuando se demandó el artículo 48 del Estatuto Disciplinario del Abogado que contemplaba como faltas

1 ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

profesionales una serie de conductas reprochables privada y socialmente, como es el caso de la pública embriaguez, el frecuentar lugares de mala reputación, la reiterada provocación de escándalos y riñas, la mala fe en los negocios, la dilapidación del patrimonio en perjuicio de los acreedores y la administración o participación en negocios incompatibles con el ejercicio de la abogacía entre otros. La norma demandada disponía:

" Artículo 48.- Constituyen falta contra la dignidad de la profesión:

1.- La pública embriaguez consuetudinaria o el hábito injustificado de drogas estupefacientes.

2.- El hábito de frecuentar garitos, lenocinios u otros lugares de mala reputación.

3.- La provocación reiterada de riñas o escándalos públicos.

4.- La mala fe en los negocios.

5.- La dilapidación del patrimonio en perjuicio de los acreedores.

6.- La administración o participación en negocios incompatibles con el respeto que exige la abogacía.

7.- La utilización de intermediarios para obtener poderes o la participación de honorarios con quienes lo han recomendado.

8.- El patrocinio del ejercicio ilegal de la abogacía o del ingreso a la profesión de personas de malos antecedentes o que no reúnan las condiciones habilitantes.

El abogado que cometa una de estas faltas incurrirá en amonestación, censura o suspensión.

La norma anterior fue declarada contraria a la Constitución por medio de la sentencia C-098 del 11 de febrero de 2003, con ponencia del H. M. Jaime Araujo R., que declaró inexequibles las normas que contemplaban esas conductas como faltas disciplinarias a la ética del abogado, en cuanto no estuvieran relacionadas con el ejercicio de la profesión. En tal sentido se sostuvo:

“ 1. Sobre la libertad de escoger profesión u oficio, y el control sobre su ejercicio.

En virtud del artículo 26 superior toda persona es libre de escoger profesión u oficio, pudiendo al efecto la ley exigir títulos de idoneidad. Igualmente, las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Lo cual es indicativo de que toda persona, a partir de sus cualidades, preferencias y perspectivas de vida en sociedad tiene derecho a elegir la labor que hacia el futuro concentrará sus esfuerzos en pro de sus intereses particulares y colectivos. Decisión que por otra parte no depende del simple deseo, pues aparte de que con frecuencia deseamos mal[2]. son las condiciones reales de existencia el factor predominante en la adopción de una o otra decisión, a cuya concreción material concurren variables de diferente índole que pasan por las esferas de lo privado y lo público, de lo estatal y lo extraestatal. A partir de este reconocimiento liminar, en algún momento todas las personas tienen la oportunidad de vislumbrar la opción de un papel, de un “rol”, para luego, dadas unas condiciones propicias, asumirlo con la firme voluntad de dedicarse a desarrollarlo. Es decir, lo propio es que cada cual elija –directa o indirectamente- un papel en la vida y se dedique a desarrollarlo con arreglo a sus posibilidades y al contexto histórico en que discurra, al propio tiempo que ese papel se va decantando de manera sustancial en el ejercicio de la profesión u oficio que le concierna a la persona.

En esta dimensión, la oportuna y certera escogencia de profesión u oficio depende ampliamente de las políticas y ejecutorias del Estado en materia educativa, científica, tecnológica, empresarial y de empleo; del núcleo familiar y de las condiciones reales de existencia de cada cual. Y claro, esa importante elección de destino está llama a germinar desde el fuero interno de la persona individualmente considerada, quien a su vez tendrá oportunidades para contemporizar con el mundo, o para contradecir y refundar grandes y pequeñas concepciones del saber humano. Advirtiendo sí, que, por elemental o compleja que resulte la actividad escogida por la persona, el estancamiento o los avances cognoscitivos que ella protagonice en su esfera ocupacional se hallarán siempre ligados al grado de autonomía de entendimiento con que asuma los temas de su incumbencia, y por tanto, al valor y decisión de pensar con cabeza propia[3].

---

2 Véase, “Elogio de la dificultad” de Estanislao Zuleta, Fundación Estanislao Zuleta, segunda edición,1997, Cali, página 9 y siguientes.

3 Inmanuel Kant, Respuesta a la Pregunta ¿Qué es la Ilustración?, Fundación Editorial Argumentos, Bogotá, págs. 29 a 43.

Por su parte al Estado le corresponde ejercer el control que el ejercicio de las profesiones y oficios amerite, buscando siempre el debido equilibrio entre la salvaguarda de los postulados superiores y los derechos particulares, de manera tal que el Estado Social de Derecho se haga realidad en armonía con el cabal respeto y acatamiento que merecen los derechos de las personas en su perspectiva individual o colectiva.

Éstas a su turno deben tener presente que el ejercicio de cualquier profesión u oficio implica responsabilidades frente a la comunidad y el Estado, razón por la cual a éste le corresponde expedir y aplicar estatutos de control bajo los parámetros vistos.

2. **Sentido, alcance y límites del control al ejercicio de una profesión u oficio. Igualmente, frente al desempeño de cargos públicos.**

El derecho que tienen todas las personas a escoger libremente profesión u oficio comporta asimismo el de tener la oportunidad para ejercerlos sin vulneración del núcleo esencial de sus derechos fundamentales. Igual predicamento puede hacerse con respecto al derecho de todo ciudadano a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones de ley.

Sobre esta materia afirmó la Corte Constitucional en sentencia C-373 de 2002:

"Siendo así las cosas, la Corte encuentra que es manifiesta la contrariedad existente entre la Constitución y una regla de derecho que inhabilita para concursar para notario a quien ha sido sancionado disciplinariamente con ocasión de "La embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo, el abandono del hogar y, en general, un mal comportamiento social" y a quien ha sido sancionado por "Ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad". Como pasa a indicarse, normas que consagran faltas disciplinarias como éstas y que prevén sanciones que inhabilitan para concursar para el cargo de notario, son rezago de un Estado autoritario y no pueden encontrar cabida en una democracia constitucional dada su manifiesta contrariedad con los principios que la soportan.

"13. En materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la

inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas.[4]

"Es cierto que dada la particular naturaleza de las conductas interferidas por el derecho disciplinario, al legislador le está permitido describir los tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación y acudir a una técnica de tipos abiertos que configura un margen valorativo para el aplicador de la norma. No obstante, al amparo de la legitimidad constitucional de esa técnica legislativa no se puede llegar al extremo de tipificar una serie de ilícitos disciplinarios que remiten a conductas que cuestionan la conducta del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben, ni tampoco consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permiten la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de todo ilícito disciplinario. Mucho menos se puede partir de unos supuestos tan cuestionables frente a la Carta con el fin de generar inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas.

" Por ese motivo, aquellas particulares conducciones de vida de los servidores públicos que se explican como alternativas existenciales y que no involucran infracción de deber funcional alguno, son incuestionables para la potestad disciplinaria e irrelevantes para la configuración de inhabilidades pues ni los ilícitos disciplinarios ni los impedimentos para acceder a la función pública pueden orientarse a la formación de hombres buenos y mucho menos a hacerlo de acuerdo con los parámetros de bondad que pueda irrogarse el Estado. A éste le basta con orientar su potestad disciplinaria al cumplimiento de los deberes funcionales de sus servidores y a asegurar la primacía del interés general en la función pública pero no tiene ninguna legitimidad para interferir la esfera interna de cada ser humano.

"(...)

" En ese marco, cuando ese límite no está en juego, las autoridades no se encuentran habilitadas para interferir el libre desarrollo de la personalidad pues entonces no se trata del límite legítimo de un derecho sino de una intromisión

---

4 En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que la órbita de injerencia del derecho disciplinario se circunscribe al comportamiento de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos. Por ello se ha expuesto que "El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo". Corte Constitucional. Sentencia C-341-96. M. P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido, se ha indicado que "El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos". Corte Constitucional. Sentencia C-712.01. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

en la esfera interna del individuo; de una intromisión autoritaria que desconoce la pretensión de no injerencia que alienta la persona sobre un espacio que sólo a ella le incumbe. Es por ello que los solos argumentos morales, desprovistos de incidencia en los derechos de los demás y de reconocimiento jurídico, son sustancialmente insuficientes para limitar la cláusula general de libertad.

Y ello es claramente comprensible pues un modelo de organización política afincado en el multiculturalismo y con expreso reconocimiento del pluralismo jurídico no puede aspirar a imponer patrones morales. Por el contrario, las democracias deben partir del respeto de la diferencia como una exigencia de civilidad del mundo de hoy.[5]

"De acuerdo con ello, toda interferencia estatal en la conducta humana que no se oriente a la protección de los derechos de los demás y el orden jurídico y que configure límites para el ejercicio del derecho fundamental de libertad, contraría la Carta pues está restringiendo ilegítimamente el ejercicio de ese derecho.

"(...)

"(...) Semejante concepción del ilícito disciplinario desvirtúa la cláusula general de libertad contenida en el artículo 16 de la Carta y le reconoce a la autoridad una potestad que no tiene cabida en el constitucionalismo: Adecuar a cláusulas generales todos aquellos supuestos que no se enmarcan en otros ilícitos disciplinarios y que no interfieren en los deberes funcionales del notario".

4. **El derecho al libre desarrollo de la personalidad. De la autonomía personal, que a la vez respeta la autonomía de los otros.**

La libertad, en sus diferentes manifestaciones individuales y sociales, materiales y espirituales, se encuentra protegida por la Constitución Política en orden a reivindicar la dignidad humana, que cual requisito sine qua non se impone a lo largo y ancho de todo el ordenamiento superior, haciendo posible que al amparo de la categoría

---

5 "Si bien el libre desarrollo de la personalidad encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el ordenamiento jurídico, también exige de la sociedad una manifestación clara de tolerancia y respeto hacia aquellas decisiones que no controvierten dichos límites y son intrínsecas al individuo. Por esta razón, la represión legítima de una opción personal debe tener lugar exclusivamente frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento jurídico, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias. Para "que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, por lo tanto, no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental. En consecuencia simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho." Tampoco estas restricciones pueden llegar a anular totalmente "la posibilidad que tiene la persona de construir autónomamente un modelo de realización personal. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que mediante la protección de la autonomía personal, la Constitución aspira ser un marco en el cual puedan coexistir las mas diversas formas de vida humana". Corte Constitucional. Sentencia T-124-98. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

libertad todas las personas tengan derecho al libre desarrollo de su personalidad, y por ende, a la concepción, planteamiento y ejercicio autónomo de sus proyectos y planes de vida dentro de contextos que dispensan oportunidades y restricciones, pero que en modo alguno autorizan al Estado para desconocer o suprimir el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Pues como bien lo ha entendido esta Corporación, el carácter no absoluto de estos derechos no autoriza ni convalida una relativización normativa que rompa los diques constitucionales que enmarcan las competencias que al Congreso de la República le conciernen sobre la materia. Es decir, el poder de autoridad pública no se puede ejercer negando los derechos fundamentales de las personas, ni desestimando el mérito y audacia que ellas puedan tener para decidir sobre el norte de sus destinos particulares, en la inteligencia de que la autonomía que unos reclaman para sí, jamás puede significar la anulación de la autonomía predicable de los demás; con la subsiguiente importancia de dirimir las tensiones interpersonales al abrigo de la tolerancia y el respeto a la pluralidad, y por tanto, al margen de toda conciencia totalitaria.

En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y sus límites, afirmó la Corte en sentencia C-404 de 1998:

"Los límites al libre desarrollo e la personalidad, "no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal." Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria. En el evento analizado, observa la Corte que los límites de la esfera íntima dentro de la familia resultan más lábiles pues el comportamiento o la actitud de cualquiera de los miembros que implique a otro, incide fatalmente en el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud de la solidaridad que en ella prevalece".

Prosiguió la corte expresando sobre la restricción legítima de este derecho:

"La prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia - y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales - como los sistemas de parentesco - de innegable importancia".

Sobre la importancia de las razones morales que explican o justifican la existencia de norma legal, afirmó la Corporación:

"La adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales - dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva - en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas - legales o constitucionales - es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

Pero también expresó frente a la utilización de argumentos morales:

"No escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría. No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios y libertades garantizados por la Constitución.

En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública - en el sentido que se precisa más adelante - y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución. En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.)".

Toda vez que:

"La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad".

Por esto mismo el juez constitucional debe confrontar criterios de moralidad pública:

"El juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíjan en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios.

Igualmente, en Sentencia SU-642 de 1998 afirmó esta Corporación:

"El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. En esta medida, ha señalado que, en el artículo 16 de la Carta Política, se consagra la libertad in nuce, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad. Así caracterizado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial.

Con referencia a la edad explicó:

"Para la Sala, no existe duda alguna de que todo colombiano, sin distingo alguno de edad, es titular del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual, como lo ha manifestado la Corte, constituye emanación directa y principal del principio de dignidad humana. Sin embargo, el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros. Ciertamente, en tanto lo que este derecho protege son las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuanto más desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia. Lo anterior no sólo encuentra fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación sino, también, en lo dispuesto por el artículo 12-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se establece que "los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".

Advirtiendo a la vez que:

"Sólo aquellas limitaciones que tengan un explícito asidero en el texto constitucional y no afecten el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo e la personalidad, son admisibles desde la perspectiva de la Carta Política. Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior. El anotado juicio consiste en establecer si la medida limitativa persigue una finalidad constitucional, si es idónea respecto del fin pretendido, si es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida. Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad".

Asimismo, en sentencia C-221 de 1994 sostuvo la Corte:

El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige".

5. **El Estatuto del abogado en torno al control de su conducta personal y profesional.**

Al amparo de la Constitución de 1886 el Gobierno Nacional expidió el decreto 196 de 1971, "Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía", que ab initio le impuso al profesional del derecho la función social de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia. Indicándole también que la principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares; misión que también incluye el asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.

Como bien se sabe, este código ético tuvo su génesis en el seno de una concepción de Estado muy diferente a la de la nueva Carta Política, signada más por el imperio del reproche social moralista que por la vigencia de un pensamiento atento a las nuevas concepciones del mundo, tan caras a la autonomía del entendimiento y de la acción humana en sus dimensiones materiales y espirituales. No es un descubrimiento, el decreto 196 de 1971 es hijo de su tiempo, y como tal, es susceptible de permanecer o decaer positivamente bajo los embates acusatorios que propicia todo nuevo ordenamiento superior frente a la legislación preexistente.

Este decreto estipuló en su artículo 48:

"Constituyen falta contra la dignidad de la profesión:

1. - La pública embriaguez consuetudinaria o el hábito injustificado de drogas estupefacientes.

2. - El hábito de frecuentar garitos, lenocinios u otros lugares de mala reputación.

3. - La provocación reiterada de riñas o escándalos públicos.

4. - La mala fe en los negocios.

5.- La dilapidación del patrimonio en perjuicio de los acreedores.

6.- La administración o participación en negocios incompatibles con el respeto que exige la abogacía.

7. - La utilización de intermediarios para obtener poderes o la participación de honorarios con quienes lo han recomendado.

8. - El patrocinio del ejercicio ilegal de la abogacía o del ingreso a la profesión de personas de malos antecedentes o que no reúnan las condiciones habilitantes.

El abogado que cometa una de estas faltas incurrirá en amonestación, censura o suspensión.

Procede ahora la Sala a examinar las expresiones demandadas:

5.1. La pública embriaguez consuetudinaria o el hábito injustificado de drogas estupefacientes. La provocación reiterada de riñas o escándalos públicos.

Según se vio en párrafos anteriores, frente al ejercicio de una profesión las normas disciplinarias deben establecerse con referencia a las funciones y deberes propios del respectivo hacer profesional, no en atención a la conducta personal que se agota en los linderos de lo privado, o que aún campeando en la arena de lo público no trasciende ni afecta el buen desempeño de la función.

Bajo los mismos supuestos, en procura del adecuado servicio profesional el Estado puede restringir el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando

quiera que con su conducta personal el profesional pueda causarle desmedro a la idoneidad esperada de él, o a las personas con que él se relacione en virtud de su gestión.

Pero este no es precisamente el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, pues a pesar de que el ejercicio de la abogacía implica el desarrollo de una función social que apareja responsabilidades, es claro que el legislador invadió injustificadamente el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad al prohibir unas conductas que no guardan relación con el debido ejercicio de la susodicha actividad profesional. Más aún, la tipificación en comento atenta contra el principio universal de la libertad que a instancias de la modernidad fue reivindicado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y que en lo pertinente reza:

"Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites no se pueden determinar sino por la ley".

"Artículo 5.- La ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda".

De allí que la conducta del abogado no pueda ser reprochada válidamente bajo el imperio de las expresiones tipificadas, pues, se destaca, en tales eventos no se está mirando la probidad de su ejercicio profesional, ni su responsabilidad frente a los clientes, y mucho menos la misión que le incumbe de cara al orden jurídico del país. Por lo cual, sin elogiar ni censurar los comportamientos bajo examen, es evidente que ni la abogacía ni las personas relacionadas con su ejercicio sufren daño alguno por la pública embriaguez consuetudinaria o el hábito injustificado de drogas estupefacientes del abogado. Como tampoco por la provocación reiterada de riñas o escándalos públicos por parte del mismo. Porque, cabe tanto la posibilidad de un adecuado ejercicio profesional en cabeza de un abogado bohemio, como la eventualidad del incumplimiento por parte de un abogado abstemio pero de continuo embebido en las grandezas de la poesía.

Sin que por esto los abogados puedan sentirse autorizados para soslayar el respeto y acatamiento que merecen los demás bienes jurídicos que la Constitución, la ley y el reglamento amparan a favor de todas las personas, y ante cuya infracción se deducirán las responsabilidades correspondientes. El decreto 196 de 1971 es apenas uno de los mundos posibles del abogado, no el fiat para cumplirle a la profesión en detrimento

de los principios, valores, derechos y deberes que a partir de la Constitución y la ley le conciernen y lo obligan como persona ante sí mismo y ante los demás.

Consecuentemente, reconociendo que los segmentos examinados entrañan una irrazonable e innecesaria restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la inconstitucionalidad de los mismos se habrá de declarar en la parte dispositiva de este fallo.

5. 2. El hábito de frecuentar garitos, lenocinios y otros lugares de mala reputación.

He aquí un tipo disciplinario más propio de un Estado políticamente autoritario y socialmente retardatario, que del actual Estado Social de Derecho que a todos nos corresponde ayudar a materializar a partir de la defensa y promoción de los derechos fundamentales.

En efecto, las conductas aquí englobadas disciplinariamente nada tienen que ver con el ejercicio de la profesión de abogado, pues corresponden a hábitos ligados a su esfera estrictamente personal, que normalmente se agotan en su mundo privado, y que por tanto, en la medida en que no interfieran en el desarrollo de su profesión ni en el respeto a las personas relacionadas con la misma, sólo podrían subsistir positivamente a condición de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad resulte anulado para el gremio de los abogados. Fenomenología denegatoria sobre la cual esta Corporación ya afirmó:

"Por ese motivo, aquellas particulares conducciones de vida de los servidores públicos que se explican como alternativas existenciales y que no involucran infracción de deber funcional alguno, son incuestionables para la potestad disciplinaria e irrelevantes para la configuración de inhabilidades pues ni los ilícitos disciplinarios ni los impedimentos para acceder a la función pública pueden orientarse a la formación de hombres buenos y mucho menos a hacerlo de acuerdo con los parámetros de bondad que pueda irrogarse el Estado. A éste le basta con orientar su potestad disciplinaria al cumplimiento de los deberes funcionales de sus servidores y a asegurar la primacía del interés general en la función pública pero no tiene ninguna legitimidad para interferir la esfera interna de cada ser humano".[6]

---

6 Sentencia C-373 de 2002.

Como ya lo ha registrado esta Corte en otras oportunidades, la Constitución colombiana se caracteriza especialmente por su talante antropocéntrico, en tanto el hombre y la mujer son su razón de ser y su fin último, no su materia a cosificar. Por eso, bajo el presupuesto de vida digna aparece la libertad como valor fundamental para el ejercicio de los derechos y prerrogativas vertidos en las normas superiores a favor de todas las personas. En aras de lo cual, ¿cómo se podría reivindicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad con dispositivos como el que ahora se examina? En modo alguno. Pues considerando que ni siquiera la moral pública podría verse afectada con los hábitos anatemizados, no se vislumbra justificación constitucional alguna que pudiera sostener tal tipo disciplinario en el mundo del derecho. Por consiguiente, la Sala declarará la inexequibilidad del numeral 2º acusado.

5. 3. La mala fe en los negocios.

El artículo 83 superior dispone que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, regla que cobija por entero la conducta profesional de los abogados ante los servidores públicos y ante las demás personas que por razón de sus negocios y actividades profesionales se relacionen con ellos.

La buena fe ha sido desde antiguo un extremo indefectible en la construcción de confianza individual y colectiva, en la evolución de la convivencia de los pueblos, en el sentido de seguridad personal y social, y en la marcha misma del circuito económico de las naciones. Sin buena fe no hay confianza entre las personas, y sin confianza se entroniza una suerte de incertidumbre que provoca la germinación de indeseables manifestaciones de anarquía social.

En esta perspectiva, los fines éticos del decreto 196 de 1971 sólo pueden imponérsele al abogado en relación con el desempeño de su profesión, que no en el espectro de los comportamientos que él protagonice al margen de la misma, toda vez que las infracciones en que pueda incurrir en otras dimensiones por causa de su mala fe, deberán ventilarse y enjuiciarse al amparo de los respectivos estatutos jurídicos, ya de orden penal, ora de tipo civil o administrativo.

Por donde el tipo disciplinario en comento, al constituir una indebida injerencia que atenta contra el derecho al libre ejercicio de la profesión de abogado, resulta inconstitucional de cara al artículo 26 superior.

5. 4. La dilapidación del patrimonio en perjuicio de los acreedores.

Tal como lo afirma el colaborador fiscal, si bien esta conducta no se puede proteger como genuina expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues afecta a los terceros acreedores y al orden jurídico imperante, su tipificación como falta disciplinaria desborda el campo de acción profesional del abogado. En efecto, frente al abogado la norma alude primordialmente al manejo de su patrimonio, antes que al de su ejercicio profesional.

De suerte que si el abogado dilapida el patrimonio en perjuicio de los acreedores, éstos podrán acudir a las acciones que les dispensa la ley en procura de sus intereses, habida consideración de los bienes jurídicos afectados con esa conducta. Donde a título de ejemplo milita el delito de alzamiento de bienes (art. 253 del C.P.), que a la sazón devendría en pena privativa de la libertad del abogado infractor y multa en salarios mínimos.

Cabe subrayar que la relación que media entre el abogado y sus acreedores dista mucho de la que él ostenta para con sus clientes y procurados; es bien distinta, no se puede asimilar ni confundir con ésta, tal como se desprende del texto demandado. Lo cual es así por cuanto la norma acusada debe entenderse referida a los bienes que son de propiedad del abogado, y no a los que pudiera tener como depositario o a cualquier otro título diferente al de dominio.

De lo anterior se infiere que la disposición acusada atenta contra el derecho al libre ejercicio de la profesión de abogado, y por tanto, desatiende el artículo 26 de la Constitución, deviniendo al efecto en regla inexequible, que como tal deberá ser retirada del orden positivo.

5. 5. **La administración o participación en negocios incompatibles con el respeto que exige la abogacía.**

Conforme al contexto general del decreto 196 de 1971, con el numeral en cuestión se quiso hacer referencia a la administración o participación del abogado en negocios tales como garitos, lenocinios u otros considerados de mala reputación, frente a lo cual la Sala se atiene a lo ya dicho en líneas anteriores al examinar el numeral 2º del artículo 48 del decreto 196 de 1971. Por consiguiente, su inexequibilidad se pone de manifiesto.

Igualmente, si con el dispositivo impugnado se quiso aludir a la administración o participación del abogado en negocios de mala reputación tales como el contrabando, tráfico o expendio de estupefacientes, proxenetismo u otros; para eso está el código penal. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si bien es cierto que las reflexiones anteriores son referidas a la profesión de la abogacía, también lo es, que son predicables a cualquier otra profesión y particularmente a la medicina. En tales condiciones no le asiste la razón al quejoso y por tanto se confirmará la decisión recurrida porque se trata de un asunto privado entre dos ciudadanos, en lo que no tuvo ninguna relación la situación médico paciente.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. Confirmar como en efecto confirma la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, por no ser competentes para conocer conductas de médicos que nada tengan que ver con el ejercicio profesional de médico. ARTÍCULO SEGUNDO. Contra esta resolución no procede recurso alguno. ARTÍCULO TERCERO. Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente - Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, septiembre veintinueve (29) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1019 DEL VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: Proceso No. 772-05, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca
Contra: Doctora L.A.R.R.
Denunciante: L.E.M.M.
Asunto: Recurso de Apelación contra auto que niega pruebas
Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 73-09

VISTOS :

El Tribunal Seccional de Ética Medica del Valle, en Sala Plena realizada el 8 de julio de 2009, dentro del proceso número 772-05, resolvió conceder el recurso de apelación contra el auto de mayo 28 de 2009, que niega la práctica de unas pruebas solicitadas por la defensa de la medica L.A.R.R., por considerarlas superfluas o acumulativas.

El cuaderno que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional de Ética Médica el 28 de Agosto de 2009 y puesto para reparto en Sala Plena del 1 de septiembre de 2009, le correspondió por sorteo al magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA.

Cumplidos los términos legales, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

El 9 de abril de 2005 a las 04:45, la señora C.M. DE M., de 65 años de edad, presentó opresión precordial, calor, dificultad respiratoria y nauseas. Su nieta Angela Lorena

la trasladó a la Clínica Occidente de Tuluá (nombre que fué cambiado por el de Clínica San Francisco), donde fue atendida a las 05:17 por la doctora L.A.R., quien solicitó electrocardiograma que es interpretado como Bloqueo de rama derecha del Haz de Hiss y la envió a la casa con tratamiento ambulatorio a las 07:00 y un diagnóstico de gastroenteritis e infección urinaria.

Al llegar a su casa sigue con los mismos síntomas, empeorando el dolor precordial y el vómito en las siguientes horas y vuelven sus hijos a llevarla a la Clinica de Occidente de Tuluá a las 15:30. Allí le practican electrocardiograma, la monitorizan y le detectan soplo cardíaco. Diagnostican choque cardiogénico y le colocan oxigeno, liquidos parenterales y en la noche es llevada a la Unidad de Cuidados Intensivos. A las 21:00 le informan a la familia que existe una oclusion de arteria coronaria y sugieren transladarla a Cali para ser intervenida, siempre y cuando consigan quince millones de pesos.

A la 01:00 del 10 de abril de 2009, fallece la paciente. Su hijo, L.E.M., solicita se investigue la conducta de la médica que atendió a la señora C.M. a través de abogado.

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante la queja presentada por el hijo de la paciente a través de abogada, el tribunal seccional cita a la doctora L.A.R.R. en tres ocasiones, entre septiembre y diciembre de 2006, luego de lo cual y llenando los requisitos legales, es declarada persona ausente, designando como defensor de oficio al abogado Paul Alirio Ramirez, quien se posesiona el 9 de octubre de 2007.

En Dic 19 de 2007 se eleva PLIEGO DE CARGOS en contra de la médico acusada y el 13 de febrero de 2008 se designa la fecha para diligencia de descargos. El defensor de oficio no se hace presente.

El 26 de marzo de 2008 se designa como nueva defensora de oficio a la doctora María Cristina Estevez Salazar, quien no se posesiona, por lo cual es nombrada nueva defensora de oficio a la doctora R.S.H., quien se posesiona el 20 de junio de 2008.
Se fija nueva diligencia de descargos para el 6 de agosto de 2008. La defensora de oficio solicita nulidad de lo actuado por no haberse emitido oficio de declaración de apertura formal de investigación y con firma del magistrado instructor. En SEPT 3 DE 2008 se decreta NULIDAD DE LO ACTUADO, POR NO APERTURA DE INVESTIGACION FORMAL y en Octubre 22 de 2008 se declara oficialmente la APERTURA DE INVESTIGACIÓN.

En ENERO 21 DE 2009, se eleva NUEVO PLIEGO DE CARGOS, basado en la posible existencia de un protocolo de manejo de dolor precordial en personas mayores de 60 años en dependencia de la Clínica de Occidente de Tuluá. Y para el Tribunal Seccional no es explicable la conducta de enviar a una paciente en el estado de la señora C.M., sin descartar de manera adecuada la presencia de alguna entidad grave cuya manifestación principal sea el dolor precordial.

Aduce el tribunal que la médico general debió consultar a especialista en cardiología para tomar una conducta adecuada.

Se encuentra que existe violación a los artículos 1, 10 y 19 de la Ley 23 de 1981 y a los concordantes 15 y 16 del decreto Reglamentario 3380 de 1981. Por lo tanto, eleva pliego de cargos a la doctora L.A.R. y a su abogada de oficio, doctora RAFAELA SINISTERRA HURTADO. Los artículos presuntamente violados son:

Ley 23 de 1981

Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica:

1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

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

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

Artículo 19. Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en junta médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. Los integrantes de la junta médica serán escogidos, de común acuerdo, por los responsables del enfermo y el médico tratante.
Decreto 3380 de 1981

Artículo 15. Entiéndese por junta médica, la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales teniendo en cuenta las condiciones clínico-patológicas del paciente.

Artículo 16. Para efectos del artículo 19 de la Ley 23 de 1981 son responsables del enfermo, las personas naturales o jurídicas que figuren como tales en la historia clínica o registros médicos.

En FEBRERO 18 DE 2008 se reciben los DESCARGOS POR ESCRITO POR PARTE DE LA DEFENSORA DE OFICIO, quien rechaza los cargos con base en los siguientes argumentos:

a- Frente al numeral 1 del articulo 1 de la Ley 23 de 1981, dice que el principio ético allí contenido solo se vulnera cuando atendiendo a aspectos de nacionalidad, o de orden economico, social, racial, politico o religioso, el profesional medico falta al compromiso de ofrecer atencion al paciente, por cuanto la medicina tiene implicaciones humanisticas. Por lo tanto no acepta que su defendida haya violado este principio

b- Rechaza la violación a este artículo, pero hace referencia al parágrafo, respecto de los examenes innecesarios. Y afirma que en ninguna parte del articulo se mencione la interconsulta con especialista

c- Respecto al articulo 19, solicita dos pruebas: Que la Clínica San Francisco de Tuluá (antes Clinica de Occidente) contaba con médico cardiólogo el 9 de abril de 2005 y que se coloque a disposición el protocolo de manejo existente en ese momento sobre atención al paciente con patología cardíaca.

d- Por último, no ve la relación que pueda tener la acusación con el artículo 16 del decreto 3380, que habla unicamente sobre los responsables del enfermo.

En MAYO de 2009 el Tribunal Seccional NIEGA PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA. La Sala considera literalmente que:

- En el servicio de urgencias de la Clinica de Occidente de Tuluá existía para la fecha de los hechos un protocolo y guías de manejo para el caso de dolor torácico en paciente de más de sesenta años, pues se trata de un establecimiento hospitalario de nivel III, ya que cuenta con unidad de cuidados intensivos, como se demuestra en los folios 16, 17 y 18.

- Sobre la existencia de medico internista cardiologo en dicha institucion se puede sin lugar a dudas afirmar que si debio tenerlo por cuanto estaba dotada con unidad de cuidado intensivo y se demuestra acorde a lo que obra a folio 00017: "...es valorada simultáneamente por el dr Aponte y la dra Marmolejo internista..." y se encontraba ya en la UCI, misma unidad donde fallece (Folio 00018).

De lo anterior la sala plena de esta corporacion considera que las pruebas solicitadas son superfluas o acumulativas, es decir que no agregan nada al proceso, siendo innecesarias por lo que se pretende probar ya se tiene dentro del acervo con otros medios de conocimiento, por lo cual su práctica resulta dilatoria.

En JUNIO 26 DE 2009 se APELA EL AUTO DE NEGACIÓN DE PRUEBAS. Los argumentos de la defensa son:

-- En el expediente no se encontraba anexa la guia de manejo o protocolo relacionado con el manejo de problemas cardiacos en pacientes mayores de 60 años. Y la existencia del protocolo no debe presumirse, sino probarse, para determinar la responsabilidad del medico que maneja un paciente determinado.

-- El hecho de existir una Unbuidad de Cuidados Intensivos no sirve para dar por probado que exista materialmente la mencionada guia o protocolo.

-- La certificacion sobre la existencia de un medico cardiologo (no simplemente internista, sino cardiologo), no puede ser considerada como superflua. Y no debe suponerse la presencia de un cardiologo. Debe probarse mediante certificacion pro parte de la institución involucrada en el manejo de la paciente fallecida.

Por último, insiste en que los magistrados deniegan la práctica de pruebas sobre supuestos y no sobre hechos demostrados.

En JULIO DE 2009 se REMITE APELACIÓN AL Tribunal Nacional de Ética Médica, llegando el expediente en AGOSTO 28 de 2009. Se SORTEA PARA REPARTO en el Tribunal Nacional el 1 de Septiembre de 2009.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

Esta superioridad debe pronunciarse respecto a la negación de la práctica de pruebas solicitadas por la defensora de oficio, doctora RAFAELA SINISTERRA HURTADO, defensora doctora L.A.R. .

En primer lugar debe analizarse lo respectivo a la dilación en este proceso en concreto:

DILACION EN EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

Preocupados por la demora evidente en el curso de este proceso y con mayor razón por la cercanía del período prescriptorio de cinco años, hemos revisado las fechas de los más importantes hechos procesales de la presente acción disciplinaria.

1 - Los HECHOS tuvieron efecto en ABRIL 9 DE 2005.
2 - El proceso fue RECIBIDO en el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle en MAYO 23 DE 2005.
3 - Fue puesto para REPARTO en MAYO 23 DE 2005.
4 - Las CITACIONES se enviaron en AGOSTO 23 DE 2005.
5 - Se CITO al señor M. en OCTUBRE 11 DE 2005.
6 - Se procesó la RATIFICACION DE QUEJA el 28 DE OCTUBRE DE 2005.
7 - Se INFORMA al MAGISTRADO INSTRUCTOR en AGOSTO 16 DE 2006.
8 - Comienzan las AVERIGUACIONES sobre el paradero de la DRA L.A.R. en SEPT de 2006 y logran ubicarla en el departamento del Quindío en Enero de 2007.
9 - Se cita por varios medios a comparecer a la encartada ante el tribunal seccional y el 12 de septiembre de 2007, ante la renuencia de la acusada y la imposibilidad de obtener su presencia en el tribunal, SE DECLARA PERSONA AUSENTE.
10 - Se designa DEFENSOR DE OFICIO al doctor Paul Ramirez, quien se posesiona el 9 de octubre de 2007.
11 - En Dic 19 de 2007 se eleva PLIEGO DE CARGOS en contra de la médico acusada.
12 - El 13 de febrero de 2008 se designa la fecha para diligencia de descargos. El defensor de oficio no se hace presente.
13 - El 26 de marzo de 2008 se designa como nueva defensora de oficio a la doctora María Cristina Estevez Salazar, quien no se posesiona.
14 - Es nombrada nueva defensora de oficio a la doctora RAFAELA SINISTERRA HURTADO, quien se posesiona el 20 de junio de 2008.
15 - Se fija nueva diligencia de descargos para el 6 de agosto de 2008.
16 - La defensora de oficio solicita nulidad de lo actuado por no haberse emitido oficio de declaración de apertura formal de investigación y con firma del magistrado instructor.
17 - En SEPT 3 DE 2008 se decreta NULIDAD DE LO ACTUADO, POR NO APERTURA DE INVESTIGACIÓN FORMAL.
18 - En Octubre 22 de 2008 se declara oficialmente la APERTURA DE INVESTIGACIÓN.
19 - En ENERO 21 DE 2009, se eleva NUEVO PLIEGO DE CARGOS.
20 - En FEBRERO 18 DE 2008 se reciben los DESCARGOS POR ESCRITO POR PARTE DEL DEFENSOR DE OFICIO.

21- En MAYO de 2009 el Tribunal Seccional NIEGA PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA.
22- En JUNIO 26 DE 2009 se APELA EL AUTO DE NEGACIÓN DE PRUEBAS.
23- En JULIO DE 2009 se REMITE APELACIÓN AL Tribunal Nacional de Ética Médica.
24- En AGOSTO 28 de 2009, LLEGA AL Tribunal Nacional de Ética Médica.
25- Se SORTEA PARA REPARTO en el Tribunal Nacional el 1 de Septiembre de 2009.

SOBRE LA NEGACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO

En el presente caso es evidente que asiste la razón a la defensa de la encartada, cuando afirma que:

-- En el expediente no se encontraba anexa la guia de manejo o protocolo relacionado con el manejo de problemas cardiacos en pacientes mayores de 60 años. Y la existencia del protocolo no debe presumirse, sino probarse, para determinar la responsabilidad del medico que maneja un paciente determinado.

-- El hecho de existir una Unbuidad de Cuidados Intensivos no sirve para dar por probado que exista materialmente la mencionada guia o protocolo.

-- La certificacion sobre la existencia de un medico cardiologo (no simplemente internista, sino cardiologo), no puede ser considerada como superflua. Y no debe suponerse la presencia de un cardiologo. Debe probarse mediante certificacion pro parte de la institución involucrada en el manejo de la paciente fallecida.

Por último, insiste en que los magistrados deniegan la práctica de pruebas sobre supuestos y no sobre hechos demostrados.

Y es evidente que el Tribunal seccional PRESUME la existencia de unas pruebas que no aparecen en el expediente y que son vitales para la defensora de la médica disciplinada. Y esta presunción de existencia se prueba en el mismo expediente, cuando la Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle afirma:

- En el servicio de urgencias de la Clinica de Occidente de Tuluá existía para la fecha de los hechos un protocolo y guías de manejo para el caso de dolor torácico en paciente de más de sesenta años, pues se trata de un establecimiento hospitalario de nivel III, ya que cuenta con unidad de cuidados intensivos, como se demuestra en los folios 16, 17 y 18.

- Sobre la existencia de medico internista cardiologo en dicha institucion se puede sin lugar a dudas afirmar que si debio tenerlo por cuanto estaba dotada con unidad de cuidado intensivo y se demuestra acorde a lo que obra a folio 00017: "...es valorada simultáneamente por el dr Aponte y la dra Marmolejo internista..." y se encontraba ya en la UCI, misma unidad donde fallece (Folio 00018)

(En ambas afirmaciones el subrayado es nuestro)

Citamos una sentencia reciente de la Corte Constitucional al respecto:

Sentencia C-175/01

Referencia: expediente D-3240

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico".

Demandante: Luis Carlos Marín Pulgarín

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de dos mil uno (2001).
La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos por el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Carlos Marín Pulgarín, demandó el artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico".

Por auto de 20 de octubre del año 2000, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, en consecuencia ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que

rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Ministro de Justicia y del Derecho, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

II. **NORMA DEMANDADA**

El siguiente es el texto de la norma demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41946 de 31 de julio de 1995. Se subraya la parte acusada.

Ley 200 de 1995. (julio 18)

"Por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico"

DECRETA:

"Artículo 74.- Vigencia y Oportunidad del Nombramiento de Apoderado. El defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria sobre los hechos. La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual solo cabe el recurso de reposición":

III.**DEMANDA**

El ciudadano demandante considera vulnerados los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política. Para el demandante resulta indiscutible que el defensor como representante del presunto inculpado está facultado para presentar las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos que se investigan, pudiéndolo hacer en cualquier etapa del proceso, sólo de esa manera se garantiza el derecho al debido proceso, situación que está siendo conculcada por el aparte del artículo 74 de la Ley 200 de 1995 demandada, pues se niega la posibilidad de aportar las pruebas por intermedio de su apoderado, circunstancia que según el actor se desprende de una interpretación completa del artículo 74 ídem.

Aduce así mismo, que la norma demandada se encuentra en contradicción con lo preceptuado por el artículo 80 del Código Disciplinario Unico, pues esa norma garantiza en forma permanente el derecho de contradicción probatoria.

Considera que la norma acusada da la posibilidad de que la recepción de la versión espontánea sea discrecional del investigador, pues se otorga total autonomía al

funcionario indagador para que a su arbitrio decida si toma o no la versión que se solicita por el apoderado del presunto inculpado, con lo cual se restringe notablemente el derecho de defensa, pues la exposición voluntaria en sí misma es un acto de defensa "al poderse en ella, presentar pruebas, solicitar la práctica de las mismas y controvertir las que se alleguen en contra del disciplinado".

Finalmente, luego de citar algunas sentencias proferidas por esta Corporación, en relación con la declaratoria de inexequibilidad de algunas normas del Código Disciplinario Unico y, que a su juicio, tienen conexión con el artículo 74 ahora demandado, solicita el actor que en aras de la seguridad jurídica se realice la estructuración de la unidad normativa y consecuencialmente se ajuste a la Constitución la norma acusada de inexequibilidad.

2. **El problema jurídico**

2.1. Compete a la Corte dilucidar si, como lo afirma el demandante se conculca el derecho al debido proceso y a la defensa que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, con el aparte acusado del artículo 74 de la Ley 200 de 1995, que prevé la posibilidad de que se profiera una providencia negando la presentación de pruebas y la solicitud de versión voluntaria, por parte del defensor del servidor público en la indagación preliminar, providencia contra la cual cabe el recurso de reposición.

2.2. Las funciones que en un Estado de Derecho se desempeñan por los servidores públicos, son una actividad que en manera alguna puede ser arbitraria, ni dejarse librada al capricho del funcionario, sino que, siempre se trata de una actividad reglada, cuyo desempeño exige el sometimiento estricto a la Constitución, la ley o el reglamento.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, expresó que : "3.3.3. Precisamente por ello, el artículo 6 de la Carta preceptúa que los servidores públicos son responsables ante las autoridades cuando infrinjan la Constitución o las leyes, o cuando incurran en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma esta que guarda estrecha armonía con el artículo 124 de la misma, en cuanto este último ordena que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

3.3.4. Como tal responsabilidad puede ser de índole civil, penal o disciplinaria, ha de recordarse ahora que las modalidades de la misma son de naturaleza jurídica diferente, son independientes la una de la otra y, en virtud de ello, un mismo

hecho puede generar distintas consecuencias respecto de cada uno de los tipos de responsabilidad aquí mencionados.

3.3.5. El derecho disciplinario, entendido como un conjunto de principios y de normas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública, en el Derecho Moderno ha venido adquiriendo, cada vez más, una trascendental importancia, al punto que se erige como un ramo específico de la legislación que, sin perder sus propias características ni tampoco su objeto singular, guarda sin embargo relación en algunos aspectos con el Derecho Penal, con el Procedimiento Penal y con el Derecho Administrativo, como quiera que forma parte de un mismo sistema jurídico".

Y, de la misma manera, para precisar la distinción existente entre el proceso disciplinario y el proceso penal, la Corte, en sentencia C-244 de 30 de mayo de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló que "Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios".

En la misma dirección, cabe recordar que en sentencia C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, para explicar la razón de ser del derecho disciplinario, esta Corte, examinados los antecedentes de la Ley 200 de 1995, transcribió apartes de la exposición de motivos, en la cual se expresó entonces que "Es incuestionable que el Estado Colombiano debe tener un código o estatuto unificado para la realización del control disciplinario tanto interno como externo a fin de que la función constitucional se cumpla de manera eficaz y además, se convierta en herramienta eficiente en la lucha contra la corrupción administrativa" (Gaceta del Congreso, año IV, número 73, citada en la sentencia aludida).

2.3. Acorde con lo anterior, y en armonía con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política, según el cual el debido proceso es una garantía que ha de observarse en todos los procesos judiciales o administrativos, es claro para la Corte que en el proceso disciplinario ha de garantizarse el derecho a la defensa unitaria, continua y

permanente, esto es, en todas sus etapas, sin que ello signifique que en cada una de ellas los recursos que para impugnar las providencias se establezcan por el legislador deban ser los mismos, ni tampoco, que para decidir sobre la constitucionalidad de alguno de los artículos del Código Disciplinario, pueda ser considerado aisladamente, pues, como es obvio, de esa manera la interpretación primero y el juicio de constitucionalidad después, pueden resultar equivocados.

2.4. Como es suficientemente conocido, en el proceso disciplinario existen tres etapas claramente diferenciadas, a saber, la de la indagación preliminar, la de la investigación disciplinaria y la de la decisión.

En la primera, es decir, en la indagación preliminar, no existe ni siquiera certeza sobre la procedencia de adelantar la investigación, sino una duda sobre la existencia misma de la presunta falta, e igualmente, sobre la autoría y responsabilidad de la misma, razones estas que el legislador tuvo en cuenta para que, en tal estado de perplejidad inicial, en lugar de proferir un auto ordenando la apertura directa de una investigación disciplinaria, se opte más bien por realizar una "indagación preliminar" (art. 138 Ley 200 de 1995), cuyos fines específicos serán "...verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella" (art. 139 ibidem).

Del mismo modo, si de la indagación preliminar, de la queja o del informe respectivo sobre la presunta falta quien tiene a su cargo la investigación encuentra objetivamente demostrada "la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma ordenará la investigación disciplinaria", según el mandato contenido en el artículo 144 del Código Disciplinario, mediante auto de trámite.

2.5. En desarrollo de principios fundamentales al debido proceso, cuales son los de la publicidad, la imparcialidad y la contradicción, se dispuso por la ley que, desde el comienzo y para garantía del derecho de defensa el investigado "tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria" (art. 80 Ley 200/95), así como a ser oído en esta etapa para "presentar pruebas" y "solicitar versión voluntaria sobre los hechos" (art. 74 ibidem).

2.6. Desde luego, quien inicialmente asume el conocimiento de una posible irregularidad constitutiva de una presunta falta disciplinaria, si en esa etapa de averiguación administrativa, lo considera pertinente para los fines de la misma señalados por el artículo 139 del Código Disciplinario a que ya se hizo alusión, es quien tiene los elementos de juicio suficientes para decidir si accede a la petición que se le formula por alguien para que se le reciba versión voluntaria sobre los hechos,

así como para examinar si la presentación de pruebas en esa etapa de la investigación preliminar es pertinente o conducente.

No obstante, para evitar la arbitrariedad o el capricho en la decisión, si se deniega la solicitud de recibir versión voluntaria, o la de presentar algunas pruebas, el legislador le impone al funcionario que adelanta la indagación preliminar, el deber jurídico de decidir sobre cualquiera de las peticiones anteriormente mencionadas, "mediante providencia interlocutoria".

Ello significa, entonces que por ministerio de la ley, le corresponde motivar su decisión, esto es expresar las razones y los fundamentos de carácter fáctico y jurídico en que apoya su decisión, para que respecto de las mismas, cumplida así la publicidad, pueda entonces abrirse paso a la contradicción, haciendo uso de los medios de impugnación que al respecto se consagran por la ley.

2.7. En ese orden de ideas, y para satisfacer a plenitud el derecho de defensa, resulta claro que si en forma arbitraria se deniega la solicitud de comparecer desde el comienzo a la indagación preliminar a quien solicitó ser oído en versión libre, o se le priva en absoluto del derecho a presentar pruebas que puedan serle favorables a la indagación de los hechos en esta etapa, se vulneraría el derecho al debido proceso, razón esta por la cual el afectado con ese proceder autoritario tendría a su disposición la posibilidad de alegar la existencia de una nulidad en el proceso disciplinario, como quiera que el artículo 131 del Código Disciplinario Unico establece que son, entre otras, causales de nulidad "la violación del derecho de defensa", así como "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" (art. 131 Ley 200/95), nulidades que, aún no alegadas, deben ser declaradas de oficio, en cualquier etapa del proceso en que se adviertan por el funcionario encargado de la tramitación del mismo (art. 132 ejusdem), lo cual guarda armonía con lo dicho por la Corte en sentencia C-892 de 10 de noviembre de 1999, en la que actúo como ponente el magistrado que ahora lo es en este proceso, en la que, al analizar la constitucionalidad del artículo 119 del Código Disciplinario Unico expresó que : "Tanto en la etapa de indagación preliminar antes de que se le formulen cargos y durante el término de los descargos, el investigado podrá solicitar, en aras del ejercicio del derecho de defensa, la práctica de las pruebas que considere pertinentes, es decir, las que tengan relación con el tema y que permitan esclarecer los supuestos fácticos que dan origen al inicio de la investigación".

Igualmente ha de insistirse ahora que en la sentencia C-013 de 17 de enero de 2001, reitero la Corte su doctrina en el sentido de que no es "razonable ni proporcionada" la restricción normativa que deje "a la voluntad del funcionario investigador recibir

o no la exposición espontánea que solicita el investigado", pues éste si así lo solicita "deberá ser oído en versión espontánea, tanto durante la indagación preliminar como en la investigación".

De esta suerte, si la providencia interlocutoria a que se refiere el aparte final del artículo 74 acusado, resulta caprichosa o arbitraria, éste no se encuentra desprovisto de medio de impugnación adecuado para el ejercicio del derecho de defensa, pues, leído en conjunto y no en forma aislada el Código Disciplinario, puede solicitar la nulidad de lo actuado, o, más aún, en la hipótesis de que no lo solicite, tal nulidad puede ser declarada de oficio.

2.8. El legislador, para salirle al paso a una posible arbitrariedad del funcionario que adelante la investigación preliminar, contra la providencia que deniegue la recepción de la versión libre o la presentación de pruebas en esa etapa procesal, en el artículo 74 del Código Disciplinario estableció que contra la providencia interlocutoria que las deniegue, cabe el recurso de reposición. Ello por sí mismo, como salta a la vista, no hace inconstitucional el artículo 74 del Código Disciplinario.

A juicio del censor, lo que resulta vulneratorio del artículo 29 de la Carta, es que la norma deja al capricho del funcionario recibir o abstenerse de hacerlo la versión voluntaria en la indagación preliminar, lo que no es cierto, por las razones que ya se explicaron. Además, a su juicio, también es violatorio de la garantía constitucional al debido proceso que ante esa posibilidad del proceder arbitrario de quien adelanta la investigación preliminar sólo sea procedente el recurso de reposición.

Con todo, ello no es así, por cuanto, como ya se dijo, la providencia en cuestión ha de ser motivada, como quiera que es interlocutoria por ministerio de la ley, por una parte; y, por otra, en esa etapa del proceso, en que todavía no existe ni siquiera certeza sobre la existencia de la irregularidad que presuntamente configuraría una falta, ni mucho menos sobre la autoría y responsabilidad de la misma, conserva el legislador, a plenitud, la libertad de configuración para establecer el recurso o los recursos que contra ella proceden.

Es claro, que sobre el particular, uno puede ser el tratamiento en la fase de la indagación preliminar dadas sus características, y otro distinto el que el legislador establezca en la fase de la investigación disciplinaria, como en efecto acontece. Así, al paso que en el artículo 74 de la ley demandada, para la primera dispuso la ley que la negativa a recibir versión voluntaria sobre los hechos, o a presentar pruebas ha de ser motivada y que contra la providencia respectiva sólo cabe el recurso de reposición, en el artículo 102 de la misma ley, precisamente porque la naturaleza de la etapa

de la investigación disciplinaria es diferente a la primera dispuso que "El recurso de apelación es procedente contra el auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria y contra el fallo de primera instancia".

Ciertamente, son dos tratamientos diferentes, porque diferentes son las etapas de la indagación preliminar y la de la investigación disciplinaria y, como se observa, diferente también es la fase de decisión cuando se dicta fallo de primera instancia, el que también es apelable. La razón de orden constitucional, es transparente en grado sumo, pues no se vulnera el derecho a la igualdad al tratar de manera disímil situaciones distintas (art. 13 C.P.), de un lado, y, de otro, en ninguna norma constitucional se ordena al legislador establecer que contra todas las providencias interlocutorias es procedente la apelación, pues el artículo 31 de la Constitución solamente dispone que la apelación o la consulta son propias de toda sentencia judicial, salvo las excepciones que consagre la ley, pero en manera alguna ordena que toda providencia interlocutoria deba ser objeto de apelación.

2.9. Por lo expuesto anteriormente, ha de concluirse entonces que el artículo 74 de la Ley 200 de 1995, en el aparte acusado, no es en manera alguna una autorización del legislador a desconocer el derecho del eventualmente inculpado a ser oído, pues, como se vio, en ese caso el artículo 131 ibidem, fulmina con la sanción de nulidad de toda la actuación, precisamente en guarda de la garantía constitucional al debido proceso y, la circunstancia de que la decisión a que se refiere la parte final del artículo 74 acusado, deba ser motivada y que contra ella quepa el recurso de reposición únicamente, resulta razonable por la índole misma de la etapa de indagación preliminar y, en tal virtud, no se vulnera la Constitución.

2.10. Agrégase a lo dicho que el artículo 54 de la Ley 200 de 1995, ordena al funcionario a cuyo cargo se encuentre un proceso disciplinario, darlo por terminado, en cualquier momento, cuando aparezca demostrado que el hecho atribuido no ha existido, o que no está previsto como falta disciplinaria, o que existe causal de justificación, o que por cualquier otra circunstancia de orden legal tal proceso no podía iniciarse o proseguirse, norma que también resulta aplicable, como es obvio a la etapa de la indagación preliminar.

VII. **DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE la expresión "La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual sólo cabe el recurso de reposición", contenida en el artículo 74 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico).

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Salvamento de voto a la Sentencia C-175/01

Con el acostumbrado respeto, los suscritos magistrados nos apartamos de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia. Manifestamos las razones por las cuales salvamos nuestro voto, de la siguiente manera:

El problema jurídico consiste en determinar si el recurso de reposición contra el auto que niega la presentación de pruebas y/o la solicitud de rendir versión voluntaria en la indagación preliminar del proceso disciplinario es un mecanismo que garantiza suficientemente el derecho fundamental al debido proceso.

Estimamos que ello no es así, por las siguientes razones:

El debido proceso sustancial se debe garantizar, desde una perspectiva constitucional, asegurando que los procedimientos creados por el legislador otorguen a las partes los recursos y mecanismos necesarios para hacer efectivas las garantías que les confiere el ordenamiento. En particular, el procedimiento debe asegurar el principio de audiatur et altera pars, el derecho de contradicción y los principios de eficiencia y economía.

El legislador no puede restringir los mecanismos legales necesarios para hacer efectiva la garantía del debido proceso sin dilaciones injustificadas, consagrada explícitamente en la Constitución.

El recurso de reposición contra el auto que niega las pruebas en la indagación preliminar disciplinaria no constituye un mecanismo idóneo, adecuado y suficiente para preservar el debido proceso imparcial y basado en fundamentos jurídicos objetivos en esta etapa.

Si bien la negativa a recibir ciertas pruebas puede ser controvertida durante la etapa de investigación, el derecho al "debido proceso sin dilaciones injustificadas" (art.

29 C.P.) implica que el legislador, al regular el procedimiento disciplinario debe imponer a los órganos de control del Estado la obligación de resolver la situación del implicado procurando causarle el mínimo de daño posible. Esta subregla constitucional admite como única excepción que haya una causa que justifique una dilación del procedimiento, la cual no está presente en la norma demandada.

1.El debido proceso sustancial frente al debido proceso formal

Los procedimientos judiciales y administrativos, como formas de actuación del Estado frente a los particulares, son inherentes al Estado de Derecho típicamente liberal. Son, desde una perspectiva formal, una consecuencia necesaria del principio de legalidad. La consagración legal previa de un procedimiento de acción estatal, es un requisito necesario para impedir que la acción del Estado se reduzca al arbitrio del funcionario encargado de llevarlo a cabo. Por otra parte, sin embargo, en un Estado fundamentado en la dignidad de la persona humana, calificar un determinado proceso como "debido" significa algo más que el sometimiento estatal a unas reglas y rituales consagrados en la ley, pero alejados de las garantías materiales. Aunque formalmente el debido proceso surge como una emanación del estado de derecho, desde una perspectiva constitucional, no se agota en el principio de legalidad.

Si se pretende que este derecho fundamental tenga un contenido, el juez constitucional debe asegurar que la ley otorgue a las partes los recursos de acción, defensa e impugnación en medida suficiente para que se les permita hacer efectivas todas aquellas garantías consagradas en el ordenamiento jurídico.

Si tales recursos procedimentales establecidos legalmente son insuficientes para materializar las garantías respectivas, se está rompiendo la correlación que debe existir entre el proceso formal, contenido en la ley, y el debido proceso sustancial, como derecho consagrado constitucionalmente, y se le está dando prioridad a una concepción arbitraria del poder público, y se está trastocando la jerarquía de valores inmanente a la Constitución.

Por lo tanto, al fijar el conjunto de recursos y facultades procesales disponibles a las partes en un determinado procedimiento, el legislador está obligado a observar las garantías sustanciales establecidas explícitamente en la Constitución para el tipo de actuación que pretenda regular. Adicionalmente, tiene también restricciones que derivan ya no de los contenidos constitucionales explícitos del debido proceso, sino de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

2.Las fuentes constitucionales de las restricciones a la libertad del legislador para

establecer procedimientos: la regulación constitucional de los contenidos sustanciales del debido proceso

Esta distinción entre las restricciones que surgen de las garantías explícitamente consagradas en un texto de la Constitución referido al tema en concreto y aquellas que son consecuencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aplicables a toda la actividad estatal es relevante para determinar el alcance de la potestad de configuración del legislador y, en consecuencia, también para definir la forma cómo se debe llevar a cabo el análisis de constitucionalidad. La medida en que las garantías se encuentren explícitamente desarrolladas en la Constitución determina el grado de discrecionalidad de configuración legislativa y, por lo tanto, el nivel de rigor en el análisis de constitucionalidad. Si el constituyente le dio un contenido material y un alcance determinado al debido proceso, no puede el legislador restringirlos o modificarlos, sin cambiar la Constitución.

De tal modo, la labor del juez constitucional debe ser más rigurosa en la medida en que cuente con unos parámetros explícitos para llevar a cabo su función. Por otra parte, ante la ausencia de un referente constitucional explícito, el grado de discrecionalidad de la labor legislativa y, por consiguiente, el análisis constitucional de la razonabilidad y proporcionalidad de la norma depende del valor que la Carta le asigne a los bienes jurídicos que estén siendo ponderados, dándole siempre un margen más o menos amplio al legislador para que, como órgano de representación popular, pueda regular los procedimientos judiciales y administrativos.

Con todo, el ámbito de aplicación de las garantías del debido proceso explícitas en la Constitución puede ser general por ejemplo, el derecho a presentar pruebas, que opera tanto en los procesos judiciales, como en los procedimientos administrativos, o específico, aplicable a una especie de procedimiento particular, como el principio de favorabilidad de la ley en el proceso penal. Ahora bien, al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha afirmado, desde sus inicios, que aun cuando las disposiciones constitucionales utilicen términos que parezcan restringir ciertas garantías procesales al ámbito penal, éstas deben interpretarse en un sentido amplio, y no puede entenderse que las mismas carezcan de asidero constitucional en otros procesos, en la medida en que sean compatiblesSentencia T-413/92 refiriéndose al término “pena”, contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución dijo: “Debe entenderse, por supuesto, que la norma constitucional hace referencia también a sanciones distintas a las penales.

El término pena ha de entenderse aquí en su sentido extenso, como toda sanción que le sea desfavorable a la parte que la está apelando.” Así también la Sentencia

C-479/92, refiriéndose al principio del "non bis in idem": "El enunciado principio no es aplicable únicamente a la materia penal sino también a la administrativa en cuanto, según ya se dijo, forma parte de las garantías que integran el debido proceso, expresamente exigido por el artículo 29 de la Carta como de ineludible aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".''

En aquellos casos en que la Carta no determina directa o indirectamente a qué procesos es aplicable una garantía en particular, debe entenderse que ésta se debe aplicar a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

3.El derecho a presentar pruebas y solicitar versión voluntaria en la etapa de indagación preliminar del proceso disciplinario: la apelación como garantía.

El derecho a presentar pruebas, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas y la imparcialidad en el procedimiento, son garantías generales, cuyo carácter sustancial se deriva del texto mismo de la Constitución y que son aplicables a todos los procedimientos administrativos y judiciales, máxime en aquellos en que el resultado puede ser la imposición de una sanción. En tal medida, la labor del legislador consiste en garantizarlas, sin que sea posible dejar de hacerlo, so pretexto del ejercicio de su discrecionalidad política en la configuración en la regulación del procedimiento.

La Sentencia se apoya en la consideración de que al permitírsele al inculpado el recurso de reposición contra el auto que niega la versión voluntaria y la solicitud de pruebas no se está impidiendo el ejercicio del derecho a aportar pruebas. En nuestro parecer, el ejercicio de este derecho no debe limitarse a consagrarlo como una posibilidad formal, pero restringida a la voluntad de un funcionario, cuya decisión sea susceptible de controversia sólo ante él mismo. Esto no implica presumir su mala fe, ni imponerle al funcionario la obligación de aceptar las pruebas o la versión voluntaria sobre los hechos, sino asegurarle al disciplinado que su derecho a presentarlas o a controvertir las allegadas en su contra, va más allá de la voluntad del funcionario que previamente le negó tales posibilidades. La razón de ser de los recursos judiciales y administrativos, y en particular del recurso de apelación, es garantizar que el contenido del acto impugnado es conforme a derecho, superando así la concepción voluntarista y subjetiva del poder del Estado. Por lo tanto, el recurso de apelación está encaminado a asegurar que sobre las decisiones judiciales o administrativas exista un mayor grado de certeza jurídica.

4. El debido proceso sin dilaciones injustificadas en el procedimiento disciplinario: alcances

Por otra parte, es cierto que dentro de la etapa de investigación disciplinaria, el inculpado tiene una nueva oportunidad para aportar pruebas y para solicitar la nulidad del procedimiento disciplinario por violación del derecho de defensa. ¿Porqué entonces es constitucionalmente exigible el recurso de apelación contra el auto que las niega en la indagación preliminar?

En virtud de otra de las garantías que hacen parte del debido proceso sustancial, que implica que durante el procedimiento no puede haber dilaciones injustificadas. ¿Tiene esta garantía el alcance de hacer constitucionalmente exigible el mencionado recurso de apelación en la etapa de indagación previa? Sí. Esta garantía parte del supuesto de que la contingencia de los procedimientos judiciales o administrativos implica una carga, y en algunos casos una lesión para las partes, especialmente cuando se está determinando su responsabilidad penal o disciplinaria. En tal medida, por mandato de la Constitución, el legislador, al fijar el procedimiento disciplinario, debe optar por la alternativa menos gravosa, salvo que exista una causa justificada para ello. En el presente caso, la norma niega el recurso de apelación, impidiendo el ejercicio de un recurso que podría resultar en la absolución expedita del funcionario disciplinado, sin que para ello medie justificación alguna. La Sentencia avala esto sin entrar a analizar si existe una razón constitucionalmente válida para restringir el acceso a recursos diferentes al de reposición contra el auto que niega las pruebas aportadas y la solicitud de rendir versión voluntaria. Se limita a asumir acríticamente que es al funcionario investigador a quien corresponde determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas:

"Para la Corte, el hecho de que el funcionario investigador profiera una providencia negando las pruebas aportadas por el defensor del presunto inculpado, no vulnera el artículo 29 de la Carta Política, pues como se vio, a él le corresponde analizar la conducencia y pertinencia de la prueba en aras de preservar el ejercicio de la función pública de conformidad con los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad (art. 209 C.P.); además como lo dispone la norma acusada, se trata de una providencia susceptible de ser impugnada mediante la interposición del recurso de reposición, en el evento de que se observe restricción de las garantías que tiene el presunto inculpado a presentar pruebas y contradecir la que se alleguen en su contra …" (Fundamento 2.2)

Por otra parte, tampoco se percata de que los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución son a la vez principios que se predican de los procesos disciplinarios. Principios que, en el proceso disciplinario, se traducen en verdaderas garantías sustanciales del debido proceso para el funcionario disciplinado. El carácter garantista que adquieren estos

principios de la función administrativa en el proceso disciplinario es un mandato constitucional que va más allá de una concepción vacía de la eficacia, la economía procesal, la celeridad y la imparcialidad, ubicando el respeto por la dignidad de la persona humana como razón de ser de la actividad estatal. Esta es la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto al particular:

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juiciSentencias C-150/93 M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C- 412/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar."

"En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse -eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción." Sentencia C-430/97 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

Resulta desafortunado, por lo tanto, que la Corte haya modificado la interpretación de tales principios en esta decisión, en detrimento de la labor jurisprudencial que ha venido desarrollando en defensa de los derechos y garantías constitucionales en los procedimientos administrativos y en los procesos judiciales.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL. Magistrado
CARLOS GAVIRIA DIAZ. Magistrado
JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

CONCLUSIONES

El Tribunal Seccional de Ética Medica del Valle da por existentes dos pruebas que para la defensa de la encartada son cruciales. En los casos supone que las pruebas existen como tales, sin encontrarse materialmente en el expediente, incurriendo en lo que posteriormente puede dar lugar a errores graves de hecho.

Por lo anterior, el Tribunal Nacional de Ética Medica considera que la defensa de la doctora L.A.R. tiene razón respecto del aporte material de las dos pruebas solicitadas. Exhorta esta superioridad al Tribunal seccional de Ética Médica del Valle a decretar las pruebas solicitadas de manera expedita, pues se encuentra cercano el término de prescripción del actual proceso, por las consideraciones hechas en el aspecto de dilaciones del mismo.

Con las pruebas que se alleguen, el tribunal seccional tomará las decisiones que correspondan

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. Se ordena al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, practicar las pruebas solicitadas por la defensa de la doctora L.A.R.R.. ARTÍCULO SEGUNDO. Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.
FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente (E.); FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1337 DEL VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No. 1645-11 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca
DEMANDADO: DOCTOR J.H.B.R.
DENUNCIANTE: SEÑOR W.A.P.R.
PACIENTE: SEÑOR J.R.P.
ASUNTO: Apelación a decisión que niega pruebas

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 83-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Medica del Valle del Cauca, mediante providencia de 25 de mayo de 2016, declara que existen méritos para formular cargos contra el doctor J.H.B.R., identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en … y tarjeta profesional número …. del Ministerio Nacional de Salud por hechos ocurridos en agosto de 2011 y denuncia presentada el 14 de octubre de 2011.

El 29 de junio de 2016 el médico implicado rinde diligencia de descargos por escrito, a través de su apoderado, quien solicita unas pruebas y, mediante providencia del 3 de agosto del mismo año, el tribunal de primera instancia decide negar dichas pruebas. El 10 de agosto de 2016 el defensor del disciplinado interpone recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la providencia que niega las pruebas.

El recurso de reposición es negado por el juez acquo el 31 de agosto de este año y concede el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica,

el cual recibe el expediente el 16 de septiembre y lo reparte mediante sorteo de cuádruple azar al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

El día 14 de Octubre de 2011, el señor W.A.P.R., identificado con cédula de ciudadanía número …. expedida …., en condición de hijo del señor J.R.P. identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en …., elevó denuncia ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca en contra del doctor J.H.B.R., identificado con cédula de ciudadanía número … expedida en …y tarjeta profesional número …. del Ministerio Nacional de Salud, por expedición de certificado falso.

El paciente en mención, de 72 años de edad, padecía de enfermedad de Alzheimer, enfermedad de Parkinson, enfermedad cerebro-vascular que lo llevó a confinarlo en cama permanentemente, en donde presentó escaras en caderas y talones.

El 28 de febrero de 2011 el paciente ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Comfamiliar de La Virginia (Risaralda) y posteriormente fue remitido a la Clínica Comfamiliar de Pereira, en donde luego de numerosos tratamientos fue remitido a cuidado ambulatorio en el hogar.

De esa ubicación fue necesario trasladarlo a la ciudad de Cali, debido a extorsión de la persona que cuidaba del enfermo, señora L.M.P.R.. En esa ciudad se efectuó contacto con la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A., para continuar con el servicio de hospitalización en casa y, para tales efectos le fue asignada la empresa HOSPIMED COLOMBIA LTDA.

El médico domiciliario C.T., empleado de dicha HOSPIMED COLOMBIA LTDA, cuando fue inquirido respecto de la provisión de cama hospitalaria, servicio de enfermería, medicamentos, insumos de varios tipos y pañales, recomendó que los tramitara a través de acción de tutela, la cual fue amparada por el Juez 16 Penal Municipal de Cali e impugnada por la EPS en cuestión, con base en un concepto del doctor J.H.B., quien expresó que el enfermo no necesitaba dichos servicios.

Debe anotarse que el doctor B. era, además de médico domiciliario de la empresa HOSPIMED COLOMBIA SA, el dueño de la misma y jamás volvió a visitar al paciente P. por estos motivos, el quejoso solicitó al tribunal seccional practicar investigación respecto de la conducta del médico B.

El Tribunal de Ética Médica del Valle emitió auto de apertura de Investigación el 2 de noviembre de 2011.

El siguiente acto procesal es del 3 de agosto de 2015, es decir, CUATRO AÑOS DESPUES DE LA APERTURA DE LA INVESTIGACION y consiste en una citación a diligencia de ampliación de la queja, la cual se llevó a cabo al día siguiente, es decir, el 4 de agosto de 2015.

La asistencia del médico B.R. logró obtenerse el 18 de febrero de 2016, es decir SEIS MESES DESPUES DE LA APERTURA TARDIA DE INVESTIGACION POR PARTE DEL TRIBUNAL SECCIONAL.

El tribunal seccional, tal como se aprecia a folio 264 del cuaderno principal del expediente, decide abrir PLIEGO DE CARGOS en contra de B.R el 25 de mayo de 2016, es decir TRES MESES DESPUES DE LA DILIGENCIA DE VERSION LIBRE DEL INVESTIGADO.

El 27 de mayo de 2016, el investigado fue notificado por el tribunal de primera instancia de su citación a diligencia de descargos. Su defensor, Abogado GUILLERMO RENGIFO GARCIA, identificado con cédula de ciudadanía numero 16.738.033 de Cali y TP numero 77629 del HCSJud presentó solicitud de cambio de fecha de dicha diligencia, por encontrarse citado a una audiencia de conciliación penal en la ciudad de Villavicencio (Meta).

El día 28 de junio, este defensor tacha de falsas las pruebas contenidas a folios 006 (Nota de historia clínica y recomendaciones del doctor B.R), 007 Y 008 (criterios de valoración para asignación de auxiliar de enfermería), 009 (fórmula firmada por B.R.), 0128 y 141 (copias de las mismas notas), pues los desconoce el médico disciplinado como obra de su autoría.

Solicita entonces varias pruebas para continuar el proceso, así:

- Original de la historia clínica del señor J.R.P. a la SOS centro de documentación
- Examen grafológico y documentologico de los folios 0007-0008 y 0009 por parte del Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
- Documentos originales firmados por el encartado para cotejarlos con las firmas que aparecen en los documentos tachados de falsos
- Interrogatorio de parte del señor W.A.P.R.

El tribunal acquo efectuó una serie de consideraciones para negar dichas pruebas y las negó, otorgando el recurso de apelación en relación a la práctica de las mismas. Esto ocurrió el 31 de agosto de 2016, es decir, a menos de un mes de cumplirse el término de prescripción de la acción disciplinaria médica.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA.

Es lógico pensar que, para que exista una adecuada administración de justicia, debe apoyarse una decisión judicial en pruebas perfectamente aportadas al proceso y que no dejen la menor duda de dicha decisión.

Y cuando una pruebas han sido tachados de FALSAS por la contraparte, lo menos que debe hacer el tribunal de primera instancia es aclarar dicha acusación, para no tomar decisiones que no estén apoyadas en derecho.

Lo grave de este asunto, es que ese ponente dejó transcurrir de manera inexplicable y de forma inexcusable, unos lapsos de tiempo que no se pueden justificar de ninguna manera y que producen una profunda molestia en el seno de este tribunal de segunda instancia.

Veamos de nuevo:

El Tribunal de Ética Médica del Valle emitió auto de apertura de Investigación el 2 de noviembre de 2011.

El siguiente acto procesal es del 3 de agosto de 2015, es decir, CUATRO AÑOS DESPUES DE LA APERTURA DE LA INVESTIGACION y consiste en una citación a diligencia de ampliación de la queja, la cual se llevó a cabo al día siguiente, es decir, el 4 de agosto de 2015.

La asistencia del médico B.R. logró obtenerse el 18 de febrero de 2016, es decir SEIS MESES DESPUES DE LA APERTURA TARDIA DE INVESTIGACION POR PARTE DEL TRIBUNAL SECCIONAL.

El tribunal seccional, tal como se aprecia a folio 264 del cuaderno principal del expediente, decide abrir PLIEGO DE CARGOS en contra de B.R. el 25 de mayo de 2016, es decir TRES MESES DESPUES DE LA DILIGENCIA DE VERSION LIBRE DEL INVESTIGADO.

Esto no puede explicarse de ninguna manera y es una preocupación para los tribunales de ética médica de todo el país, que en sede de un tribunal de la talla del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle, se presente semejante descuido procesal, que no puede atribuirse a cosa diferente a la negligencia del Magistrado Instructor y del Secretario Abogado que asesora a esa entidad.

Debemos entonces hacer mención a dos aspectos: El probatorio del proceso ético disciplinario y las dilaciones injustificadas que se presentaron.

I - **EL ASPECTO PROBATORIO GENERAL**

. En la Ley 600 de 2000, código procesal que precedió al actualmente vigente en relación con ésta temática dispuso:

" ARTICULO 232. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado. En esta norma claramente se dispone que debe existir un nexo irrompible entre lo decidido por el juez en sus providencias y la capacidad probatoria de las pruebas que estén dentro del proceso, legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

Surge igualmente con meridiana claridad que la providencia que dicta el juez solo puede tener fundamento y sostenibilidad en las pruebas existentes dentro del proceso. En el segundo inciso, se dispone medida garantista en favor de los ciudadanos al imponerse que la sentencia condenatoria solo puede producirse cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, disposición respetuosa del canon constitucional relacionado con la presunción de inocencia y uno de sus derivados: el in dubio pro reo.

En el artículo 233 se enuncian los medios de prueba, creándose a renglón seguido la libertad probatoria, en cuanto a que se dispone en el segundo inciso que se pueden producir dentro del proceso medios de convicción no incluidos en la enumeración que se hace en dicha norma.

Esta libertad probatoria indica, que además de los seis medios probatorios enunciados y regulados en la codificación, el funcionario y las partes procesales pueden recurrir a medios probatorios distintos, con la única limitación de que su práctica no puede generar violación a los derechos fundamentales. En tal sentido se dispone:

“ ARTICULO 233. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

En el artículo 234, se consagra el deber de imparcialidad que tiene el juez en la búsqueda de la prueba, indicándose con precisión, que su único deber es con la búsqueda de la verdad real de los hechos motivo de investigación. Lo anterior nos indica que los jueces no puede predeterminar sus investigaciones y procesos con un objetivo previamente seleccionado: condena o absolución, sino que su objetivo es la búsqueda de la verdad, es por ello que con el mismo celo y esfuerzo debe investigar las circunstancias demostrativas de la existencia de la conducta punible, o las que agraven, atenúen o exonerar de responsabilidad al procesado y las que busquen demostrar su inocencia.

Si el funcionario debe ser imparcial en la búsqueda de la prueba, que solo debe estar orientado al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, es de lógica elemental concluir que igualmente debe ser imparcial en el análisis y valoración de las pruebas, de tal manera que su decisión, sea el trasunto de las pruebas que están en el proceso y de su contenido, es decir, de lo que ellas prueban. En tal sentido se estipula:

“ ARTICULO 234. IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia.

En ese artículo 235, se consagra la potestad para el juez de rechazar pruebas, pero ese rechazo está condicionado y limitado a las pruebas ilegales, las prohibidas o ineficaces y las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las que se consideren como superfluas.

Esta disposición nos indica, todas las otras pruebas que no estén dentro de las enumeradas, deben ser analizadas y valoradas por el juez al tomar su determinación. En tal sentido se dispone:

“ ARTICULO 235. RECHAZO DE LAS PRUEBAS. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

La anterior disposición está imponiendo al juez el deber de analizar y valorar la totalidad de la prueba, con la única excepción de las que estén enumeradas en esta norma y que no son otras que:

A) Las pruebas ilegales;
B) Las prohibidas o ineficaces;
C) Las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y
D) Las que se consideren como superfluas.

Por deducción lógica del contenido normativo que se analiza, al juez de manera imperativa le corresponde analizar y valorar todas las pruebas que estando en el proceso hayan sido legalmente practicadas, las que no estén prohibidas por la ley y que sean eficaces para lo que se pretende demostrar, las que sean pertinentes, por tener relación directa o indirecta con los hechos investigados y que no son superfluas. En el artículo 237 se consagra la libertad probatoria, entendiendo por tal, que el juez puede dar por probada los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y de atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquier medio probatorio, a menos que la ley exigiese prueba especial y específica, siempre y cuando se respeten los derechos humanos de los intervinientes.

Lo anterior quiere decir, que la muerte ocasionada a una persona, se demuestra generalmente con el acta de levantamiento del cadáver y la necropsia, pero podría ser demostrada testimonialmente o documentalmente, por medio de fotografías o por medio de un video, o por cualquier otro medio probatorio que lleve al conocimiento del juez la certidumbre de que una persona murió como consecuencia de la acción o de la omisión de otra persona. En tal sentido se dispone:

“ ARTICULO 237. LIBERTAD PROBATORIA. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

En el artículo 238 se consagra la libertad de apreciación probatoria, pero es una libertad relativa y condicionada, en cuanto a que deben ser valoradas todas en su conjunto y ello debe hacerse de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es de conformidad con las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia.

Pero no basta la apreciación del acervo probatorio en su conjunto, sino que el juez debe asignarle a cada medio de prueba el mérito probatorio de la misma, y ello debe hacerse razonadamente, es decir, explicándose porque se le da credibilidad a un medio de prueba y porqué se le niega capacidad probatoria a otro medio de convicción.

Lo anterior quiere decir que al juez no le está permitido omitir la apreciación y valoración de una prueba guardando silencio respecto de ella, porque eso constituiría un error in indicando, concretamente un falso juicio de existencia por omisión probatoria, atacable en el recurso extraordinario de casación, error que al ser en aspecto trascendente sería suficiente para " casar ", la sentencia, esto es romperla, destruirla, para dictar un nuevo fallo de reemplazo, que sustituya la originalmente dictada por los jueces de instancia. En tal sentido se dispone:

" ARTICULO 238. APRECIACION DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

En el Código procesal actualmente vigente, ley 906 de 2004, con algunas modificaciones más que todo gramaticales, se conserva la misma filosofía probatoria, en relación a cuál es el objetivo de la investigación y de la prueba, en cuanto a la libertad probatoria y de apreciación de los medios de convicción y los límites legalmente impuestos a ésta última función judicial.

En el artículo 372 se dispone que el objetivo de las pruebas es llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias que fueron motivo de acusación y lo relacionado con la responsabilidad del acusado. Lo anterior quiere decir, sin que gramaticalmente aparezca consignado, que el proceso tiene por objeto del descubrimiento de los hechos investigados en su versión histórica y los medios de convicción de llevar ese conocimiento al juez, para que tome las determinaciones que considere pertinentes. En tal sentido se dispone:

" ARTÍCULO 372. FINES. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los

de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

En el siguiente artículo se consagra la libertad probatoria, en cuanto que los hechos investigados pueden ser probados por cualquier medio probatorio regulado en el código o por cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

" ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Se determina o consagra la necesidad de que la prueba sea pertinente, esto es que esté referida de manera directa o indirecta con la conducta delictiva, o a la identidad o responsabilidad del acusado. De hecho, sin decirlo se descarta la prueba impertinente. En tal sentido se dispone:

" ARTÍCULO 375. PERTINENCIA. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito. En el artículo 376 se determina que toda prueba pertinente es admisible, salvo las excepciones que allí se consagran. Lo anterior quiere decir, que toda la prueba que siendo pertinente sea practicada en el juicio debe ser analizada y valorada por el funcionario judicial, lo que también significa que el juez puede rechazar o inadmitir las pruebas ineficaces, las impertinentes y las superfluas. En tal sentido se dispone:

" ARTÍCULO 376. ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.
Se dispone en el artículo 380 que los medios de convicción debe ser apreciados y valorados en conjunto y los criterios de valoración de cada uno de ellos deberán ser destacados, es decir que se exige al igual que en el anterior código tanto la apreciación probatoria del acervo probatorio en su conjunto, como de las pruebas individualmente consideradas. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

En el artículo 381 se establece como exigencia de la sentencia de condena que se debe haber llegado al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la conducta delictiva y de la responsabilidad del acusado, todo ello fundado en las pruebas debatidas en el juicio. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

En el artículo 382 se enumeran los medios de conocimiento, estableciéndose que los hechos pueden ser demostrados por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 382. MEDIOS DE CONOCIMIENTO. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Pero además de lo anterior, previamente se había dispuesto en las normas rectoras el deber de excluir las pruebas ilegales o ilícitas al determinarse:

“ ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

“ARTÍCULO 360. PRUEBA ILEGAL. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Es la consagración del principio de rechazo de la prueba ilícita y de la teoría anglosajona del " fruto del árbol envenenado ", según la cual, la ilicitud y su correspondiente exclusión se extiende a la derivada de la prueba ilícita.

En el artículo 360 se consagran igualmente la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios probatorios, dentro de los que quedan los inadmisibles por ilicitud probatoria, los impertinentes, los inútiles, los repetitivos o encaminados a probar los hechos notorios o los que no requieran prueba y obviamente los que no fueron descubiertos oportunamente, es decir que fueron presentados extemporáneamente:

" ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Artículo CONDICIONALMENTE exequible Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209-07 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda, "en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba".

Lo anterior quiere decir, que las pruebas que no tienen ninguna de las anteriores tachas, deben ser necesariamente apreciadas y valoradas por el juez y cuando rechace, inadmita o excluya un medio de convicción tiene que explicar oralmente y de manera razonada, los motivos por los cuales toma tal determinación, decisión que como es apenas obvio, es recurrible por los intervinientes que se consideren afectados con tal decisión.

Del rápido análisis normativo de las legislaciones anteriores, ha de concluirse, el deber de los jueces de apreciar y valorar las pruebas que no tienen tacha de ilegalidad, impertinencia, superfluas, extemporaneidad, inutilidad, o repetitivas, porque, el juez en su ejercicio de la apreciación probatoria debe dictar sus decisiones conforme a los medios de convicción que estén dentro del proceso, sin que pueda

omitir la consideración de las que existen, pero tampoco puede suponer la existencia de pruebas que no están dentro del proceso, solo puede contar con los medios que están dentro del proceso, puesto que como lo sostiene ese viejo proverbio jurídico: " Lo que no está en el proceso no existe para el mundo ", queriendo indicar que el juez, pese a que tiene la libertad de apreciación probatoria, está condicionado y limitado a las pruebas que existen dentro del proceso, siempre y cuando se hayan allegado o producido dentro de los términos legales, y siempre y cuando sean pertinentes y conducentes. Este paradigma probatorio le impide al juez suponer pruebas que no existen dentro del proceso, de la misma manera que le impone el deber de apreciar " todas " las pruebas, por tanto no puede omitir la apreciación de valoración de aquellas pruebas que siendo conducentes y oportunamente allegadas o producidas dentro del proceso, sean conducentes y pertinentes con los hechos o conductas motivo de investigación.

II - **LAS PRUEBAS EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES**

1 - **LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACION PRELIMINAR**

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral. De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:
a - Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral.

b - Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango

c- Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

- Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.
- Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno

positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa- El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y
bb- que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa - No deber causar grave perjuicio indebido,
bb - Ni generar confusión,
cc - Ni exhibir escaso valor probatorio,
dd - Ni ser dilatoria del procedimiento .
d- Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

2- **LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACION FORMAL**

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

- Si se ha infringido la ley de Ética Médica
- Quienes o quien son los autores del hecho.
- Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
- Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales.

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial)

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

• Interlocutoria
• Motivada
• Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia. Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.
• Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
• La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva
• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

3. **PRUEBAS EN EL JUICIO.**

En el juicio penal, El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio. El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

III - RESPECTO DE LA PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD Y AUTENTICACION DE LA PRUEBA

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (Prov 28-2015. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.) se expresó, refiriéndose al módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

. A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:
(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. Pertinencia
Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente:

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

_ Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y

_ A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables. La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina por se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión. El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

IV- **DILACIONES INJUSTIFICADAS**

En el proceso 1777 del Tribunal Seccional de Ética Medica de Bogota, mediante providencia 42-2003 que resuelve la apelación, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se consigna:

"...Lo que sí llama poderosamente la atención de este Tribunal es la injustificada demora en entregar el proceso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá por parte de la autoridad seccional de Salud, en este caso la Secretaría de Salud.
.....
Por esto, existe una clara dilación en el proceso por parte de los funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito encargados de solicitar la investigación planteada por la denunciante, ANA SOFIA ALVARADO MONTAÑO Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad" . El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional.

Esta disposición se corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre esas garantías se contempla el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas" (artículos 29 inciso 4 de la Constitución; 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14-3-C Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La legislación procesal penal establece términos dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, y cuya dimensión debe estar condicionada por factores tales como "la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad, el grado de complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado , desconociendo sus derechos fundamentales. "Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada". La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y asi lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad"

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

Por lo anterior, deberá enviarse copia de este expediente a la Procuraduría General de la Nación, Seccional Valle del Cauca, para que investigue esta inexplicable negligencia de quienes intervinieron en la decisión de primera instancia.

V- **RESPECTO DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA Y NEGADAS POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA.**

Basados en la primera consideración de la ratio decidendi de esta providencia, esta superioridad determina que no es aceptable negar unas pruebas que van a sustentar una objeción de tacha de falsedad de otras pruebas que hacen parte del proceso original en este caso.

Por esta razón esta superioridad debe revocar esa decisión del acquo, pues de no hacerlo, la decisión a tomar (en caso hipotético, pues ya la prescripción está ad portas de haber cumplido su tiempo) no estaría basada en la certeza judicial de haber administrado justicia de manera diáfana e impecable.

VI- **CONCLUSIONES**

A- No se acepta la decisión de negar pruebas en relación con una tacha de falsedad del aparato probatorio de la primera instancia

B- Las dilaciones que se presentaron en este proceso son absolutamente injustificadas y requieren la compulsa de copias a la Procuraduría Seccional del Valle, para que investigue las causas de este fenómeno.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA, en uso de sus facultades legales

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Revocar la decisión del TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MEDICA DEL VALLE DEL CAUCA al no aceptar las pruebas solicitadas por la defensa del médico J.H.B.R., identificado con cédula de ciudadanía número …. expedida en …y tarjeta profesional número …. del Ministerio Nacional de Salud. ARTICULO SEGUNDO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca practicar las pruebas solicitadas por la defensa del médico investigado. ARTICULO TERCERO. Compulsar copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación, Seccional Valle, para que, si lo considera conveniente, se sirva investigar la razón de estas dilaciones en este proceso. ARTICULO CUARTO. Contra la presente decisión no caben recursos. ARTICULO QUINTO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente - Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; GABRIEL LAGO BARNEY
, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, Septiembre treinta (30) del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1243 DEL TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 1125 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda
Contra: Doctora M.C.O.G.
Denunciante: Sra A.M.H.D.
Asunto: APELACIÓN ANTE NEGATIVA DE PRUEBAS

Magistrado ponente : FERNANDO GUZMÁN MORA
Providencia No. 90-2014

VISTOS

El 25 de agosto de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío, negó la practica de unas pruebas testimoniales en el caso de la investigación en contra de la doctora M.C.O.G.

El 1 de septiembre del mismo año, la apoderada de la médica implicada interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, solicitando el decreto de práctica de dichas pruebas. La reposición fue negada por el tribunal seccional el 8 de septiembre y concedió la apelación ante el juez ad quem.

El 12 de septiembre se recibe el expediente del caso en esta superioridad, correspondiendo por sorteo el 16 del mismo mes al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

La Señora A.M.H.D., identificada con cédula de ciudadanía número … de .., de profesión odontóloga, acudió al consultorio de la doctora M.C.O.G., identificada con cédula de ciudadanía número … de …, de profesión médica, egresada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Pereira, con Registro Médico número…, debido a la oferta de "Terapias de Medicina Sintergética y Psicoterapia Alternativa", debido a que se encontraba en un estado depresivo secundario a su separación matrimonial, en abril del 2013.

Luego de un interrogatorio especifico, la médica O.G. procedió a aplicarle unos espejos, unas cintas y unos puntos de anestesia local en varias zonas del cuerpo. Continuó asistiendo a las sesiones de esta "terapia" y fue entablando amistad con la médica encartada, quien poco a poco le fue informando acerca de la indeseabilidad del esposo en segundas nupcias de la paciente, quien había sido compañero de universidad de la médica O.G, al cual calificó de "monstruo", afirmando que era un manipulador, un mujeriego solapado y que ya estaba en tratos afectivos con otra mujer. Adicionalmente afirma la denunciante que reveló aspectos de su vida intima e interfirió en las relaciones con el "monstruo", al tiempo que ofrecía y practicaba sesiones de "psicoterapia alternativa"

Solicita la quejosa le sea devuelto el dinero cancelado por las consultas en mención y una indemnización "justa", aunque califica el daño ocasionado por la "médica alternativista" como irreparable.

Fue encargada de la investigación preliminar la Magistrada MARIA CRISTINA CARDONA, quien solicitó la historia clínica de la paciente en cuestión. Dicha "historia clínica" consta de seis folios (folios 10 a 16) de anotaciones a mano que no guarda unas normas mínimas de tal documento, en donde se hallan apuntes que literalmente dicen:

"…amantes y pareja de cosa, dueño de un bar hasta que lo supo…" (folio 10)
"…en casa duerme sola y xx tempestades…" (folio 10 reverso)
"…niñez horrible; historia de soledad…" (folio 10 reverso)
"…discusiones (SIC) que no valen la pena…" (folio 11)
"…volver mierda (SIC) a José…" (folio 11 reverso)
"…con insomnio de conciliación (SIC) y despertar temprano…"

Por espacio de siete semanas acudió a las consultas de la referencia, en algunas de las cuales la médica M.C.O.G. se comunicó con el ex marido de la paciente, colocando

el celular en altavoz, para mostrarle a la enferma "el tipo de hombre con el que se había casado".

La médica encartada, en su versión injurada, explicó al Magistrado Instructor y al Asesor Jurídico, así como a la abogada defensora que la asistió a la declaración, varios pormenores de los actos médicos efectuados. Entre ellos menciona algunas técnicas utilizadas como:

"proceso de relajación en el cual se colocan instrumentos llamados resonadores de arquetipos mórficos" (folio 21).

"técnicas de psicoterapia energética que se basa en la estimulación de puntos de acupuntura y sistemas de meridianos" (folio 21).

"técnica de estimulación cerebral bilateral, también conocida como EMDR (sigla en ingles que traduce reprocesamiento con movimientos oculares" (folio 21).

"unidades subjetivas de perturbación" (folio 21).

"meditación activa y la sanación a través del perdón y la reconciliación , usando una técnica llamada Hooponopono (SIC) …y se originó en Hawai" (folio 22).

"desde mi posición de buscar la sanción de las personas y las relaciones seria incompatible llamar un ser humano monstruo, cuando sería para este proceso un maestro que me ayuda a sanar mi esencia con ese aprendizaje" (folio 23 reverso).

En la declaración del esposo de la denunciante, doctor J.A.E.G., compañero de estudios de la encartada, se encuentran varias frases en contra de la conducta de su colega, entre las cuales se destacan:

"…generando una serie de calificativos negativos hacia mi….que no son labor de un terapeuta…" (folio 56 reverso).

"… la doctora M. manipuló no solo en el ámbito dentro de la consulta médica (SIC) sino por fuera y dándome cuenta que ese mismo día hizo un comentario el cual yo escuché telefónicamente donde la doctora M. le dijo a mi señora esposa con la que estoy casado (SIC): no me diga que volvió otra vez con ese monstruo…"

Luego de estas declaraciones, la abogada defensora de la investigada, doctora ROSARIO PUERTA BULA, identificada con cédula de ciudadanía número

45.455.293 de Cartagena y TP número 44.851 del HCSJud, solicito pruebas testimoniales de la doctora S.L.R.R., respecto de su supuesta relación de amistad con la disciplinada y la supuesta violación del secreto profesional por parte de la misma y del doctor C.A.L.C., para declarar sobre la supuesta relación de amistad de la investigada con el esposo de la querellante.

En el mismo sentido, la declaración del doctor L.Q.S.. Adicionalmente, la declaración del doctor J.J.T.P. en relación con la psicoterapia alternativa brindada por la encartada. Por ultimo, solicita someter a la investigada a la PRUEBA DEL POLIGRAFO en relación con los hechos materia de investigación.

Los testimonios de R.R y T.P. fueron decretados por el juez ac quo, en tanto los de L.C Y Q.S fueron considerados impertinentes para el estado actual de la investigación. Esta decisión fue controvertida por la defensa de M.C.O.G., que plantea que dichas pruebas son importantes para demostrar la inexistencia de relaciones de amistad entre la investigada y el esposo de la querellante. Igualmente insiste en la prueba del polígrafo que solicita sea aplicada a su cliente.

El Tribunal Seccional no repuso la decisión tomada y concedió la apelación respecto de estos aspectos probatorios para ante el juez Ad Quem

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA.

Este Tribunal Nacional debe hacer referencia a varios aspectos probatorios en relación con el presente caso, pues las acusaciones de violación del secreto profesional, de la intimidad personal y del seguimiento a tratamientos debidamente aceptados por la comunidad científica son sumamente graves y deben estar muy bien fundamentados para tomar una decisión, cualquiera que esta sea.

I - **PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN LA PRUEBA**

En providencia 26/2010, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora, se expresó respecto de los fundamentos de la prueba en procesos de diversos tipos:

1- **DERECHO A PROBAR**

Es el derecho al proceso mismo. Si se señalan unos hechos que argumentan unas pretensiones, nace el derecho a probar los hechos sobre los cuales se soportan estas pretensiones.

Negar el derecho a probar es negar el derecho mismo. El juez escucha a las dos partes y revisa las pruebas que soportan cada versión. La balanza de la justicia se inclina a quien prueba menor.

2- **DERECHO A POSTULAR LA PRUEBA**

Tratar de lograr un pronunciamiento del juez respecto del decreto de pruebas. Es el derecho a peticionar la prueba.

A ambas partes le asiste el derecho a peticionar las pruebas que conduzcan a probar los hechos que cada uno ha narrado.

3- **DERECHO AL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRUEBAS PEDIDAS**

No se admite silencio judicial. Es obligar a un pronunciamiento del juez. Si el juez las niega las pruebas, es viable el recurso de apelación.

Si el juez no se pronuncia es viable la acción de tutela para obligar a que el juez se manifieste sobre el decreto de pruebas.

Ahora, cuando el juez aprecia la demanda, mira las pruebas que van a demostrar acerca del motivo de controversia- Por lo tanto, puede desechar aquellas pruebas que se relacionen con la sustancia de los hechos.

4 - **DERECHO A LA CONSERVACION DE LA PRUEBA**

Inclusive con pruebas anticipadas. Por ejemplo, el testimonio de personas con una expectancia corta de vida. O proteger pruebas que pueden desaparecer dolosamente. Respecto del testimonio, entre más tarde se rinda, más posibilidad de alteración hay, pues se pierde la dinámica de la percepción de las cosas.

Por lo tanto, la prueba debe allegarse en el proceso en un término prudencial.

La prueba preconstituida es otro mecanismo. Consiste en que sin que haya proceso, se puede peticionar la recepción de un testimonio, de un interrogatorio de parte o una inspección judicial o un peritaje.

En muchos procesos es mas viable hacer la inspección judicial. La prueba preconstituida no se notifica. Algunos laboralistas acuden a la empresa demandada antes de decretar las pruebas para evitar que se alterna las pruebas esenciales.

La prueba preconstituída está manifiesta en el texto de la demanda y puede, por lo tanto, ser sujeto de contradicción de la contraparte.

5 - **DERECHO A LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA**

La prueba existe antes del proceso, excepto de las que se refieren a dictámenes periciales e informes técnicos. Existe el derecho a contrainterrogar testigos, objetar dictámenes, rebatir documentos, etc.

Es el derecho a la réplica. Cómo contradecir un testimonio cuando se es demandante y se tienen varios testigos? Ambos apoderados pueden interrogar a los testigos y contrainterrogarlos. En esa forma se puede controvertir la prueba

Un peritaje, que rinde un dictamen, se coloca a disposición de las partes, para que si alguien quiere objetar, ampliar o aclaración lo pueda hacer. Aquí existe la posibilidad de contradecir.

Art 146: Las pruebas practicadas, así sean decretadas de nulidad, tienen pleno valor. Se anula la actuación en ruptura del debido proceso, las pruebas de todos modos tienen validez.

Si la nulidad es de la etapa probatoria, cobija a todas. Pero si no, afecta solo a una prueba que rompa el debido proceso

La prueba que sea causa de ruptura del debido proceso, se anula.

6 - **PUBLICIDAD DE LA PRUEBA**

Todas las pruebas deben estar a la vista de los sujetos procesales. Se decretan mediante auto o resolución.

Se debe notificar las pruebas a las partes… La notificación en el despacho judicial, indicando esa notificación

La publicidad se surte con el hecho de la notificación. Si una de las partes no está al tanto y se deja pasar la oportunidad, habrá perjuicios de índole procesal.

No solo las pruebas, sino el día en que se va a practicar. Para que las partes, si están interesadas, se encuentren presentes para controvertir la prueba.

7 - N**ECESIDAD DE LA PRUEBA**

Deben cumplirse ciertos requisitos para ser aceptadas. No pueden reposar solo en la mente del juez, sino a disposición de las partes

8 - **RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA**

Tratamiento decoroso a todos. El Estado Social de Derecho protege los derechos fundamentales. El Legislador es garantista de la persona y su dignidad. Que no haya circunstancias que lo desmeriten de manera intelectual o física, aún en presencia de crímenes gravísimos.

Por encima de todo, se rodea al acusado de garantía. No se somete al escarnio público, incluyendo la salida en noticieros y prensa, que muchas veces los condena antes de comenzar el proceso.

Eso contamina el proceso antes de iniciarse, porque fabrica una disposición contra la persona.

Esto también incluye a las víctimas del delito, por ejemplo los casos de violación, que deberían remitirse para examen a su propio médico.

9 - **PROHIBICIÓN DE LA TORTURA**
10 - **INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO**
11 - **INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA**
12 - **NO AUTOINCRIMINACIÓN**
13 - **RESPETO AL SECRETO PROFESIONAL**
14 - **PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**
15 - **IGUALDAD EN MATERIA PROBATORIA**
16 - **COMUNIDAD DE LA PRUEBA**

Al producirse, las pruebas pertenecen a la comunidad del proceso, así sean nocivas para el mismo que las pide

17 - **PRINCIPIO DE LA BUENA FE**
18 - **PRECLUSION DE LA PRUEBA**

Los actos procesales deben efectuarse dentro de ciertos términos

19 - **LIBERTAD DE LA PRUEBA**

Todos los medios lícitos y que respeten la moralidad, son admisibles para probar.

20 - **PRINCIPIO DE LA VALORACION DE LA PRUEBA**

Debe basarse en la sana crítica y no en la íntima convicción, que se acerca a la arbitrariedad. El principio de la tarifa legal no se adapta a la justicia. Está proscrito hace mucho tiempo.

El de la íntima convicción es subjetiva del funcionario judicial.
Sana crítica permite la valoración integral de la prueba.

21 - **PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

Una de las partes lleva sobre sí la obligación de demostrar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación invoca.

NO HAY LUGAR A PRUEBA en casos de normas nacionales, hechos notorios y afirmaciones indefinidas.

Ej: Si alguien dice en el proceso: No me ha pagado, es una afirmación indefinida que hace que se invierta la carga de la prueba, para que el otro sea el que demuestra que sí pagó.

A este respecto la Corte ha dicho:

1. En los términos del artículo 374 del C. de P.C., los cargos en casación deben contener la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa, lo que conduce a determinar el tipo de error y las bases del mismo que se le achacan a la sentencia acusada; además, exige dicho precepto que cuando se alega la violación de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para ver de establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido de que no basta con relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada; y, en fin, que si el quebranto de la ley se ha dado a consecuencia de error de derecho, se deberán

indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción, lo cual se explica dada la naturaleza del mismo .
Y en lo que se refiere a atenuar la sentencia, la misma Corte expresó en 1995:

"…los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no sólo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa"..

II - **RELEVANCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA**

En la misma providencia mencionada se expresó:

"…De otra parte, en el módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba se expresa:

. A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. **Pertinencia.**

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente: 13

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

_ Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y

_ A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe

tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. **Autenticidad**

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina por se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión. El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. **Admisibilidad**

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad. La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible.

O como resume Chiesa “La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba”.

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. (literal a)

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b))

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma,

o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

Otras normas de exclusión probatoria son:

d) Los privilegios excepciones constitucionales (385).

e) La prueba de referencia (437), por ser excepción al principio de inmediación.

f) La prueba ilícita (23 y 455). Violatoria del principio de legalidad.

III - **LAS PRUEBAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

En la providencia 73/09 de este tribunal, con ponencia del mismo magistrado GUZMÁN MORA, se menciona la sentencia de la Corte Constitucional respectiva, en la resolución de un recurso de apelación respecto de una negativa de pruebas:

Sentencia C-175/01. Referencia: expediente D-3240

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”.

Demandante: Luis Carlos Marín Pulgarín

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos por el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Carlos Marín Pulgarín, demandó el artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único".

Por auto de 20 de octubre del año 2000, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, en consecuencia ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Ministro de Justicia y del Derecho, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

II. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de la norma demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41946 de 31 de julio de 1995. Se subraya la parte acusada.

Ley 200 de 1995
(julio 18)

"Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único"

DECRETA:

"Artículo 74.- Vigencia y Oportunidad del Nombramiento de Apoderado. El defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria sobre los hechos. La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual solo cabe el recurso de reposición":

III. **DEMANDA**

El ciudadano demandante considera vulnerados los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.
Para el demandante resulta indiscutible que el defensor como representante del presunto inculpado está facultado para presentar las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos que se investigan, pudiéndolo hacer en cualquier etapa

del proceso, sólo de esa manera se garantiza el derecho al debido proceso, situación que está siendo conculcada por el aparte del artículo 74 de la Ley 200 de 1995 demandada, pues se niega la posibilidad de aportar las pruebas por intermedio de su apoderado, circunstancia que según el actor se desprende de una interpretación completa del artículo 74 ídem.

Aduce así mismo, que la norma demandada se encuentra en contradicción con lo preceptuado por el artículo 80 del Código Disciplinario Único, pues esa norma garantiza en forma permanente el derecho de contradicción probatoria.

Considera que la norma acusada da la posibilidad de que la recepción de la versión espontánea sea discrecional del investigador, pues se otorga total autonomía al funcionario indagador para que a su arbitrio decida si toma o no la versión que se solicita por el apoderado del presunto inculpado, con lo cual se restringe notablemente el derecho de defensa, pues la exposición voluntaria en sí misma es un acto de defensa "al poderse en ella, presentar pruebas, solicitar la práctica de las mismas y controvertir las que se alleguen en contra del disciplinado".

Finalmente, luego de citar algunas sentencias proferidas por esta Corporación, en relación con la declaratoria de inexequibilidad de algunas normas del Código Disciplinario Único y, que a su juicio, tienen conexión con el artículo 74 ahora demandado, solicita el actor que en aras de la seguridad jurídica se realice la estructuración de la unidad normativa y consecuencialmente se ajuste a la Constitución la norma acusada de inexequibilidad.

...

2. **El problema jurídico**

2.1. Compete a la Corte dilucidar si, como lo afirma el demandante se conculca el derecho al debido proceso y a la defensa que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, con el aparte acusado del artículo 74 de la Ley 200 de 1995, que prevé la posibilidad de que se profiera una providencia negando la presentación de pruebas y la solicitud de versión voluntaria, por parte del defensor del servidor público en la indagación preliminar, providencia contra la cual cabe el recurso de reposición.

2.2. Las funciones que en un Estado de Derecho se desempeñan por los servidores públicos, son una actividad que en manera alguna puede ser arbitraria, ni dejarse librada al capricho del funcionario, sino que, siempre se trata de una actividad reglada, cuyo desempeño exige el sometimiento estricto a la Constitución, la ley o el reglamento.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, expresó que : "3.3.3. Precisamente por ello, el artículo 6 de la Carta preceptúa que los servidores públicos son responsables ante las autoridades cuando infrinjan la Constitución o las leyes, o cuando incurran en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma esta que guarda estrecha armonía con el artículo 124 de la misma, en cuanto este último ordena que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

3.3.4. Como tal responsabilidad puede ser de índole civil, penal o disciplinaria, ha de recordarse ahora que las modalidades de la misma son de naturaleza jurídica diferente, son independientes la una de la otra y, en virtud de ello, un mismo hecho puede generar distintas consecuencias respecto de cada uno de los tipos de responsabilidad aquí mencionados.

3.3.5. El derecho disciplinario, entendido como un conjunto de principios y de normas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública, en el Derecho Moderno ha venido adquiriendo, cada vez más, una trascendental importancia, al punto que se erige como un ramo específico de la legislación que, sin perder sus propias características ni tampoco su objeto singular, guarda sin embargo relación en algunos aspectos con el Derecho Penal, con el Procedimiento Penal y con el Derecho Administrativo, como quiera que forma parte de un mismo sistema jurídico".

Y, de la misma manera, para precisar la distinción existente entre el proceso disciplinario y el proceso penal, la Corte, en sentencia C-244 de 30 de mayo de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló que "Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege.

En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios".

En la misma dirección, cabe recordar que en sentencia C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, para explicar la razón de ser del derecho disciplinario, esta Corte, examinados los antecedentes de la Ley 200 de 1995, transcribió apartes de la exposición de motivos, en la cual se expresó entonces que "Es incuestionable que el Estado Colombiano debe tener un código o estatuto unificado para la realización del control disciplinario tanto interno como externo a fin de que la función constitucional se cumpla de manera eficaz y además, se convierta en herramienta eficiente en la lucha contra la corrupción administrativa" (Gaceta del Congreso, año IV, número 73, citada en la sentencia aludida).

2.3. Acorde con lo anterior, y en armonía con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política, según el cual el debido proceso es una garantía que ha de observarse en todos los procesos judiciales o administrativos, es claro para la Corte que en el proceso disciplinario ha de garantizarse el derecho a la defensa unitaria, continua y permanente, esto es, en todas sus etapas, sin que ello signifique que en cada una de ellas los recursos que para impugnar las providencias se establezcan por el legislador deban ser los mismos, ni tampoco, que para decidir sobre la constitucionalidad de alguno de los artículos del Código Disciplinario, pueda ser considerado aisladamente, pues, como es obvio, de esa manera la interpretación primero y el juicio de constitucionalidad después, pueden resultar equivocados.

2.4. Como es suficientemente conocido, en el proceso disciplinario existen tres etapas claramente diferenciadas, a saber, la de la indagación preliminar, la de la investigación disciplinaria y la de la decisión.

En la primera, es decir, en la indagación preliminar, no existe ni siquiera certeza sobre la procedencia de adelantar la investigación, sino una duda sobre la existencia misma de la presunta falta, e igualmente, sobre la autoría y responsabilidad de la misma, razones estas que el legislador tuvo en cuenta para que, en tal estado de perplejidad inicial, en lugar de proferir un auto ordenando la apertura directa de una investigación disciplinaria, se opte más bien por realizar una "indagación preliminar" (art. 138 Ley 200 de 1995), cuyos fines específicos serán "...verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella" (art. 139 ibidem).

Del mismo modo, si de la indagación preliminar, de la queja o del informe respectivo sobre la presunta falta quien tiene a su cargo la investigación encuentra objetivamente demostrada "la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma ordenará la investigación disciplinaria", según el mandato contenido en el artículo 144 del Código Disciplinario, mediante auto de trámite.

2.5. En desarrollo de principios fundamentales al debido proceso, cuales son los de la publicidad, la imparcialidad y la contradicción, se dispuso por la ley que, desde el comienzo y para garantía del derecho de defensa el investigado "tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria" (art. 80 Ley 200/95), así como a ser oído en esta etapa para "presentar pruebas" y "solicitar versión voluntaria sobre los hechos" (art. 74 ibidem).

2.6. Desde luego, quien inicialmente asume el conocimiento de una posible irregularidad constitutiva de una presunta falta disciplinaria, si en esa etapa de averiguación administrativa, lo considera pertinente para los fines de la misma señalados por el artículo 139 del Código Disciplinario a que ya se hizo alusión, es quien tiene los elementos de juicio suficientes para decidir si accede a la petición que se le formula por alguien para que se le reciba versión voluntaria sobre los hechos, así como para examinar si la presentación de pruebas en esa etapa de la investigación preliminar es pertinente o conducente.

No obstante, para evitar la arbitrariedad o el capricho en la decisión, si se deniega la solicitud de recibir versión voluntaria, o la de presentar algunas pruebas, el legislador le impone al funcionario que adelanta la indagación preliminar, el deber jurídico de decidir sobre cualquiera de las peticiones anteriormente mencionadas, "mediante providencia interlocutoria". Ello significa, entonces que por ministerio de la ley, le corresponde motivar su decisión, esto es expresar las razones y los fundamentos de carácter fáctico y jurídico en que apoya su decisión, para que respecto de las mismas, cumplida así la publicidad, pueda entonces abrirse paso a la contradicción, haciendo uso de los medios de impugnación que al respecto se consagran por la ley.

2.7. En ese orden de ideas, y para satisfacer a plenitud el derecho de defensa, resulta claro que si en forma arbitraria se deniega la solicitud de comparecer desde el comienzo a la indagación preliminar a quien solicitó ser oído en versión libre, o se le priva en absoluto del derecho a presentar pruebas que puedan serle favorables a la indagación de los hechos en esta etapa, se vulneraría el derecho al debido proceso, razón esta por la cual el afectado con ese proceder autoritario tendría a su disposición la posibilidad de alegar la existencia de una nulidad en el proceso disciplinario, como quiera que el artículo 131 del Código Disciplinario Único establece que son, entre otras, causales de nulidad "la violación del derecho de defensa", así como "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" (art. 131 Ley 200/95), nulidades que, aún no alegadas, deben ser declaradas de oficio, en cualquier etapa del proceso en que se adviertan por el funcionario encargado de la tramitación del mismo (art. 132 ejusdem), lo cual guarda armonía con lo dicho por la Corte en sentencia C-892 de 10 de noviembre de

1999, en la que actúo como ponente el magistrado que ahora lo es en este proceso, en la que, al analizar la constitucionalidad del artículo 119 del Código Disciplinario Único expresó que: "Tanto en la etapa de indagación preliminar antes de que se le formulen cargos y durante el término de los descargos, el investigado podrá solicitar, en aras del ejercicio del derecho de defensa, la práctica de las pruebas que considere pertinentes, es decir, las que tengan relación con el tema y que permitan esclarecer los supuestos fácticos que dan origen al inicio de la investigación".

Igualmente ha de insistirse ahora que en la sentencia C-013 de 17 de enero de 2001, reitero la Corte su doctrina en el sentido de que no es "razonable ni proporcionada" la restricción normativa que deje "a la voluntad del funcionario investigador recibir o no la exposición espontánea que solicita el investigado", pues éste si así lo solicita "deberá ser oído en versión espontánea, tanto durante la indagación preliminar como en la investigación".

De esta suerte, si la providencia interlocutoria a que se refiere el aparte final del artículo 74 acusado, resulta caprichosa o arbitraria, éste no se encuentra desprovisto de medio de impugnación adecuado para el ejercicio del derecho de defensa, pues, leído en conjunto y no en forma aislada el Código Disciplinario, puede solicitar la nulidad de lo actuado, o, más aún, en la hipótesis de que no lo solicite, tal nulidad puede ser declarada de oficio.

2.8. El legislador, para salirle al paso a una posible arbitrariedad del funcionario que adelante la investigación preliminar, contra la providencia que deniegue la recepción de la versión libre o la presentación de pruebas en esa etapa procesal, en el artículo 74 del Código Disciplinario estableció que contra la providencia interlocutoria que las deniegue, cabe el recurso de reposición. Ello por sí mismo, como salta a la vista, no hace inconstitucional el artículo 74 del Código Disciplinario.

A juicio del censor, lo que resulta vulneratorio del artículo 29 de la Carta, es que la norma deja al capricho del funcionario recibir o abstenerse de hacerlo la versión voluntaria en la indagación preliminar, lo que no es cierto, por las razones que ya se explicaron. Además, a su juicio, también es violatorio de la garantía constitucional al debido proceso que ante esa posibilidad del proceder arbitrario de quien adelanta la investigación preliminar sólo sea procedente el recurso de reposición.

Con todo, ello no es así, por cuanto, como ya se dijo, la providencia en cuestión ha de ser motivada, como quiera que es interlocutoria por ministerio de la ley, por una parte; y, por otra, en esa etapa del proceso, en que todavía no existe ni siquiera certeza sobre la existencia de la irregularidad que presuntamente configuraría una

falta, ni mucho menos sobre la autoría y responsabilidad de la misma, conserva el legislador, a plenitud, la libertad de configuración para establecer el recurso o los recursos que contra ella proceden.

Es claro, que sobre el particular, uno puede ser el tratamiento en la fase de la indagación preliminar dadas sus características, y otro distinto el que el legislador establezca en la fase de la investigación disciplinaria, como en efecto acontece. Así, al paso que en el artículo 74 de la ley demandada, para la primera dispuso la ley que la negativa a recibir versión voluntaria sobre los hechos, o a presentar pruebas ha de ser motivada y que contra la providencia respectiva sólo cabe el recurso de reposición, en el artículo 102 de la misma ley, precisamente porque la naturaleza de la etapa de la investigación disciplinaria es diferente a la primera dispuso que "El recurso de apelación es procedente contra el auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria y contra el fallo de primera instancia".

Ciertamente, son dos tratamientos diferentes, porque diferentes son las etapas de la indagación preliminar y la de la investigación disciplinaria y, como se observa, diferente también es la fase de decisión cuando se dicta fallo de primera instancia, el que también es apelable.

La razón de orden constitucional, es transparente en grado sumo, pues no se vulnera el derecho a la igualdad al tratar de manera disímil situaciones distintas (art. 13 C.P.), de un lado, y, de otro, en ninguna norma constitucional se ordena al legislador establecer que contra todas las providencias interlocutorias es procedente la apelación, pues el artículo 31 de la Constitución solamente dispone que la apelación o la consulta son propias de toda sentencia judicial, salvo las excepciones que consagre la ley, pero en manera alguna ordena que toda providencia interlocutoria deba ser objeto de apelación.

2.9. Por lo expuesto anteriormente, ha de concluirse entonces que el artículo 74 de la Ley 200 de 1995, en el aparte acusado, no es en manera alguna una autorización del legislador a desconocer el derecho del eventualmente inculpado a ser oído, pues, como se vio, en ese caso el artículo 131 ibidem, fulmina con la sanción de nulidad de toda la actuación, precisamente en guarda de la garantía constitucional al debido proceso y, la circunstancia de que la decisión a que se refiere la parte final del artículo 74 acusado, deba ser motivada y que contra ella quepa el recurso de reposición únicamente, resulta razonable por la índole misma de la etapa de indagación preliminar y, en tal virtud, no se vulnera la Constitución.

2.10. Agrégase a lo dicho que el artículo 54 de la Ley 200 de 1995, ordena al

funcionario a cuyo cargo se encuentre un proceso disciplinario, darlo por terminado, en cualquier momento, cuando aparezca demostrado que el hecho atribuido no ha existido, o que no está previsto como falta disciplinaria, o que existe causal de justificación, o que por cualquier otra circunstancia de orden legal tal proceso no podía iniciarse o proseguirse, norma que también resulta aplicable, como es obvio a la etapa de la indagación preliminar.

VII. **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE la expresión "La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual sólo cabe el recurso de reposición", contenida en el artículo 74 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único).

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Salvamento de voto a la Sentencia C-175/01

Con el acostumbrado respeto, los suscritos magistrados nos apartamos de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia. Manifestamos las razones por las cuales salvamos nuestro voto, de la siguiente manera:

El problema jurídico consiste en determinar si el recurso de reposición contra el auto que niega la presentación de pruebas y/o la solicitud de rendir versión voluntaria en la indagación preliminar del proceso disciplinario es un mecanismo que garantiza suficientemente el derecho fundamental al debido proceso.

Estimamos que ello no es así, por las siguientes razones:

El debido proceso sustancial se debe garantizar, desde una perspectiva constitucional, asegurando que los procedimientos creados por el legislador otorguen a las partes los recursos y mecanismos necesarios para hacer efectivas las garantías que les confiere el ordenamiento. En particular, el procedimiento debe asegurar el principio de audiatur et altera pars, el derecho de contradicción y los principios de eficiencia y economía.

El legislador no puede restringir los mecanismos legales necesarios para hacer efectiva la garantía del debido proceso sin dilaciones injustificadas, consagrada explícitamente en la Constitución.

El recurso de reposición contra el auto que niega las pruebas en la indagación preliminar disciplinaria no constituye un mecanismo idóneo, adecuado y suficiente para preservar el debido proceso imparcial y basado en fundamentos jurídicos objetivos en esta etapa.

Si bien la negativa a recibir ciertas pruebas puede ser controvertida durante la etapa de investigación, el derecho al "debido proceso sin dilaciones injustificadas" (art. 29 C.P.) implica que el legislador, al regular el procedimiento disciplinario debe imponer a los órganos de control del Estado la obligación de resolver la situación del implicado procurando causarle el mínimo de daño posible. Esta subregla constitucional admite como única excepción que haya una causa que justifique una dilación del procedimiento, la cual no está presente en la norma demandada.

1.El debido proceso sustancial frente al debido proceso formal

Los procedimientos judiciales y administrativos, como formas de actuación del Estado frente a los particulares, son inherentes al Estado de Derecho típicamente liberal. Son, desde una perspectiva formal, una consecuencia necesaria del principio de legalidad. La consagración legal previa de un procedimiento de acción estatal, es un requisito necesario para impedir que la acción del Estado se reduzca al arbitrio del funcionario encargado de llevarlo a cabo. Por otra parte, sin embargo, en un Estado fundamentado en la dignidad de la persona humana, calificar un determinado proceso como "debido" significa algo más que el sometimiento estatal a unas reglas y rituales consagrados en la ley, pero alejados de las garantías materiales. Aunque formalmente el debido proceso surge como una emanación del estado de derecho, desde una perspectiva constitucional, no se agota en el principio de legalidad.

Si se pretende que este derecho fundamental tenga un contenido, el juez constitucional debe asegurar que la ley otorgue a las partes los recursos de acción, defensa e impugnación en medida suficiente para que se les permita hacer efectivas todas aquellas garantías consagradas en el ordenamiento jurídico. Si tales recursos procedimentales establecidos legalmente son insuficientes para materializar las garantías respectivas, se está rompiendo la correlación que debe existir entre el proceso formal, contenido en la ley, y el debido proceso sustancial, como derecho consagrado constitucionalmente, y se le está dando prioridad a una concepción arbitraria del poder público, y se está trastocando la jerarquía de valores inmanente a la Constitución.

Por lo tanto, al fijar el conjunto de recursos y facultades procesales disponibles a las partes en un determinado procedimiento, el legislador está obligado a observar las garantías sustanciales establecidas explícitamente en la Constitución para el tipo de actuación que pretenda regular. Adicionalmente, tiene también restricciones que derivan ya no de los contenidos constitucionales explícitos del debido proceso, sino de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

2.Las fuentes constitucionales de las restricciones a la libertad del legislador para establecer procedimientos: la regulación constitucional de los contenidos sustanciales del debido proceso.

Esta distinción entre las restricciones que surgen de las garantías explícitamente consagradas en un texto de la Constitución referido al tema en concreto y aquellas que son consecuencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aplicables a toda la actividad estatal es relevante para determinar el alcance de la potestad de configuración del legislador y, en consecuencia, también para definir la forma cómo se debe llevar a cabo el análisis de constitucionalidad. La medida en que las garantías se encuentren explícitamente desarrolladas en la Constitución determina el grado de discrecionalidad de configuración legislativa y, por lo tanto, el nivel de rigor en el análisis de constitucionalidad. Si el constituyente le dio un contenido material y un alcance determinado al debido proceso, no puede el legislador restringirlos o modificarlos, sin cambiar la Constitución.

De tal modo, la labor del juez constitucional debe ser más rigurosa en la medida en que cuente con unos parámetros explícitos para llevar a cabo su función. Por otra parte, ante la ausencia de un referente constitucional explícito, el grado de discrecionalidad de la labor legislativa y, por consiguiente, el análisis constitucional de la razonabilidad y proporcionalidad de la norma depende del valor que la Carta le asigne a los bienes jurídicos que estén siendo ponderados, dándole siempre un margen más o menos amplio al legislador para que, como órgano de representación popular, pueda regular los procedimientos judiciales y administrativos.

Con todo, el ámbito de aplicación de las garantías del debido proceso explícitas en la Constitución puede ser general por ejemplo, el derecho a presentar pruebas, que opera tanto en los procesos judiciales, como en los procedimientos administrativos, o específico, aplicable a una especie de procedimiento particular, como el principio de favorabilidad de la ley en el proceso penal. Ahora bien, al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha afirmado, desde sus inicios, que aun cuando las disposiciones constitucionales utilicen términos que parezcan restringir ciertas garantías procesales al ámbito penal, éstas deben interpretarse en un sentido amplio,

y no puede entenderse que las mismas carezcan de asidero constitucional en otros procesos, en la medida en que sean compatiblesSentencia T-413/92 refiriéndose al término "pena", contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución dijo: "Debe entenderse, por supuesto, que la norma constitucional hace referencia también a sanciones distintas a las penales. El término pena ha de entenderse aquí en su sentido extenso, como toda sanción que le sea desfavorable a la parte que la está apelando." Así también la Sentencia C-479/92, refiriéndose al principio del "non bis in idem": "El enunciado principio no es aplicable únicamente a la materia penal sino también a la administrativa en cuanto, según ya se dijo, forma parte de las garantías que integran el debido proceso, expresamente exigido por el artículo 29 de la Carta como de ineludible aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".''

En aquellos casos en que la Carta no determina directa o indirectamente a qué procesos es aplicable una garantía en particular, debe entenderse que ésta se debe aplicar a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

3.El derecho a presentar pruebas y solicitar versión voluntaria en la etapa de indagación preliminar del proceso disciplinario: la apelación como garantía.

El derecho a presentar pruebas, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas y la imparcialidad en el procedimiento, son garantías generales, cuyo carácter sustancial se deriva del texto mismo de la Constitución y que son aplicables a todos los procedimientos administrativos y judiciales, máxime en aquellos en que el resultado puede ser la imposición de una sanción. En tal medida, la labor del legislador consiste en garantizarlas, sin que sea posible dejar de hacerlo, so pretexto del ejercicio de su discrecionalidad política en la configuración en la regulación del procedimiento.

La Sentencia se apoya en la consideración de que al permitírsele al inculpado el recurso de reposición contra el auto que niega la versión voluntaria y la solicitud de pruebas no se está impidiendo el ejercicio del derecho a aportar pruebas. En nuestro parecer, el ejercicio de este derecho no debe limitarse a consagrarlo como una posibilidad formal, pero restringida a la voluntad de un funcionario, cuya decisión sea susceptible de controversia sólo ante él mismo. Esto no implica presumir su mala fe, ni imponerle al funcionario la obligación de aceptar las pruebas o la versión voluntaria sobre los hechos, sino asegurarle al disciplinado que su derecho a presentarlas o a controvertir las allegadas en su contra, va más allá de la voluntad del funcionario que previamente le negó tales posibilidades. La razón de ser de los recursos judiciales y administrativos, y en particular del recurso de apelación, es garantizar que el contenido del acto impugnado es conforme a derecho, superando

así la concepción voluntarista y subjetiva del poder del Estado. Por lo tanto, el recurso de apelación está encaminado a asegurar que sobre las decisiones judiciales o administrativas exista un mayor grado de certeza jurídica.

4.El debido proceso sin dilaciones injustificadas en el procedimiento disciplinario:

Alcances

Por otra parte, es cierto que dentro de la etapa de investigación disciplinaria, el inculpado tiene una nueva oportunidad para aportar pruebas y para solicitar la nulidad del procedimiento disciplinario por violación del derecho de defensa. ¿Porqué entonces es constitucionalmente exigible el recurso de apelación contra el auto que las niega en la indagación preliminar?

En virtud de otra de las garantías que hacen parte del debido proceso sustancial, que implica que durante el procedimiento no puede haber dilaciones injustificadas. ¿Tiene esta garantía el alcance de hacer constitucionalmente exigible el mencionado recurso de apelación en la etapa de indagación previa? Sí. Esta garantía parte del supuesto de que la contingencia de los procedimientos judiciales o administrativos implica una carga, y en algunos casos una lesión para las partes, especialmente cuando se está determinando su responsabilidad penal o disciplinaria.

En tal medida, por mandato de la Constitución, el legislador, al fijar el procedimiento disciplinario, debe optar por la alternativa menos gravosa, salvo que exista una causa justificada para ello. En el presente caso, la norma niega el recurso de apelación, impidiendo el ejercicio de un recurso que podría resultar en la absolución expedita del funcionario disciplinado, sin que para ello medie justificación alguna. La Sentencia avala esto sin entrar a analizar si existe una razón constitucionalmente válida para restringir el acceso a recursos diferentes al de reposición contra el auto que niega las pruebas aportadas y la solicitud de rendir versión voluntaria. Se limita a asumir acríticamente que es al funcionario investigador a quien corresponde determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas:

“Para la Corte, el hecho de que el funcionario investigador profiera una providencia negando las pruebas aportadas por el defensor del presunto inculpado, no vulnera el artículo 29 de la Carta Política, pues como se vio, a él le corresponde analizar la conducencia y pertinencia de la prueba en aras de preservar el ejercicio de la función pública de conformidad con los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad (art. 209 C.P.); además como lo dispone la norma acusada, se trata de una providencia susceptible de ser impugnada mediante la interposición del recurso

de reposición, en el evento de que se observe restricción de las garantías que tiene el presunto inculpado a presentar pruebas y contradecir la que se alleguen en su contra …" (Fundamento 2.2)

Por otra parte, tampoco se percata de que los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución son a la vez principios que se predican de los procesos disciplinarios. Principios que, en el proceso disciplinario, se traducen en verdaderas garantías sustanciales del debido proceso para el funcionario disciplinado. El carácter garantista que adquieren estos principios de la función administrativa en el proceso disciplinario es un mandato constitucional que va más allá de una concepción vacía de la eficacia, la economía procesal, la celeridad y la imparcialidad, ubicando el respeto por la dignidad de la persona humana como razón de ser de la actividad estatal. Esta es la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto al particular:

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juiciSentencias C-150/93 M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C- 412/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar."

"En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse -eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción." Sentencia C-430/97 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) …"

IV - **LA SANA CRITICA EN EL ANALISIS DE LAS PRUEBAS**

Mencionamos únicamente dos autores respectivos:

a - JORGE FÁBREGA. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. EDITORIAL: EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBAÑEZ, SEGUNDA EDICIÓN, 2000, BOGOTÁ. PAGINAS: 327 Y 328. 335 a la 339.

LA SANA CRÍTICA EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

El vigente Código establece como regla para la apreciación de la prueba la sana crítica. Conviene hacer un examen de este método.

En relación con la valoración o apreciación de la prueba, se conocen tres sistemas:

a) Sistema de la prueba tasada o tarifa legal;
b) Sistema de la libre apreciación, o íntima convicción;
c) Sistema de la sana crítica.

Aunque no han faltado autores que sostengan que en realidad se trata de dos sistemas y que la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción no es más que una ilusión óptica. H.DEVIS ECHANDÍA anota: "La libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la sicología y a las llamadas máximas generales de la experiencia; es decir, siempre debe existir sana crítica, pero puede haber o no obligación de motivar la conclusión que se adopte.

De lo anterior, se deduce: 1° que no existen sino dos sistemas; 2° que la libre convicción debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, no arbitraria; 3° que ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo; y 4° que el sistema de la libre apreciación presenta modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados jurados de conciencia". (Pruebas judiciales, compendio, t. II, No. 19). Estimamos, sin embargo, que se trata de categorías diferentes, como más adelante expondremos. 5° Al utilizar el Código las expresiones de "apreciación según la sana crítica" y "apreciación en conciencia', lo hace porque tiene en mientes estructuras distintas y distintas perspectivas de evaluación probatoria.

A mediados de siglo pasado, un autor italiano, GENNARI en su Teoría de la Prove, clasificó en tres grupos las pruebas: legal, cuando el valor aparecía previsto en la ley; convicción íntima, cuando la verdad dependía de su libre convicción; persuasión racional, si debían estimarse con justo criterio y, de tal suerte, que eliminase toda duda. Criterio que estimamos válido.

Cada uno de estos sistemas responden a distintas estructuras político-sociales. El sistema de la prueba legal corresponde a una sociedad medieval con su concepción escolástica; la libre convicción a la época posrevolución francesa, de carácter individualista, y la sana crítica a una concepción intermedia.

b - **AZULA CAMACHO. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. EDITORIAL TEMIS, 1998, BOGOTÁ. PAGINA 48.**

a) Las reglas de la sana crítica. Suele denominarse sana crítica, como lo hace nuestro ordenamiento procesal, al conjunto de reglas que el juez debe observar para determinar el valor probatorio de la prueba.

Estas reglas de la sana crítica no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la prueba. Es racional, por cuanto debe ajustarse a la razón o el discernimiento. Es lógico, por tener que enmarcarse dentro de las leyes del cono-cimiento. Lo uno y lo otro se efectúa, por regla general, mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor la situación en particular, para obtener una conclusión determinada. Esas reglas de la experiencia atañen a todos los campos, esto es, en el aspecto físico, social, psicológico, técnico, científico, etc.

Con lo anterior en mente, considera este Tribunal Nacional que deben concederse las pruebas testimoniales solicitadas por la defensa de la doctora M.C.O.G.. Respecto de la prueba del polígrafo, coincidimos en su negativa, pues no se considera conducente, pertinente ni útil al proceso, hasta tanto el juez de primera instancia no tome una decisión definitiva en esta etapa del proceso investigativo.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le concede la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Revocar como en efecto revoca la decisión del 25 de agosto de 2014 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío de negar la practica de las pruebas testimoniales de los doctores L.Q.S Y J.J.T.P. en relación con el presente proceso y en su lugar ordena decretarlas para incluirlas en la investigación. ARTICULO SEGUNDO. Negar la prueba del polígrafo solicitada por la defensa, pues no se considera conducente, pertinente ni útil al proceso, hasta tanto el juez de primera instancia no tome una decisión definitiva en esta etapa del proceso investigativo. ARTICULO TERCERO. Remítase el proceso al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTICULO CUARTO. Contra la presente decisión no caben recursos. COMUNIQUESE Y CUMPLASE

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ Magistrado; FRANCISCO PARDO

VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, noviembre veintisiete (27) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1157 DEL VEINTISIETE (27) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 1546 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra : Doctores S.P.A. y J.C.G.M.
Denunciante: Sr. J.J.S.M.

Asunto: Recurso de Apelación contra providencia inhibitoria y archivo del proceso
Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 95-2012

VISTOS :

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia en providencia de 9 de mayo de 2012, decidió decretar el archivo de la queja presentada por el señor J.J.S.M., en contra de los doctores S.P.V.A. Y J.C.G.M..

Dentro de términos, el quejoso interpuso recursos de reposición y apelación. El primero fue resuelto negativamente por el Tribunal Seccional en providencia de 6 de junio de 2012 y de manera subsidiaria concedió el recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Los cuadernos que contienen el proceso fueron enviados a esta superioridad el 29 de octubre de 2012. Puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 15 de febrero de 2008 el paciente J.F.S.M., de tres meses de edad, por su madre S.M.M.A. al Hospital San Rafael de Santo Domingo. Fue evaluado por la doctora S.P.V.A., quien diagnostico amigdalitis, ordenándole la medicación que consideró más adecuada.

Tres días mas tarde la criatura presento agravamiento de los signos de dificultad respiratoria, por lo cual fue llevado al Hospital de Copacabana, en donde fue atendido por el doctor J.C.G.M., quien lo hospitalizó de urgencias. A los cuatro días fue dado de alta con signos de mejoría clínica. El 25 de febrero, es decir, a los cuatro días de la salida del menor, presento nuevos signos de dificultad respiratoria. El padre J.J.S.M. llamo al hospital San Rafael de Santo Domingo, solicitando una ambulancia, la cual llego y traslado al lactante al Hospital, donde llego en paro cardiorrespiratorio, el cual no respondió a maniobras de reanimación.

El quejoso acusa a los médicos de negligencia por no haber remitido al niño a Medellín, a pesar de lo grave que lo notaba el padre.

DECISION DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA.

El tribunal seccional decidió no dar valor probatorio a las afirmaciones del padre del niño fallecido, en el sentido de informar que el niño fue dado de alta a pesar de encontrarse grave, pues el hecho de haber mejorado a los dos días de tratamiento intrahospitalario y haber sido dado de alta en buenas condiciones, desvirtúa esta acusación.

Tampoco consideró digna de credibilidad la aseveración del quejoso de no haber ordenado y efectuado exámenes de laboratorio y radiología, pues la historia clínica demuestra lo contrario.

Y mucho menos a la acusación de jugar con la vida de los niños, pues los médicos que atendieron a su hijo lo hicieron de manera rápida, eficaz y profesional.

Además concluyó que el paciente había sido diligentemente atendido y formulado con la medicación y las medidas necesarias a su problema respiratorio y que se siguió la Lex Artis consagrada para tales efectos.

LA APELACIÓN

El quejoso funda su inconformidad en los siguientes puntos

- El niño fue dado de alta encontrándose aun enfermo
- La ambulancia se demoró y además el equipo de oxigeno no servia
- No se ordenaron exámenes paraclínicos
- No fue remitido a Medellín a pesar de haberse demostrado que los pulmones estaban afectados
- Se quedó en la impunidad la negligencia médica en la atención de su hijo

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1 - **EL NIÑO NO FUE DADO DE ALTA EN CONDICIONES GRAVES.**

Si nos atenemos a las notas de historia clínica elaboradas por médicos y enfermeras de los hospitales involucrados en la atención de la criatura fallecida, observamos que existían signos objetivos evidentes de mejoría en la humanidad del pequeño paciente. Que recibió atención efectiva, profesional y adecuada y que los médicos jamás violaron la Lex Artis ad Hoc en su atención.

2 - **LA DEMORA DE LAS AMBULANCIAS, NO ES UN PROBLEMA ÉTICO MÉDICO**

Evidentemente, se trata de un problema administrativo en el cual se ven afectados todos los pacientes del país. El estado de postración económica de los hospitales públicos es evidente y es consecuencia del pésimo diseño del sistema de salud planteado por la reforma encarnada en la Ley 100 de 1993.

Además, si a esto le sumamos la flagrante corrupción que inunda todas nuestras instituciones, tendremos el ingrediente perfecto para el desastre que todos los colombianos estamos viviendo, pese a lo anterior, achacar el mal funcionamiento del transporte hospitalario - y de las ambulancias en concreto - a los médicos, es un despropósito

3 - **EXAMENES PARACLINICOS SI FUERON ORDENADOS**

Esta afirmación es falsa y se contradice con los documentos que reposan en la historia clínica, que demuestran que los exámenes si fueron ordenados e interpretados por los médicos tratantes.

4 - **NO FUE REMITIDO A MEDELLÍN PORQUE NO LO AMERITABA**

Los médicos tratantes no consideraron la remisión a institución de mayor complejidad con base en criterios científicos que demostraban la mejoría en el estado clínico del pequeño paciente.

5 - **NO EXISTE IMPUNIDAD EN ESTE CASO**

Es notoria la ausencia de negligencia médica en el presente caso. Por el contrario, con los recursos disponibles, los médicos que atendieron al paciente lo hicieron de manera eficiente, dentro de las limitaciones que puede tener un medico en las mismas condiciones de trabajo que poseían los dos acusados.

6 - **TAMPOCO EXISTE NEGLIGENCIA MÉDICA**

Siempre ha existido la tendencia de culpar al medico de cualquier complicación grave o del fatal desenlace de una enfermedad. Esto es injusto cuando no existen reales evidencias de una practica médica defectuosa. En este caso no se encuentra ningún asomo de negligencia profesional.

Para ilustrar al quejoso, consideramos conveniente explicar algunos aspectos de la culpa médica.

7- **LA CULPA EN MEDICINA**

La base de la responsabilidad en medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche por parte de la sociedad.

Como resultado del incumplimiento del contrato de servicios médicos, puede presentarse responsabilidad en la orbita civil, penal y administrativa. La responsabilidad civil se predica únicamente si ha existido culpa en el médico, pues es principio del Derecho que no hay responsabilidad sin culpa.

La culpa en el ámbito civil se define como un error de conducta, a causa del cual se produce un daño patrimonial a otra persona. En el caso de la culpa civil médica, el análisis del error se ubica en la actuación del médico en si misma y no en el resultado concreto de la misma. Como se vera, el contrato de servicios médicos compromete una obligación de medios y no de resultados.

En Francia se considero que si se juzgaba el acto médico con los mismos parámetros con que se hacia para otras actividades, se corría el riesgo de coartar el ejercicio de una buena medicina, debido a la posición defensiva de los médicos que, presionados por la parte legal, no tomarían bajo su cuidado pacientes graves o de alto riesgo. Por lo tanto, solo se juzgaban aquellos casos en que se demostraba un error demasiado evidente.

Hoy en día, siendo la medicina una actividad que por lo general produce obligaciones de medio la base de la responsabilidad médica radica en la prueba de tres elementos: El daño, la CULPA y el nexo causal entre ellos.

La prueba de culpa en el profesional es uno de los aspectos mas importantes en la determinación de esta responsabilidad, cuyo concepto general definimos inicialmente. Para que exista responsabilidad jurídica civil se requiere de tres elementos: Daño, Culpa y Nexo causal entre ellos.

El hecho dañoso consiste en la modificación de una situación previa, con menoscabo de un bien jurídicamente protegido, que produzca una lesión patrimonial, material o moral.

"...el daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma, y el padecimiento que se sufra como consecuencia del daño ocasionado y que traiga consigo merma en cualquiera de tales sentidos..."

Como los contratos celebrados entre médico y paciente son la expresión fiel de la voluntad de las partes , el incumplimiento de lo querido y lo acordado genera responsabilidad contractual, si hay culpa.

Esta responsabilidad por incumplimiento si se contrato un resultado, genera una de dos obligaciones a cargo del médico: La de cumplir lo acordado o la de indemnizar al paciente. Si no se ejecuta el contrato, se indemnizaran los danos y perjuicios causados.

Si no se contrato un resultado, es decir, en los casos en que el contrato genere únicamente obligaciones de medio, su incumplimiento culpable produce en contra del médico responsabilidad que lo condena al pago de los perjuicios.

Las partes contratantes pueden establecer que el médico no responderá por culpa leve. De hecho, la culpa grave no se puede negociar, porque esta se asimila al dolo, a la intención de hacer daño, de manera que ese "negocio" tendría un objeto ilícito, prohibido por la ley (Art 1552. Código Civil).

Respecto del dolo, el articulo 63 del CC lo define como:

"...la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro..."

En otras palabras, es cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizado por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno.

De acuerdo a esto, el dolo conlleva una intención maliciosa, en tanto que la culpa se configura sobre bases completamente diferentes (Falta de diligencia, imprevisión, negligencia e imprudencia).

Otra responsabilidad, la extracontractual, que surge ya no del incumplimiento de las obligaciones (de resultado o de medio) voluntariamente contraídas, sino de las que la ley impone al médico (obligación de cuidado), puede generar responsabilidad de indemnizar, si ha habido culpa que ocasione un daño al paciente sin existir contrato que los una, o por fuera del marco del contrato celebrado.

La culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida. El nexo causal es la relación directa entre el hecho dañoso y la culpa.

La doctrina jurídica dice: "...Hay culpa cuando el agente no previo los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...De los expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 2 de 1958)

Cuando se obra con falta de cuidado y no se prevé lo que puede suceder, es decir, se actúa con negligencia, imprudencia e impericia. Es toda conducta humana que viola una norma de derecho o un deber jurídico. Según Mazeau la culpa es un error de conducta que produce daño, en el que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente.

1. La culpa debe ser probada por parte de la víctima: Se presenta en la responsabilidad por hecho propio.

2. La culpa no requiere ser probada por parte de la víctima pues se presume (presunción de culpa): Se presenta en la responsabilidad por el hecho ajeno (Aquel que debe

responder por sus hijos, los tutores por los hechos de los pupilos, los directores de colegio por el hecho de sus alumnos).

3. El hecho por sí mismo consagra la presunción de culpa, admite como prueba en contrario solamente la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Ejemplo: el ejercicio de las actividades peligrosas.

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado "Estado de necesidad", que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente (Ejemplo: El médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnostico intraoperatorio).

La otra es la ignorancia atrevida (Como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente).

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran numero de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El articulo 2356 del CC señala:

"...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta..."

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

"...el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..."

(Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XVI. 184. P 322. Abril/87)

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa 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. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

De acuerdo con algunos autores jurídicos, la culpa ocupa un lugar intermedio entre el dolo (intención de dañar) y el caso fortuito (inimputabilidad total).

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como limite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño. La ignorancia, en cambio, cuando no ha podido ser vencida por el sujeto que causa la agresión, es excusada.

En la orbita interna, sometida al fuero de la moral, la religión impone sus parámetros y así se dice que

"...Esta ignorancia puede con frecuencia ser imputada a responsabilidad personal... En estos casos, la persona es culpable del mal que comete..."

Como se ve, hay dos conceptos implícitos en la culpa: imputabilidad y responsabilidad. El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así:

"...el médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin.

Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer..." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia 14-03-42)

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 liberara 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 limites 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 sobreviviente 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 (si 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 provoco. (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 victima, 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 Betancurt).

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" (Sentencia del 30.07.92. Consejero ponente: Dr Daniel Suárez Hernández).

En igual sentido, otra providencia con ponencia del magistrado Carlos Betancurt 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 victima 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 (llámeselos "medios", si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió; que estudio la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordeno los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnostico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determino la terapéutica correspondiente; que preparo al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeo del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyo al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizo los equipos adecuados; que practico las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controlo los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las ordenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explico al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este periodo; 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, alguna jurisprudencia argentina, por ejemplo, es opuesta a semejante posición de la legislación colombiana. En una sentencia de 1976, uno de los magistrados australes expresa:

"...la tesis contraria podría estimular en demasía las demandas malévolas o extorsivas y poner en constante jaque a los facultativos, obligándolos a probar cada momento su diligencia, lo que no es recomendable..."

Autores italianos como Pistolese, también se oponen a dicha posición:

"...Por mucho que valga un médico, no puede trabajar con la seguridad de una maquina y muchas veces aun estando seguro de haber actuado según los dictados de la ciencia, la naturaleza puede traicionar su esperanza sin su culpa..."

Desafortunadamente, no existe una posición unánime y el desacuerdo existente entre jueces, incluso de la misma escuela, es notorio. Sin embargo, existe una fuerte

tendencia a invertir la carga de la prueba, en la misma forma en que esta ocurriendo en nuestra jurisprudencia, con todos los inconvenientes que ya hemos mencionado. La posición actual del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta) es la siguiente:

"...el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la practica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de Junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predican que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por los mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo...Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

Este amplio criterio de racionabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al merito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones "homini" de culpa contra la parte que observo una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones mas favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes (Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8 Ed, Abelardo Perrot, pag 497)

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La primera posibilidad de eximir al profesional de responsabilidad se tiene con la prueba de un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado. Nuestra legislación establece que el deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora o que este haya sobrevenido por su culpa. Respecto a la prueba aduce la disposición que la que atañe a la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la del caso fortuito al que lo alega.

La segunda es la que denomina caso fortuito, es decir aquella circunstancia que no es posible prever o que, de haber sido prevista, no es posible evitar. El deudor (médico) no es responsable del caso fortuito (La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega).

La tercera es la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico, combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio. La cuarta es el fracaso del tratamiento por circunstancias idiosincráticas del mismo enfermo, a pesar del cuidado, la experiencia, la mesura y la buena voluntad del médico.

Respecto a este ultimo punto es necesario recordar que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación “de medio” y no “de resultado”, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige. Esto es conocido desde hace muchos anos por la jurisprudencia colombiana:

Sentencia del 5 de Marzo de 1940

“...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo esta obligado a desplegar en pro de su 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...”

Una sentencia previa de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Mayo 31 de 1938, GJ T XLVI, p 571-572) dice a la letra:

"...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..."

E incluso una mas reciente (Noviembre 26 de 1986. Magistrado ponente: Dr Héctor Gómez U).

"...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabia que era el indicado..."

Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el numero de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran numero de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

Por lo anterior, la culpa contractual no es simplemente la inejecución de una obligación, excepto que se pruebe en forma absoluta la presencia de negligencia, imprudencia, impericia, ignorancia o dolo al ejecutar el acto médico.

En cuanto a la duda sobre la idoneidad de un tratamiento médico, es pertinente citar la recomendación N 11 del II Congreso Internacional de Derecho de Danos en 1991, realizado en la Argentina, el cual dice a la letra:

"...Cuando se cuestione en un caso concreto la idoneidad de un tratamiento médico, y no exista un criterio uniforme, bastara con que una respetable minoría comparta tal criterio, a efectos de que el fracaso del tratamiento (por se) no genere responsabilidad profesional..."

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley.

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Confirmar como en efecto confirma la resolución de archivo de la investigación en contra de los doctores S.P.V.A. Y J.C.G.M., de condiciones personales y profesionales conocidas. ARTICULO SEGUNDO. Enviar el proceso al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTICULO TERCERO. Contra la presente resolución no caben recursos. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado-Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada;EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, catorce (14) de febrero del año d os mil diecisiete (2017).

SALA PLENA SESIÓN No. 1354 DEL CATORCE (14) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2017)

REF: Proceso No 2014-135 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila

Denunciante: TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL HUILA
DE OFICIO
Denunciada: DRA. E.T.C.G.

MAGISTRADO PONENTE: DR FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ
Providencia No. 13-2017

VISTOS:

Mediante providencia del 11 de diciembre de 2015, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila decide formular cargos por la presunta violación del artículo 7 literal a, de la ley 23 de 1981 a la Doctora E.T.C.G. El 9 de marzo de 2016 la médica implicada rinde diligencia de descargos y solicita la práctica de unas pruebas.

Mediante providencia del 20 de abril de 2016, el Tribunal seccional resuelve no decretar las pruebas solicitadas, y el día 29 de abril de 2016, deja constancia a folio 219 de no haberse presentado recursos, sobre la providencia que niega las pruebas solicitadas.

Mediante providencia del 19 de octubre de 2016 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila, considera que se debe imponer una sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión por un período superior a seis meses, y por tanto remite el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

En providencia Nº 95-2016 el Tribunal Nacional de Ética Médica resuelve: Artículo Primero. Declarar culpable de violación de la ley 23 de 1981 en su artículos 7 literal a), a la Dra. E.T.C.G. identificada con la cédula 28.688.330 de Chaparral Tolima y registro médico Nº 731085.

Articulo Segundo: Imponer a la Dra. E.T.C.G. una sanción de Suspensión del ejercicio de la medicina por espacio de dos (02) años.

Con fecha treinta (30) de enero de 2017, dentro de términos, se recibe por parte del Dr. Roberto Ramírez Quintana, apoderado de la Dra. E.T.C.G., recurso de reposición y subsidiario de apelación a la providencia 95-2016 de este tribunal.

El caso, por conocimiento previo, correspondió al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez.

HECHOS

"En medio de comunicación regional, Diario del Huila, se publicita un caso de presunta "negligencia médica" bajo el título "MUJER POR POCO PIERDE SUS BRAZOS EN CIRUGÍA ESTETICA". La noticia data del 26 de noviembre de 2014 y de la misma se extrae que en el mes de agosto de 2012 la señora X.O. requiere recorte de piel en sus brazos luego de haberse sometido a un procedimiento que la hizo bajar de peso. Según el reporte noticioso la señora O. narra que en "... el 2012 me hice una lipo con la doctora E.C., en las lipo quedé bien, pero yo quedé con exceso de piel, entonces yo le dije que me recortara y ella me recortó. Me lo hizo con anestesia local y en el sitio donde ella trabaja. Cosa que no debería ser así. Pensé que era en una clínica, como era recorte de piel, pensé que era diferente. Hizo mucho recorte de piel, entonces al inflamarse la piel.(sic) Ese día no hubo ni las pinzas, porque ella ese día tuvo que recoger la piel interna con unos ganchos especiales, pero no los tenían, entonces pusieron los que encontraron, porque igual no me podían dejar así".

AI parecer la médica salió a vacaciones y no estuvo al tanto del proceso de recuperación de la paciente, luego se presentó infección en el área del procedimiento, la cual en sus términos no fue tratada adecuadamente por la Dra. C.

En otro aparte se reproduce lo que pareciera ser una entrevista a la paciente en donde afirma: "quedé con limitaciones, yo no puedo alzar los brazos, la piel no me da a pesar de que ha pasado tiempo. Si me hago una moña, tengo que agacharme y cogerme la moña y ya yo quedo con eso porque quien me arregla".

En varias oportunidades se trató de contactar a la señora X.O. para rendir testimonio pero los intentos fueron fallidos. "(copia textual folio 226)

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Comienza la defensa planteando que de acuerdo al artículo 73 del Código de procedimiento penal, se venció el plazo para establecer una querella. Y que por lo tanto se habría viciado el debido proceso.

ARTÍCULO 73. CADUCIDAD DE LA QUERELLA. La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses".

Una vez pasados 6 meses después de ocurridos los hechos, vence el plazo para establecer una querella y que por lo tanto en el caso "sub judice" se violó el debido proceso, dado que pasaron dos años después de ocurridos los hechos, para iniciar la investigación Ético disciplinaria a la Dra. E.T.C.G.

Este planteamiento no puede ser de recibo dado que aquí no hubo ninguna querella sino que, simplemente un medio de comunicación dio la noticia y de conformidad con la misma el Tribunal de Primera Instancia dio comienzo a la investigación, es decir que el proceso se inició de oficio, una vez que el tribunal seccional tuvo conocimiento de los hechos.

En el derecho procesal penal, los delitos en razón a quien tiene la iniciativa para impulsar el nacimiento o ejercicio de la acción penal se dividen en delitos de investigación oficiosa, delitos querellables, y delitos que exigen petición especial. Las razones o motivos que impulsan al legislador para realizar esta división obedecen a los que quedan dentro del primer grupo son conductas que afectan intereses sociales y públicos, o aquellos que afectando intereses fundamentalmente privados, son de máxima gravedad, por la importancia axiológica de los derechos tutelados, casos en los cuales el Estado se reserva el derecho para iniciar el ejercicio del ius puniendi, de manera espontánea u oficiosa, es decir, que no es indispensable que nadie denuncie, no es necesario que nadie informe a la autoridad sobre la ocurrencia de ese hecho, sino que basta que un funcionario de la justicia penal tenga conocimiento por cualquier medio informativo, incluso por mera información personal, para que determine la iniciación oficiosa del respectivo proceso penal.

En el artículo 74 del C. de P. P. se hace una enumeración taxativa de cuáles son los delitos que exigen querella de parte.[1] Lo anterior nos indica que todos los demás son delitos de investigación oficiosa.

Los delitos querellables, son conductas que afectan derechos eminentemente particulares y de menor trascendencia en la escala axiológica que nos impone la moral y la cultura dominante en la nación colombiana. Tratándose de delitos que solo afectan intereses particulares y de menor importancia, el legislador deja a criterio del ofendido o víctima de la delincuencia, para que solicite al Estado, que se inicie el adelantamiento de la acción penal. Es decir, que si la víctima no incita al Estado para que inicie la respectiva investigación penal, el Estado no puede ejercer el ius puniendi, potestad constitucional otorgada al Estado por el constituyente, como una manifestación de la soberanía interna del mismo. La investigación de éstas infracciones a la ley penal depende entonces de manera exclusiva de la voluntad de la víctima.

Los delitos que exigen petición especial, son todos aquellos relacionados con la competencia extraterritorial que tiene el Estado colombiano para investigar hechos delictivos ocurridos por fuera del territorio nacional, potestad que surge de la aplicación de los principios de nacionalidad, real o de protección y del principio de jurisdicción universal de la ley penal. Los anteriores principios significan que por ser el autor o la víctima de la conducta, de nacionalidad colombiana, el Estado se arroga el derecho de investigar tales hechos, sin importar el sitio del mundo donde

---

1 Artículo 74. Delitos que requieren querella. Modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de junio 24 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Para iniciar la acción penal será necesario querella en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:*

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.

2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1° y 2°); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1°); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1°); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); "violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229);" maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); "inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233)"; malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2°); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3°); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200).

Parágrafo. Adicionado por el art. 3o de la Ley 1542 de Julio 5 de 2012. En todos los casos en que se tenga conocimiento de la comisión de conductas relacionadas con presuntos delitos de violencia contra la mujer, las autoridades judiciales investigarán de oficio, en cumplimiento de la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres consagrada en el artículo 7° literal b) de la Convención de Belém do Pará, ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 248 de 1995.

se haya cometido; el principio real o de protección, según el cual por ser ofendido el Estado colombiano o una persona de nuestra nacionalidad, el Estado igualmente adquiere la competencia para investigar tales hechos, sin que importe el sitio donde los mismos hayan tenido ocurrencia, y finalmente el principio de la universalidad de la ley penal colombiana, o jurisdicción universal de la ley penal, que proporciona al Estado colombiano la competencia para investigar cualquier hecho delictivo, sin que importe el lugar donde el mismo se haya perfeccionado, y sin que importe la nacionalidad del autor, siempre y cuando, el sujeto activo del delito se encuentre en territorio colombiano. En todos los casos anteriores, solo se podrá dar inicio a la correspondiente investigación penal, cuando preceda querella de parte, o petición especial del Procurador General de la Nación.[2]

Esta división de los delitos surge de la voluntad del propio Constituyente que así lo determina en el artículo 250 de la Carta Política al determinar:

*"ARTICULO 250. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>**La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio**, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para*

---

2 ARTICULO 16. EXTRATERRITORIALIDAD. La ley penal colombiana se aplicará:

1. Inciso modificado por el artículo 22 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el artículo 323 del presente Código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

En todo caso se tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere estado privada de su libertad.

2. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero.

3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1o., cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

5. Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años (2) y no hubiere sido juzgado en el exterior.

En este caso sólo se procederá por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:

a) Que se halle en territorio colombiano;

b) Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) años;

c) Que no se trate de delito político, y

d) Que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano. Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal.

En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querella o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior.

la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese que se impone una obligación constitucional a la Fiscalía para investigar todos los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, lo que nos indica, que en los delitos querellables, sino se presenta la iniciativa o el ruego del ciudadano víctima del delito a la Fiscalía para que investigue uno de esos delitos, no habrá surgido ninguna obligación investigativa para la Fiscalía y por tanto se trata de una actividad delictiva, que no podrá ser investigada. Ese mandato constitucional se encuentra reiterado en el artículo 66 de la Ley 906 de 2004 al determinar:

"ARTÍCULO 66. TITULARIDAD Y OBLIGATORIEDAD. ***El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio****, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.*

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías. (Lo destacado no lo es en el texto).

Los anteriores preceptos nos indican con claridad que es requisito de procedibilidad para poder dar inicio a la investigación penal que ésta, esté precedida por la respectiva querella o la petición especial formulada por el Procurador General de la Nación.[3]

Es el propio legislador quien nos indica quienes son las personas que pueden ser querellantes legítimos, disponiendo que solo lo serán el sujeto pasivo del delito y si este fuere un incapaz, la querella debe ser presentada por su representante legítimo

3 ARTÍCULO 70. CONDICIONES DE PROCESABILIDAD. La querella y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal.
Cuando el delito requiera petición especial deberá ser presentada por el Procurador General de la Nación. (Lo destacado no lo es en el texto).

y si el querellante legítimo ha fallecido, la querella podrá ser instaurada por sus herederos y si el querellante legítimo se encuentre imposibilitado para instaurar la querella, la misma podrá ser interpuesta por el defensor de familia, por el agente del Mrio. Pco. o por los perjudicados directos.[4]

Lo anterior quiere decir, que si por error, se abre por parte de la Fiscalía un proceso oficiosamente, siendo éste querellable, en el mismo momento en que se advierta tal equivocación, se deberá anular la totalidad del proceso y ordenar su archivo, o se debe decretar la preclusión de la investigación.

En las circunstancias normativas precedentes se debe concluir, que el Estado confiere una potestad especial a las víctimas para que en los delitos querellables, soliciten, a la Fiscalía la iniciación de un proceso penal. Esta facultad no es indeterminada en el tiempo, sino que debe ser ejercida dentro de los seis meses siguientes a la consumación del hecho delictivo o si demostrare que por fuerza mayor o caso fortuito no hubiere tenido conocimiento de la ocurrencia del hecho tendrá esos mismos seis meses para instaurar la correspondiente querella, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento de los hechos. Si no lo hace dentro de los términos anteriormente indicados la querella caduca, lo que quiere decir, que el ciudadano pierde la oportunidad de incentivar el nacimiento de la acción penal y ese hecho delictivo no podrá ser objeto de investigación, pese a que no se haya presentado el fenómeno procesal de la prescripción.[5]

Mencionada ésta última institución procesal, debe precisarse que ambos vocablos tienen una cierta similitud en cuanto a su contenido lingüístico, pero pese al mismo, tienen facetas que los diferencian de manera notable, y ello es así, particularmente por la forma como el legislador de manera general ha utilizado los dos vocablos y el significado especial que le ha querido dar a cada uno.

En las circunstancias anteriores, la caducidad hace referencia a la facultad que el legislador confiere a la víctima de un delito, para que solicite dentro de cierto tiempo,

---

4 ARTÍCULO 71. QUERELLANTE LEGÍTIMO. La querella únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.

Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.

En el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia.

El Procurador General de la Nación podrá formular querella cuando se afecte el interés público o colectivo.

La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

5 ARTÍCULO 73. CADUCIDAD DE LA QUERELLA. La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

-6 meses-, a la Fiscalía General de la Nación, para que inicie el correspondiente proceso penal. Se trata entonces de una facultad que el legislador confiere al ciudadano que ha sido víctima de determinados delitos, y que debe ejercer dentro del término establecido por la ley, so pena de perder este derecho, por haberse producido precisamente el fenómeno de la caducidad.

Para demostrar la diferencia entre caducidad y prescripción se debe reiterar que la primera se produce luego de vencidos los seis meses concedidos por el legislador para solicitar a la Fiscalía que inicie el correspondiente proceso penal. Si no hay querella, la Fiscalía no puede iniciar la investigación penal. Y por efectos de la caducidad, no importa que la acción no haya prescrito, porque bien se sabe que ningún delito prescribe en menos de cinco (5) años, lo que quiere decir, que la víctima de un delito de calumnia o injuria, que presenta la querella un año después de haber sido calumniado o injuriado, ya ese hecho delictivo no se puede investigar, pese a que la acción nacida de ese delito aún no ha prescrito. La caducidad entonces es un poder que el Estado confiere al ciudadano víctima de un delito querellable que debe ejercer dentro de los seis meses siguientes a la realización de la conducta delictiva, y si no lo hiciere, pierde el derecho a solicitar la iniciación de la acción penal, pese a que la misma no haya prescrito y simultáneamente la Fiscalía pierde la competencia para investigar tal hecho.

Nuestra estructuración como Estado de Derecho, eliminó las penas eliminativas (pena capital y cadena perpetua), descartó las penas y medidas de seguridad imprescriptibles, de la misma manera, que limitó la capacidad investigativa, persecutora y sancionatoria del Estado en el tiempo, y consecuente con esa filosofía desechó la posibilidad de una persecución indefinida, razón por la cual, consagró períodos prescriptivos para todos los delitos[6], con las excepciones que se derivan de la ratificación del Estatuto de Roma[7], insistiendo que la legislación nacional no fue

6 ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

Adicionado por el Artículo 16 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

7 Como consecuencia de haberse reformado el artículo 93 de la Carta, por medio del artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2001, para poderse ratificar el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, en ese Convenio se consagran delitos imprescriptibles, pero este Tratado no tiene la capacidad de reformar la legislación penal colombiana y solo serán imprescriptibles si esos delitos cometidos en territorio colombiano fueren juzgados por este Tribunal, cuando se den las precisas circunstancia para que adquiera esa competencia subsidiaria.

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

modificada por ese ordenamiento internacional y que por tanto a nivel interno no se puede hablar de delitos imprescriptibles.

La prescripción es el vencimiento del período temporal, señalado por el legislador para que el Estado pueda iniciar un proceso penal, realizar una investigación, implementar una persecución y dictar una decisión sancionatoria; una vez se ha vencido el término señalado por el legislador para cada delito, el Estado pierde capacidad para ejercer el ius puniendi en relación con ese hecho delictivo, precisamente por haberse perfeccionado el fenómeno procesal de la prescripción de la acción penal.

Desde ésta perspectiva se evidencia la diferencia entre caducidad y prescripción, porque en aquella, es el ciudadano el que pierde la capacidad para solicitar al Estado el inicio de una investigación penal, por una conducta delictiva que lo afectó en calidad de víctima; mientras que en ésta, con el vencimiento del término señalado por el legislador para adelantar la acción penal, es la pérdida para el Estado de la capacidad persecutora y sancionadora del mismo.

La gran similitud entre caducidad y prescripción es que en ambos casos, esos delitos ya no pueden ser investigados, en el primer caso porque el ciudadano dejó vencer el término concedido por el legislador, para poder solicitar válida y legalmente a la Fiscalía que inicie la respectiva investigación penal, por un determinado delito querellable; y en el segundo, porque el Estado dejó vencer el período concedido por el legislador para ejercer válida y legalmente la persecución y la opción sancionatoria. En ambos casos, se termina produciendo la impunidad pero por dos fenómenos similares, pero en definitiva, completamente diferentes.

En el ámbito del proceso disciplinario de manera general la acción es oficiosa y por tanto no existen faltas disciplinarias querellables; es lo que sucede en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, en el que todas las faltas allí tipificadas son de investigación oficiosa. Lo anterior así se determina:

"ARTÍCULO 69. OFICIOSIDAD Y PREFERENCIA. La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992. La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la

suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

Los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal.

Las denuncias y quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originarán responsabilidad patrimonial en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes.

Igual sucede en el ámbito disciplinario ético médico, porque en la Ley 23 de 1981, en su artículo 74, se determina que el proceso disciplinario será de carácter oficioso:

" ARTICULO 74. El proceso disciplinario ético – profesional será instaurado:
a. De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los Miembros del tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.
b. Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona.
En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica.

La vida y la salud son derechos fundamentales consagrados en la Carta Política y tienen un especial trascendencia sobre todos los demás, porque sin estos, es imposible el ejercicio de todos los demás derechos.

Es por lo anterior que en el artículo 11 se consagra el derecho a la vida y más adelante se consagra la salud y la seguridad social como servicios públicos a los que tienen derecho todos los habitantes del territorio nacional.

Con fundamento en las directrices constitucionales anteriores en el proceso disciplinario médico de la misma manera que no existen faltas querellables, tampoco los pacientes ofendidos pueden constituirse parte dentro del proceso para pretender una indemnización por los perjuicios recibidos.

En el proceso disciplinario ético solo se debaten intereses eminentemente sociales y públicos porque el propósito del proceso disciplinario médico es garantizar que la medicina se ejerza dentro de los más estrictos parámetros científicos, técnicos y de la manera más humanizada posible. Es por esta razón que precisamente lo único que interesa es verificar si los disciplinados han cumplido con las exigencias de las lex artis o no, y en caso de que se hubiera producido una vulneración a la ética médica,

de manera necesaria se debe producir la correspondiente sanción, mensaje que se dirige a toda la comunidad médica para requerirlos sobre la necesidad de máxima atención, de preparación profesional idónea, dedicación abnegada y sacrificios personales de los médicos para garantizar la vida y la salud de sus pacientes.

Es entonces de la propia Carta Política que nace la oficiosidad de la acción disciplinaria dentro del proceso de ética médica.

En las circunstancias normativas precedentes, yerra de manera grave el defensor del disciplinado, cuando realiza una serie de reflexiones sobre la caducidad, que solo serían validas, si en el proceso disciplinario existiera faltas querellables, pero como las mismas son inexistentes en éste ámbito ha de concluirse que son inaceptables las argumentaciones de la defensa, por partir de supuestos normativos equivocados, por no decir que inexistentes.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila, en una decisión que comparte esta superioridad, resolvió considerar como pruebas de la existencia de los hechos: La Historia clínica de la paciente señora X.O. obrante a folios 15 a 25 del expediente, la versión libre de apremio de la Dra. E.T.C.G., y los descargos de la doctora C., obrantes a folios 214 a 219, en ningún momento el tribunal seccional considera prueba sumaria, el informe periodístico aparecido en el Diario del Huila, que dio origen a una investigación pero que claramente no puede ser tenido como prueba. Con las pruebas antes relacionadas se demuestra la intervención quirúrgica realizada por la disciplinada y las faltas a la ética médica en que incurrió al haberla operado en el consultorio, sitio no idóneo para este tipo de intervenciones y no haber cumplido con sus obligaciones profesionales en el post-operatorio.

Respecto a la ausencia del testimonio de la paciente X.O., al no ser ella la parte acusatoria, y estando plenamente comprobados los hechos, no es indispensable su declaración, porque existiendo libertad probatoria, su testimonio puede ser suplido por otros medios de convicción.

En épocas pretéritas existió el sistema probatorio conocido como tarifa probatoria o tarifado, éste método consistía en que el legislador de antemano a la existencia del hecho delictivo y del correspondiente proceso, señalaba normativamente con qué medios de prueba se podía demostrar la existencia de determinado hecho; de la misma manera que señaló el valor que el juez debía de darle a cada medio de prueba, en todos y cada uno de los procesos de que tuviera conocimiento. Es decir se descartaba de manera total el arbitrio judicial en el análisis y valoración de los medios de convicción.

Como es de suponer, se trataba de un sistema arcaico, en el que se destacaba ante todo la desconfianza del legislador en la integridad moral de los jueces, porque a nivel probatorio no se le dejaba ningún arbitrio para que aplicara su criterio personal en el análisis y valoración del acerbo probatorio, en cada caso en concreto.

Se trató de una metodología injusta y alejada de la vivencia social, porque desconocía la realidad respecto a la multiplicidad de diversos fenómenos personales que inciden en la veracidad o falsedad de un medio de prueba y en su gran, menor o ninguna capacidad probatoria

Es imposible que la previsión del legislador al elaborar normas de carácter general, antes de que los hechos susceptibles de ser investigado se hubieran producido como fenómenos sociales, pudiera comprender la infinita variedad y la extensa gama de aspectos que deben ser tenidos en cuenta en relación con un medio probatorio y con su capacidad probatoria.

El Código procesal de 1890 fue el último código en el que rigió entre nosotros de manera integral el sistema tarifado, aunque se pueden observar algunos vestigios del mismo en el código procesal penal de 1938, y en el código procesal civil de 1935. En ese tipo de códigos tarifados aparecen normas en las que se dice que tales medios de prueba no sirven como medio de prueba, y para mencionar un ejemplo de los más comunes, la prohibición de usar el testimonio del menor de 12 años.

De la misma manera se establece que la confesión es prueba plena y a otros medios de prueba se determina que son prueba semiplena. Y en todos los casos determinaba el legislador y no el juez, cual era el valor probatorio de cada prueba.

El sistema imperante hoy de manera generalizado a nivel universal es el de la libertad probatoria y de la libre apreciación probatoria, según el cual, el legislador reglamenta unos medios de prueba, - testimonio, pericia, documentos, inspección, y de referencia -, pero al mismo tiempo determina, que es aceptable cualquier otro medio de prueba, siempre y cuando en su práctica no conlleve a una violación de los derechos humanos. En tal sentido se dispone:

“ ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

El indicio que es una prueba que ha estado regulada en todos los códigos precedentes, no aparece ni siquiera mencionado y por tal razón no se podría afirmar que el indicio en la actualidad no puede ser utilizado como medio de prueba en una decisión judicial.

Este sistema probatorio, conlleva de manera necesaria a la libre apreciación probatoria, según el cual, el juez en cada caso, de conformidad con su criterio personal, y de conformidad con las reglas de la sana crítica, - ciencia, lógica y experiencia -, valora las pruebas en conjunto, siguiente las reglas señaladas para cada medio de prueba. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

Esos criterios de valoración para cada medio probatorio no constituyen una camisa de fuerza, que limite el criterio personal del juzgador, sino que son meras orientaciones de cómo debe hacerse la apreciación probatoria. Veamos algunos de los modelos propuestos por el legislador:

"ARTÍCULO 404. APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

"ARTÍCULO 420. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

" ARTÍCULO 432. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL. El juez apreciará el documento teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido.

2. Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido.

3. Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre.

La necesidad de la libertad probatoria surge en nuestro criterio de los mismos postulados constitucionales, puesto que es una realidad que en un verdadero Estado de Derecho, no se puede tener otra pretensión procesal, que la de la búsqueda y obtención de la verdad histórica de los hechos motivo de investigación. Precisamente en el artículo 228 constitucional se establece a la administración de justicia como un servicio público que el Estado presta a sus súbditos, se consagra la publicidad de la misma, su autonomía y desconcentración, se establece la diligencia en el cumplimiento de los términos y se determina, que en el proceso de administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. En tal sentido se determina:

"ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley ***y en ellas prevalecerá el derecho sustancial****. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Lo destacado no lo es en el texto).*

La prevalencia del derecho sustancial significa que el propósito de la administración de justicia debe ser la conquista de la verdad sobre los hechos motivo de investigación y que una vez obtenida, de conformidad con la misma, se apliquen las normas jurídicas pertinentes, de acuerdo con los hechos probados dentro del proceso.

Sobre la libertad de los medios de prueba el jurista italiano Eugenio Florian nos enseña:

" El principio de la verdad material, que en el proceso brilla con luz propia y constituye el fundamento del sistema probatorio, y el criterio del libre convencimiento, que es el alma y el espíritu vivificador de este sistema, llevan conjuntamente a la conclusión de que los medios de prueba no pueden señalarse en una enumeración taxativa e inmodificable. Así se manifiesta en toda su firmeza el principio de la libertad de los medios de prueba.

También es fuera de duda que la naturaleza de las cosas impone un límite a la serie de órganos de prueba, que no pueden ser sino personas físicas que tienen determinados deberes: más lo que se trata de establecer al proclamar la libertad de los medios de prueba, es que el juez y a los órganos de prueba (en especial los funcionarios de policía judicial y los peritos) les es lícito averiguar la verdad con

todos los medios modernos que aconseja la ciencia en sus sucesivos progresos. En otras palabras, las operaciones en que se concreta el medio de prueba no tienen límites ni modos fijados previamente de manera absoluta en la ley.

Los adelantos de las ciencias y de las artes dan paso a nuevos medios para descubrir la verdad (piénsese en los métodos de identificación introducidos por la policía científica, en la fotografía, en el cinematógrafo, etc.).

Ahora bien, esos nuevos medios deber ser aplicados. En suma, la investigación de la verdad no deber ser un principio vacío y teórico, que se deje flotando en el aire, sin fundamento en la realidad; por el contrario, en el proceso deben utilizarse todos los instrumentos adecuados, en el caso concreto, para la averiguación de la verdad se realice en forma completa. Por consiguiente, la enumeración de los medios de prueba que se encuentra en los códigos tiene carácter puramente indicativo y demostrativo. Y la enumeración que de ellos hace la ley no es taxativa.[8]

Hoy más que nunca se impone el sistema de la libertad probatoria y de la libre apreciación, porque con el portentoso desarrollo de las ciencias, sería irracional, descartar toda esa avalancha de innovaciones tecnológicas, que pueden ser utilizadas como medios de prueba, para llegar al descubrimiento de los hechos.

De allí que la enumeración de los medios de prueba que se hace en los códigos, nunca sea taxativa, siempre dejándose el campo abierto para que el juez acuda a otros medios de prueba, ni siquiera mencionados en la legislación.

De los sucintamente destacado ha de concluirse que la muerte y las lesiones personales, para no citar sino dos hechos que pueden ser objeto de prueba en un proceso, pueden en principio ser probadas por la necropsia y por el dictamen médico legal; pero en ausencia de ésta prueba, no necesariamente ha de aceptarse que son hechos indemostrables, porque precisamente la libertad probatoria le permite al juzgador demostrar cualquier hecho motivo de investigación, por cualquier medio probatorio y en tales circunstancias, los dos hechos que hemos tomado como ejemplo, podrían ser probados perfectamente por medio de la historia clínica, si la misma se hubiere realizado, de la misma manera que pueden ser probadas por medio del testimonio, o pueden serlo por prueba documental, mediante fotografías o videos, sin que sea

8 De las pruebas penales. Eugenio Florian, Pág223y s, Tomo I, E. Temis, Bogotá, 1976.

necesario que sigamos exponiendo qué otros medios probatorios son idóneos para probar los hechos antes mencionados.

La ausencia entonces del testimonio de la ofendida, en ningún caso vulnera el debido proceso, como lo pretende equivocadamente la defensa, porque con los restantes medios probatorios existentes en el proceso, son más que suficientes para demostrar la existencia del hecho, la intervención quirúrgica, y las faltas a la Ética Médica, cometidas por la disciplinada.

Concuerda plenamente este Tribunal Nacional con lo expresado por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila cuando a folios 232 y 233 afirma:

Del material probatorio obrante en el proceso (copia de la hoja de vida de la disciplinada) se concluye que la Dra. E.T.C.G. identificada con cédula de ciudadanía numero ... expedida en ... y Registro Medico ... cuenta con título como MEDICO Y CIRUJANO otorgado por la Universidad Metropolitana de Barranquilla.

De igual manera quedó establecido que la citada profesional de la medicina para la época de los hechos no contaba con título convalidado por el Estado Colombiano para el ejercicio de la Cirugía Plástica lo que no pudo ser desvirtuado por la disciplinada y su defensa, y por el contrario, fue reconocido en la diligencia de descargos cuando señala "Sumado a mi formación académica en medicina y cirugía estética que he anexado al expediente, que si bien es cierto no conlleva a el titulo de Medico Especialista en Cirugía Plástica, si demuestran mi idoneidad en este campo" (folio 215 envés y 216). La negrilla es nuestra.

AI respecto es importante señalar que es potestad del Estado Colombiano a través de sus diferentes instituciones, definir en el tiempo las competencias de las diferentes especialidades médicas en el manejo de las diferentes patologías y situaciones del paciente, y no de este Tribunal ni los propios médicos.

La percepción personal de "ser capaz" y de estar "debidamente entrenado" para una determinada actividad medica másallia de la medicina general, más en patologías no urgentes y quirúrgicas, no corresponde ni está en manos de cada médico, en nuestro país son la universidades debidamente reconocidas y con programas académicos debidamente acreditados, las encargadas de determinar las competencias de cada médico. No se trata de desmeritar los estudios, aptitudes y habilidades que pueda tener la Dra. C.G. como Médico Cirujano, pero sí de hacer claridad sobre las limitaciones y alcances de su ejercicio profesional, así como definir de conformidad con la normatividad vigente sobre quien recae la responsabilidad de realizar

procedimientos quirúrgicos como los realizados a la señoras X.P.O., y quienes son los encargados de definir y respaldar esas habilidades, y estudios. Estudios que para la fecha de los hechos y hasta el momento de descargos, la misma Dra. E.T.C.G. manifiesta no tener título universitario en Cirugía Plástica, Reconstructiva y Estética reconocido en nuestro país.

Realizar actividades quirúrgicas en particular electivas, no urgentes, solitarias, más cuando lo que se busca son resultados estéticos claramente definidos en el ámbito de una especialidad (Cirugía Plástica, Reconstructiva y Estética, tal y como se le conoce en Colombia) respaldada en cursos y programas de adiestramiento en cirugíaestética resulta temerario y se aleja de la lex artis. Amplia ha sido la jurisprudencia por parte del Tribunal Nacional de Ética Medica al respecto, citamos para el presente caso la Providencia NO.11- 2013, del 19 de febrero de 2013, en la que la Magistrada Dra. Lilian Torregrosa Almonacid expresa 10 siguiente:

'(. . .) La Cirugía Plástica como lo definen claramente las Asociaciones Científicas a nivel internacional/, tiene entonces dos áreas que son la cirugía reconstructiva y la cirugía estética. La primera dio origen a la segunda y en el momento de su aplicación, estos dos principios son inseparables.

Lo anterior explica el porqué, para que un médico sea reconocido como un verdadero Cirujano Plástico, es necesario que en su entrenamiento haya adquirido las competencias suficientes en cirugía plástica, reconstructiva y estética componentes de los cuales carecen la mayoría de programas cortos ofrecidos en diversas partes del mundo, que desde ningún punto de vista pueden compararse con un entrenamiento formal e integral en Cirugía Plástica. Estos cursos y entrenamientos prometen la adquisición en corto tiempo, de algunas competencias para abordar problemas cosméticos y concentran su atención sobre las cirugías y procedimientos que la población demanda can más avidez, y por lo tanto representan un mayor beneficia económico; las prótesis mamarias, glúteas, la lipoescultura, la abdominoplastia, rinoplastia, blefaroplastia, los reIlenos faciales y la aplicación de Botox, para citar los más solicitados, pero omiten el extenso entrenamiento que se requiere para abordar problemas reconstructivos, lo cual constituye el fundamento de la especialidad misma y por lo tanto es un requisito para que el cirujano pueda ejercer en este campo de la medicina de acuerdo con los más elevados estandares de calidad (.. .)."

La Normatividad en cuanto a los programas de educación superior en Medicina, corresponde en Colombia, a diferencia de muchos países, al Ministerio de Educación Nacional y no al Ministerio de Salud.

La ley 30 de 1992, es muy clara en cuanto a los fundamentos, principios, fomento, inspección y vigilancia de la Educación superior en Colombia.

La ley 1164 de 2007 en su artículo 4º crea el CONSEJO NACIONAL DE TALENTO HUMANO EN SALUD. En su Capítulo III trata de las características de la formación del Talento Humano en salud , en el Capítulo IV del ejercicio de las profesiones y de las ocupaciones del Talento Humano en Salud, y en el Capítulo del Desempeño del Talento Humano en salud. El artículo 26 fue modificado por la ley 1438 de 2011, es decir en fecha posterior a los hechos que nos ocupan.

La ley 1188 del 25 de Abril de 2008 regula el Registro Calificado de los Programas de Educación Superior, y aplica para todas las especialidades Médicas, está reglamentada por el Decreto 1295 del 20 de Abril del 2010.

En Colombia, las Especializaciones médicas y quirúrgicas se definen según el artículo 23 del Decreto 1295 del 20 de abril de 2010 del Ministerio de Educación, por el cual se reglamenta el registro calificado de que trata la Ley 1188 de 2008 y la oferta y desarrollo de programas académicos de educación superior como:

"Son los programas que permiten al médico la profundización en un área del conocimiento específico de la medicina y adquirir los conocimientos, competencias y destrezas avanzados para la atención de pacientes en las diferentes etapas de su ciclo vital, con patologías de los diversos sistemas orgánicos que requieren atención especializada, lo cual se logra a través de un proceso de enseñanza–aprendizaje teórico que hace parte de los contenidos curriculares, y práctico con el cumplimiento del tiempo de servicio en los sitios de prácticas asistenciales y la intervención en un número de casos adecuado para asegurar el logro de las competencias buscadas por el programa"

En resumen la legislación es muy clara en cuanto a las condiciones necesarias para realizar un programa de educación superior en medicina, requisito indispensable para ejercer cualquier especialidad médica en Colombia.

Así las cosas, la Dra. C.G. debió mantenerse firme en su posición cuando menciona que el procedimiento es competencia del especialista, y no ceder a las pretensiones de su paciente, dado que no era idónea para su realización. Con mayor razón si no era urgente, y existían en la ciudad otros especialistas habilitados para hacerlo.

Basten las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Medica en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. NO REPONER la decisión de declarar culpable de violación de la ley 23 de 1981 en su artículos 7 literal a), a la Dra. E.T.C.G. identificada con la cédula …. de …. y registro médico …, y por lo tanto se confirma la sanción impuesta de suspensión del ejercicio de la medicina por espacio de dos (02) años. ARTICULO SEGUNDO: Conceder a la Dra. E.T.C.G. la Apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado -Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado Ponente; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, marzo treinta y uno (31) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1265 DEL TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: Proceso No 2014-97 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila

Denunciante: Sra. L.M.F.R.
Denunciada: DRA. E.T.C.G.

MAGISTRADO PONENTE: DR. FRANCISCO JAVIER HENAO PEREZ
Providencia No.19-2015

VISTOS:

Mediante providencia del 27 de Agosto de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila decide formular cargos por la presunta violación de los artículos 7 (numeral 1), 10,16,y 46 de la ley 23 de 1981 , en concordancia con los artículos 9,10,y 13 del Decreto 3380 de 1981,a la Doctora E.T.C.G..

El 1 de Octubre de 2014 la médica implicada rinde diligencia de descargos y a través de su apoderado solicita la práctica de unas pruebas.

Mediante providencia del 10 de diciembre de 2014, el Tribunal seccional no decreta las pruebas solicitadas.

El 19 de Diciembre de 2014, el apoderado de la médica implicada interpone recursos de reposición y apelación contra la providencia que negó las pruebas. Mediante providencia del 5 de Marzo, de 2015 el tribunal seccional no repone la decisión y concede el recurso de Apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética médica.

El 17 de Marzo de 2015 se recibe el expediente en esta corporación consta de un cuaderno de 248 folios, y el 24 de Marzo, es puesto para reparto, correspondiendo por sorteo al por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez, quien procede a resolver el recurso de acuerdo a los siguientes:

HECHOS

La Señora L.M.F.R. acudió en el mes de octubre de 2010 al consultorio de la Dra. E.T.C.G., con el fin de que le realzara la región glútea, la Doctora le informó que llevaba más de 10 años haciendo ese procedimiento, que era inofensivo para la salud, y que lo hacía aplicando ácido hialuronico. La intervención se llevó a cabo el día 02 de Diciembre de 2010 en el "Siluet Spa" de la ciudad de Neiva, con anestesia local, por la Doctora, E.T.C.G. con ayudantía de la Doctora G.M. Según folios 202 a 208. Poco tiempo después, informa la quejosa, que aparecieron manchas rojizas en los glúteos a las cuales la Dra. E.T.C.G. no dio mayor importancia, y que luego de que la quejosa vio un programa de televisión en donde se informaba que en la mayoría de las pacientes a quienes se les hacia ese tipo de cirugía se les aplicaba biopolímeros en lugar de ácido hialuronico.

La quejosa consulto con la Dra. E.T.C.G. acerca de lo que le aplicó y está a le informó que nunca le había prometido aplicarle ácido hialuronico. La quejosa acude nuevamente a donde la Dra. C., informando que se le niega al teléfono y que ha dejado mensajes con la secretaria sin obtener ninguna respuesta.

El día 23 de Octubre de 2012 la paciente recibe una fórmula de la doctora E.T.C.G., en la que se le indica: Ultrasonido, Carboxiterapia y Novader K. (folio 006 y 007). Al respecto en su versión libre la Doctora E.T.C.G. anota: "No recuerdo haber tratado a la señora en mención, ha pasado mucho tiempo, revisé una historia clínica del 23 de Octubre de 2012, en donde la paciente fue a revisión porque hacía dos años se le había realizado un implante en glúteos, y que desde hace tres meses presentaba manchada la cola, en la historia de ese día niega dolor, no fiebre, en revisión por sistemas actualmente asintomática, en antecedentes quirúrgicos implante hialucorp en glúteos hace dos años, no se encuentra historia clínica inicial, paciente manejado por la empresa llamada siluet spa empresa actualmente inexistente, al examen físico paciente en buenas condiciones, afebril, hidratada, consciente, TA: 90/60 FR:17 FC:88, sin síndrome de respuesta inflamatoria, cabeza, cara y cuello normal, cardiopulmonar normal, abdomen normal, cadera glúteos simétricos, presenta área de 5cm pigmentada levemente, plana desaparece a la digitopresión, no rubor, no calor, no enrojecimiento, no fluctuación, ganglios negativos, extremidades normales, opinión no hay evidencia de proceso infeccioso, de tejidos blandos, no hay evidencia

clínica de granulomas, o conexiones (sic) intergluteos o subdérmicas Diagnóstico: posible reacción dermatológica idiosincrática tardía de tipo hiperpigmentación, no vasculítica, y una alogenosis iatrogénica??, un plan carbociterapia 20 sesiones 60cc de CO2 local, ultrasonido de 1 megaherg (sic) 10 sesiones con corticoide, novader K crema al 1% local, revisión en un mes, recomendaciones, orientación inspecciones." (Folio 076).

La quejosa solicita que se le retire la sustancia que le aplicaron, ya que consultó a cirujano plástico en Bogotá, quien diagnosticó que padece de "Alogenosis Iatroqenica" debido a las sustancias que le aplicaron, y dicho especialista le cobra $15.000.000.00 por retirar los biopolímeros.

LA SOLICITUD PROBATORIA:

Mediante escrito radicado el 20 de noviembre del 2014, el abogado defensor de la Dra. E.T.C.G. formula la siguiente solicitud probatoria:

1.- Se ordene valoración médico legal a la quejosa con el fin de establecer las secuelas de carácter permanente a que se refiere. Explica la utilidad, pertenencia y conducencia de la prueba en el hecho de no existir prueba que acredite la complicación. Esta prueba se puede practicar por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o por la Universidad que tenga en su pensum especialidad en cirugía plástica y reconstructiva.

Hace un recuento de como las personas se han ido concientizando de sus derechos, y conociendo por los medios de comunicación, cuando su atención médica no ha sido adecuada, y como medios de control social no formales, ponen en tela de juicio la forma como los médicos han ejercido su profesión, para concluir que la prueba pericial juega un papel fundamental en el acervo probatorio, " siendo precisamente este medio de convicción el que le servirá al Honorable Tribunal para esclarecer si los hechos aquí investigados son o no ciertos"(sic).

Luego de una extensa disertación sobre la prueba pericial, reitera que la solicitud de esta prueba no es para determinar la idoneidad del profesional, sino para para verificar que lo querellado sea cierto, y tenga relación entre el actuar médico, y el daño, para construir un nexo causal entre los dos.

2.- Se cite en testimonio al doctor S.U.D., médico especialista en cirugía plástica, para que informe si atendió a la quejosa. Explica la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba en la necesidad de establecer si la quejosa acudió a consulta con el

especialista, si ordeno exámenes y en que basa su diagnóstico de alogenosis iatrogénica. Cita el Articulo 7 de la ley 23 de 1981, y dice "Obsérvese bien que este cargo hace referencia a los servicios de urgencias, no a prestación de servicios médicos particulares, por lo que el cargo está mal imputado" (folio295).

3.- Se oficie al lNVIMA para establecer si el producto HIALUCORP para el año 2010 tenía registro, cuáles eran sus usos y quien tenía permiso para venderlo en el país. Y se citan los artículos 15 y 16 de la ley 23 de 1981, para tratar de probar que la Doctora E.T.C.G. no sometió a su paciente a riesgos injustificados, o no es responsable por reacciones adversas o tardías producidas por el tratamiento.

4.- Se oficie a la Secretaria de Salud del Huila para que aclara el Tribunal que normas estaban vigentes en el año 2010 en relación con la inscripción y habilitación de IPSs, en especial de Siluet SPA. Aclara que obra certificación en el expediente sobre la no inscripción de la referida IPS, sin embargo, la Secretaria de Salud Del Huila había expedido un certificado sobre la no inscripción de la disciplinada, cuando dicha información no era cierta.

5.- Se oficie al Ministerio de Salud y Protección Social para que aclare qué requisitos son necesarios para que un médico y cirujano debidamente graduado, inscrito en la Secretaria de Salud, pueda realizar procedimientos de medicina estética. Además solicita que el Ministerio aclare cuál es la Ley que rige la especialidad de cirugía plástica y reconstructiva, y en que parte de la misma dice que solo los especialistas en cirugía plástica y reconstructiva pueden realizar procedimientos de medicina estética?

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Antes de entrar a analizar cada una de las pruebas solicitadas por la Defensa y Negadas por el Tribunal Seccional de Ética del Huila, es importante recordar la Normatividad vigente al respecto.

Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe. (Artículo 372 ley 906 de 2004).

Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos. (Artículo 373 ley 906 de 2004).

Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. (Artículo 359 ley 906 de 2004).

El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito. (Artículo 375 ley 906 de 2004).

Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento. (Artículo 376 ley 906 de 2004)
1. En su solicitud probatoria, el Doctor ROBERTO RAMIREZ QUINTANA, apoderado de la Dra. E.T.C.G., solicita la prueba pericial, para evaluar una "complicación que aún no está establecida" (sic) (folio 221), y más tarde en su solicitud de reposición y subsidiario de apelación, (folio 134) dice que la prueba "no es para determinar la Idoneidad del profesional, es para verificar que lo querellado sea cierto, y tenga relación entre el actuar médico (conducta) y el Daño"

Sobre lo primero.

En reiteradas oportunidades este Tribunal ha expresado que los actos médicos, y concretamente los Actos de Cirugía Plástica, son de medio y no de resultados, por lo que comparte plenamente la afirmación del Tribunal seccional de Ética Médica del Huila (folio225) cuando expresa. "Se advierte que los cargos formulados no encuentran fundamento en el hecho mismo de las lesiones y/o las secuelas, que pudieron quedar para la paciente, sino en la presunta ausencia de pericia ante el insuficiente respaldo académico para ejercer la medicina en la especialidad plástica, estética y reconstructiva"

Por tanto, aún en el caso que la quejosa presentara secuelas, de "un procedimiento de aumento de tamaño y realce de los glúteos" un dictamen de Medicina Legal o de

cualquier perito, no podría dictaminar sobre la idoneidad, experiencia y certificaciones académicas de quien lo realizó. Para eso es necesario otro tipo de pruebas.

Sobre lo segundo, existe suficiente material probatorio para determinar que los hechos motivo de investigación si ocurrieron: La queja de la Paciente L.M.F.R., la precaria historia clínica de la IPS "Siluet Spa",(folios 202 a 208) la declaración de la Doctora E.T.C.G. a folio 076, en la que recuerda con gran precisión y abundancia de detalles, haber atendido a "una paciente" el día 23 de Octubre de 2012 que coincide con lo relatado por la quejosa, pero que además consta en una fórmula médica firmada y sellada por la doctora E.T.C.G. (folio 006 y 007), en la que se anota exactamente lo que la Médica relató en su versión, no deja de resultar curioso que lo único que la Doctora E.T.C.G. no recuerda, dos años después, de esa consulta, es el nombre de su paciente, aunque figura en una historia clínica con el sello de EMMA SPA IPS fechada el 32 de octubre de 2012(folio 067)

Considera entonces este Tribunal, como lo considera el Tribunal Seccional, que no existe pertinencia en la realización de un Peritaje por parte de Medicina legal o de cualquier otro perito, y que de realizarse no aportaría ninguna información en cuanto a las circunstancias del ejercicio profesional de la Doctora E.T.C.G.

2. Si la realización de la anterior prueba no es pertinente, la citación a rendir testimonio al Dr. S.U.D, lo es menos. Ciertamente el diagnóstico que hace el médico de la paciente es referido en el pliego de cargos porque es traído como una prueba por la quejosa, pero no constituye fundamento para ninguno de los cargos formulados. Respecto al Artículo 7 de la ley 23 de 1981, se refiere precisamente a los casos médicos "cuando NO son de Urgencia".

Es muy claro que en casos de Urgencia y sin la presencia de otros profesionales de mayor experiencia o idoneidad, el imperativo Ético obliga a actuar al médico, de acuerdo a sus capacidades y nivel de formación.

3. La tercera prueba también es impertinente e inútil para la investigación, pues no se aborda la calidad del producto, o su legalidad para la época de los hechos. Los riesgos injustificados no solamente se refieren a la calidad del producto o a la posibilidad de producir efectos secundarios adversos, conocidos o no, sino también a la idoneidad profesional de la persona que los indica.

4. A folio 124 hay una certificación de la Secretaría de Salud Departamental del Huila en la que se lee: "Que revisadas las bases de datos del Registro especial de Prestadores de servicios de salud "REPSS" no se encuentra información alguna que

contemple servicios de salud habilitados por la Doctora E.T.C.G.", está firmada por el secretario de salud y fechada el 30 de Mayo de 2014. Y no existe ninguna razón para dudar de la veracidad o autenticidad del documento. Por lo tanto resulta superfluo volverla a solicitar.

No sobra anotar que ni la habilitación de una IPS habilita en forma automática a las personas que allí laboran, ni la cualificación de un Profesional habilita por ese hecho la institución donde trabaje, en otras palabras: una cosa es la acreditación de una IPS y otra muy distinta la de los médicos que trabajan en ella.

5. Es importante destacar que la Normativa en cuanto a los programas de educación superior en Medicina, corresponde en Colombia, a diferencia de muchos países, al Ministerio de Educación Nacional y no al Ministerio de Salud.

La ley 30 de 1992, es muy clara en cuanto a los fundamentos, principios, fomento, inspección y vigilancia de la Educación superior en Colombia.

La ley 1164 de 2007 en su artículo 4º crea el CONSEJO NACIONAL DE TALENTO HUMANO EN SALUD.

En su Capítulo III trata de las características de la formación del Talento Humano en salud , en el Capítulo IV del ejercicio de las profesiones y de las ocupaciones del Talento Humano en Salud, y en el Capítulo del Desempeño del Talento Humano en salud. El artículo 26 fue modificado por la ley 1438 de 2011, es decir en fecha posterior a los hechos que nos ocupan.

La ley 1188 del 25 de Abril de 2008 regula el Registro Calificado de los Programas de Educación Superior, y aplica para todas las especialidades Médicas, está reglamentada por el Decreto 1295 del 20 de Abril del 2010.

En resumen la legislación es muy clara en cuanto a los requisitos necesarios para realizar un programa de educación superior en medicina, requisito indispensable para ejercer cualquier especialidad médica en Colombia.

Por lo tanto se considera improcedente la práctica de una consulta sobre los requisitos para ejercer una especialidad médica y concretamente la cirugía plástica, estética y reconstructiva.

Finalmente este Tribunal llama la atención a la defensa sobre la inconveniencia del uso de prácticas dilatoria en los procesos.

Basten las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar la negación de la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa de la Dra. E.T.C.G, identificada con la cédula de ciudadanía número ….. expedida en …. y el registro médico número …, por considerarlas impertinentes, inútiles y dilatorias del proceso. ARTICULO SEGUNDO: Contra esta providencia no procede recurso alguno. ARTICULO TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Presidente –Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1337 DEL VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No. 653 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima

Denunciante: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA
Contra el Doctor: J.O.R.N.

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 81-16

VISTOS

Tema e inconformidad: Presuntos malos tratos por parte del Anestesiólogo Dr. J.O.R.N. a los Ginecólogos y personal de salas de cirugía.

Mediante providencia del 28 de abril de 2016 el tribunal seccional de ética médica del Tolima declara que existen méritos para elevar cargos en contra del Dr. J.O.R.N.. El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima en sesión de sala plena ordinaria número mil sesenta y uno (1061) de fecha once 11 de agosto de dos mil diez y seis (2016) no acepto los descargos del médico implicado y le impuso una sanción de suspensión en el ejercicio profesional por el término de treinta (30) días.

El 5 de septiembre de 2016 la apoderada del implicado interpone recurso de apelación contra la decisión del 11 de agosto de 2016.

Por providencia del 9 de septiembre de 2016 el tribunal Seccional concede el recurso de Apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno de doscientos nueve (209) folios que contiene las diligencias fue recibido en el tribunal nacional el 15 de septiembre 2016 ; fue puesto para reparto el día 20 de septiembre de 2016 y correspondió por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez, quien procede a resolver el recurso de acuerdo a los siguientes:

HECHOS:

El día 12 de diciembre de 2013 a las 14:15 ingresa al a sala de partos del Hospital Federico Lleras Acosta- sede LIMONAR, de la ciudad de Ibagué , la paciente C.N.D.R., de 23 años de edad, con un segundo embarazo a término, en fase latente de trabajo de parto. El trabajo de parto evoluciona normalmente, según notas de las 13:30, 16:00. A las 20 Horas se informa (folio35) Tensión arterial normal, pulso normal, actividad uterina F: 2/10, D: 50, tono uterino normal, dilatación 3 cm borramiento 60% fetocardia 145x min, y se hace una apreciación de: actividad uterina regular, trabajo de parto en fase latente, y se continúa con la atención del parto.

A las 23:00 existe una nueva evaluación por el Gineco-Obstetra, que encuentra una actividad uterina normal, con F: 3/10, fetocardia de 143x min dilatación 4.5cm, y borramiento de 80%, procediendo entonces a realizar amniotomía, y evidenciando un prolapso del cordón umbilical, programa inmediatamente para cesárea, obtiene el consentimiento informado, y además la paciente le expresa su deseo de que le realicen un pomeroy por lo que también firma el consentimiento.

A las 00:05 del día doce (12) de Diciembre se inicia la cesárea, a las 00:10 nace producto de sexo femenino. Con apgar al minuto de 6, con quejido y dificultad respiratoria, por lo que el pediatra ordena traslado a la unidad de cuidado intensivo neonatal. La cirugía termina sin complicaciones a las 01:00. Y la evolución posterior de la paciente fue satisfactoria, siendo dada de alta del Hospital dos días después.

La queja fechada el 18 de diciembre de 2013 interpuesta por el Doctor Y.S.J., coordinador de Gineco-Obstetricia, ante el coordinador de Anestesia, Dr. L.A.P., con copias a la gerencia y sub gerencia de la institución dice:

"Cordialmente le informo que el pasado Jueves 12 del presente mes y año en las horas de la noche llegó la paciente C.N.D.R. identificada con CC …., quien se encontraba en trabajo de parto, pero a las 11:20 presenta prolapso del cordón umbilical, requiriendo una cesárea urgente, por lo que se solicitó sala y hasta después de 20 minutos llegó el anestesiólogo de turno Dr. R.; disartrico, hablando y gritando obscenidades. Además de referirse con lenguaje soez e insinuaciones sexuales al personal de enfermería" (folio2)

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Habiendo encontrado méritos para iniciar una investigación preliminar, y posteriormente para formular un pliego de cargos en contra del Dr. J.O.R.N., y cumpliendo con todas la etapas del debido proceso, el Tribunal seccional de Ética del Tolima consideró que el Dr. R. violó los numerales 9 y 10 del artículo primero de la ley 23, los artículos 15, 29 , 36 y 45 de la misma ley, y el artículo 5 de la resolución 1995 de 1999, (folios 192 y 193), y al no aceptar los argumentos expuestos en la diligencia de descargos decidió sancionarlo con la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de treinta (30) días.

La Doctora S.L.G.R., defensora del Dr. J.O.R.N., fundamenta el recurso de apelación en los siguientes puntos:

1.-**DEMORA EN EL PROCEDIMIENTO ANESTÉSICO**

Alega la defensa que el tiempo transcurrido entre el ingreso de la paciente a salas de cirugía y el inicio del proceso anestésico fue de 15 minutos, y que "previo a que la paciente ingresara al quirófano no podía suministrarse la anestesia" (folio198), cuando la interpretación del tribunal seccional es que se dio aviso al personal de salas de cirugía veinticinco (25) minutos antes de que se iniciara la cirugía. No sobra decir que esta diferencia de apreciación de apenas diez (10) minutos es crucial en el desenlace de una situación de urgencia como es el prolapso del cordón y que puede significar desde grados diferentes de anoxia cerebral fetal con graves consecuencias, hasta la muerte por asfixia. Lo anotado en la historia clínica es que a folio 189 reverso, se escribe la hora en que se avisa a salas de cirugía de la urgencia y esta corresponde a las 11:40, es decir 25 minutos antes de iniciarse el acto anestésico.

La anestesia no es solamente el acto de "encontrar un paciente acostado en salas de cirugía, ponerle unos medicamentos para, que pierda la conciencia, intubarle la vía aérea y soportar su respiración durante el tiempo que dure el procedimiento quirúrgico". Es mucho más que eso, implica una relación médico paciente igual que la de las otras especialidades médicas, exige el conocimiento del estado de salud de su paciente, los antecedentes y posibles alergias medicamentosas, y, tiempo para explicar al paciente el procedimiento y cerciorarse mediante la aceptación de un consentimiento informado, que a propósito, no figura en ninguna parte del expediente, como si figuran los de Gineco-Obstetricia.

No es de recibo el argumento de que dada la premura de la situación, se hayan omitido estas etapas fundamentales de cualquier acto médico. Lo más relevante y básico de

este interrogatorio, la explicación del procedimiento, y firma del consentimiento se hubieren podido realizar en un lapso de diez minutos, mientras se realizaban otro tipo de preparativos en la sala de cirugía, aún en las más difíciles circunstancias de urgencia, máxime estando la paciente consciente y en pleno uso de sus capacidades. Tampoco es de recibo el argumento de que como "No se causó daño a la madre y a su bebe, no hay culpa".

Es aceptado universalmente y en la legislación Nacional, que la medicina genera una obligación de medios y no de resultados, y en muchísimas oportunidades tanto los tribunales seccionales, como o este tribunal Nacional, usando este argumento y comprobando la prudencia, idoneidad y diligencia en el proceso de atención de un paciente, han declarado que no hay culpa a pesar de desenlaces adversos e incluso funestos. Curiosa interpretación de la norma en el presente caso en la que se aduce que como todo salió bien, no hay razón para pensar que hubo fallas en el proceso, y en la relación entre el anestesiólogo y su paciente.

En conclusión, dadas las circunstancias de tiempo, es decir demora injustificada para asistir una urgencia y lugar, una clínica obstétrica especializada donde los especialistas están de turno precisamente para atender casos complejos, si hubo violación, por parte del Dr. J.O.R.N., al artículo 15 de la ley 23 de 1981 "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente."

2.- **MALOS TRATOS POR PARTE DEL DR. J.O.R.N..**

En las declaraciones testimoniales los otros tres médicos presentes en la sala de cirugía, los dos Ginecoobstetras y el Pediatra afirman: "Él se ha comportado siempre así y a veces echa la madre en el quirófano" testimonio del Pediatra Dr. J.C.N.B. (folio 111 reverso).

El Ginecólogo y obstetra Dr. J.M.M.R. a folio 98 reverso dice: "en general su disposición anímica es de choque y molestia en general en contra del personal asistencial, médico y pacientes."

Y el Dr. A.F.F.R. señala: "el comportamiento no es el de una persona con un nivel educativo universitario y no es el común denominador del actuar de sus colegas." (Folio 100 reverso)

Por su parte la defensa cita la declaración del Dr. J.O.R.N. en la que dice "si en algún momento pronuncié palabras de grueso calibre, estas no iban dirigidas a nadie en particular, solo fueron expresiones desprevenidas producto de la exaltación del momento, que como ya lo mencioné se trata de un hecho aislado que en ningún momento pensé desencadenaría una investigación en mi contra 2 (folio172 reverso).

Tanto la queja "La pregunta que siempre surge del equipo de ginecología es…. ¿hasta cuándo se tolera esa actitud del Doctor R.?, Hasta cuando sucedan hechos irreparables?, pérdidas de vidas?, o que el hospital se envuelva en demandas legales involucrando al equipo de Ginecólogos? " (folio 2) ,como las declaraciones de los médicos presentes en el momento de los hechos, así como las propias expresiones de la defensa : " Por otro lado, bien es conocido por parte de algunos colegas del disciplinado su carácter explosivo, como rasgo propio de su personalidad…"(folio 203) desmienten la versión de que el comportamiento del Dr. R. es " un hecho aislado", sino que ratifican que es una situación que se repite.

No es tampoco de recibo por esta superioridad el argumento de que la exaltación del momento, del estrés y de la urgencia sean atenuantes para justificar el lenguaje soez y la actitud del Dr. R. frente a la situación presentada, es claro que toda situación de urgencia especialmente obstétrica genera situaciones de estrés para médicos, y personal auxiliar, pero no tiene ninguna presentación que un Anestesiólogo con 22 años de experiencia no pueda dominar su estrés y que lo manifieste irrespetando verbalmente a las personas presentes en la sala de cirugía, incluida la paciente que aún se encontraba en estado de alerta.

Violó entonces el Dr. R. el artículo 1 numerales 9 y 10 de la ley 23 de 1981, así como los artículos 29 y 45 de la misma norma.

3.- **DEL SUPUESTO ESTADO DE EMBRIAGUEZ**

Comparte plenamente este Tribunal Nacional la conclusión del tribunal Seccional, de que : "No es de recibo de la Sala el argumento de la defensa de exigir la existencia de una prueba técnica que determinara el estado de embriaguez del doctor R.N. para la noche de los hechos objeto de investigación, pues esto implicaría el absurdo de disponer en los servicios hospitalarios, equipamiento para pruebas de alcoholemia o de abuso de sustancias psicoactivas para ser practicadas a los distintos profesionales antes de realizar sus actos médicos; los criterios de la prueba clínica de embriaguez aplicados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, validos legalmente, incluyen los signos evidenciados en el doctor R.N (actitud eufórica, vociferante, disartrico, coprolalico y con aliento alcohólico), lo que lleva al

convencimiento de esta Sala, que el disciplinado se encontraba la noche del trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013) al momento de suministrar anestesia a la paciente C.N.D.R., en estado de embriaguez.

"Pretender la implementación de pruebas técnicas de alcoholemia para los médicos en el desarrollo de sus funciones, llevarían a presumir que nuestros actos puedan asimilarse a las actividades peligrosas (en las cuales es mandatario la práctica de estos controles como norma de seguridad previa al desarrollo de la actividad), lo que respaldaría la reciente errada tendencia jurisprudencial de las altas Cortes que buscan hacer de la medicina una actividad peligrosa y que disminuirían aún más, la consideración social que el ejercicio honesto, altruista y profesional de la medicina ha logrado escalar en los escenarios actuales".

Desde hace ya varias décadas nuestra legislación en materia probatoria superó el sistema de la prueba tarifada, en la que el legislador de manera previa señalaba cuál era el valor de cada prueba y con qué medios de convicción se podían probar determinados hechos.

Hoy el sistema universalmente aceptado es el de la libertad probatoria según el cual los hechos y circunstancias objeto de investigación de un proceso pueden ser probados por cualquier medio probatorio.

Esta libertad probatoria está consagrada en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, Código Procesal Penal actualmente vigente:

"….Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos…"

En este caso concreto es claro que la embriaguez podría demostrarse mediante el dictamen de alcoholemia, pero igualmente podría ser probado por dictamen médico, caso en el cual el médico legista le realiza una sería de pruebas de equilibrio y de coordinación motora, pero de la misma manera podría ser probado por testigos que declaren sobre el comportamiento anormal en su dicción, en su coordinación motora o cualquier otra manifestación propia de un estado de embriaguez.

Llama la atención a esta Sala que, ante la gravedad de esta imputación, el disciplinado haya guardado silencio en su diligencia de descargos, y la defensa se haya limitado a acatarlo, se reitera, alegando la inadmisible existencia de una prueba técnica que

demostrara el estado de embriaguez del doctor J.O.R.N., desconociendo la facultad que Ie asiste al juzgador de, que con base en inferencias logico-juridicas, pueda, soportado en los indicios, concluir el inexcusable estado en que encontraba el disciplinado al momento de suministrar anestesia a la señora C.N.D.R. el día de los hechos objeto de investigación." (folio 190)

Pretender como lo hace la defensa, desestimando que existen diferentes grados de embriaguez, que el hecho de que el paciente no presente nistagmos, incapacidad para la marcha sin ayuda, incoordinación motora, y que haya podido realizar su trabajo con éxito, significa que el acusado no se encontraba en un estado avanzado de embriaguez, y que esos signos y síntomas podrían corresponder a otras causas que no necesariamente obedecen a la ingesta de alcohol o algún otro tipo de sustancia embriagante.

Además de aceptar tácitamente, que si los presentaba, confirma que el Dr. J.O.R.N., no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales y de coordinación psicomotora, baste examinar el registro de anestesia arrimado al expediente a folio 42, para observar el resultado de la incoordinación motora de su autor.

4.- **REGISTRO ANESTÉSICO**

Tanto el testigo de la defensa, Anestesiólogo Dr. C.E.M, como el testigo perito Anestesiólogo Dr. L.E.P.B., coinciden en que el registro anestésico es en muchas partes ilegible, confuso y no aporta información indispensable, y agrega el Tribunal seccional a folio 191 revés "Confirma lo anterior el desgreño, evidenciado por esta sala, en su elaboración, y que trasgrede el artículo 36 de la ley 23 de 1981, concordante con el artículo 5º de la resolución 1995 de1999.

Afirmación que comparte este Tribunal Nacional De Ética Médica, no siendo de recibo argumentos como la mala caligrafía del Dr. J.O.R.N. o que dedicó más tiempo al cuidado de la paciente que a la elaboración del registro anestésico.

Finalmente, ni el tribunal Seccional, ni el Tribunal Nacional cuestionan la calidad técnica del Dr. J.O.R.N., sino la conducta ética del profesional a la luz de los postulados de la ley 23 de 1981, reconocen además el valor probatorio de los testimonios de su defensa en cuanto a la demostración de las calidades personales, profesionales y académicas, pero que no desvirtúan ninguno de los cargos, que se le imputan y que por lo tanto no constituyen atenuantes de la culpa, el único atenuante reconocido por el tribunal seccional es que el Dr. J.O.R.N. no presenta en su contra antecedentes personales ni disciplinarios ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima.

Ante la evidencia de no atender en forma inmediata el llamado hecho por la emergencia obstétrica, de realizar un registro anestésico ilegible, de presentarse a la sala de cirugía en estado de embriaguez, y de alterar con su conducta el normal discurrir de los presentes en el quirófano, el tribunal seccional califica la falta de grave y sanciona al profesional con la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de treinta (30) días, sanción benigna para la magnitud de la falta, pero que en aras de la norma no puede ser aumentada.

Bastan las consideraciones anteriores para que el tribunal Nacional de ética Médica, en uso de las facultades que le otorga la ley

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima de sancionar al Dr. J.O.R.N., identificado con la cédula de ciudadanía número …. de …., y tarjeta profesional … expedida por el Ministerio de Salud, con la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de treinta (30) días, por violación a los numerales 9 y 10 del artículo primero de la ley 23, los artículos 15, 29 ,36 y 45 de la misma ley, y el artículo 5 de la resolución 1995 de 1999. ARTICULO SEGUNDO: Compulsar copias de esta decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su conocimiento y fines pertinentes. ARTÍCULO TERCERO: Compulsar copias de esta decisión al Hospital Federico Lleras Acosta, para lo de su conocimiento y fines pertinentes ARTÍCULO CUARTO: Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTÍCULO QUINTO: Contra esta providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado -Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado Ponente; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diez (10) de noviembre del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1297 DEL DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso No 953 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas.

Denunciante: Sra. M.E.M.
Contra: DOCTOR E.F.A.E.

MAGISTRADO PONENTE: DR FRANCISCO JAVIER HENAO PEREZ
Providencia No.110-2105

VISTOS:

Mediante providencia del 12 de mayo de 2015, el Tribunal Seccional declara que existe mérito para formular pliego de cargos al doctor E.F.A.E.. Por hechos ocurridos en Octubre de 2012.

EI 28 de julio de 2015, rinde diligencia de descargos el medico implicado y presenta escrito de los mismos. Solicita la práctica de varias pruebas.

Mediante providencia de l15 de septiembre de 2015, el Tribunal Seccional decreta unas pruebas y niega otras.

EI 5 de octubre de 2015, la apoderada del médico implicado interpone recurso de apelación contra la providencia del 15 de septiembre de 2015. Mediante providencia del 20 de octubre de 2015, el Tribunal Seccional concede el recurso de Apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El 28 de Octubre 2015 se recibe el expediente en esta corporación consta de un cuaderno de 301 folios, y el 3 de Noviembre de 2015, es puesto para reparto, correspondiendo por sorteo al por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez, quien procede a resolver el recurso de acuerdo a los siguientes

HECHOS:

El día 02 de Octubre de 2012 a las 2:30 pm la paciente M.N.M. fue llevada al Hospital San Félix de La Dorada por presentar "síntomas de decaimiento mayor y perdida de la voz"(folio 4). A las 2 horas se le practica un Electrocardiograma, cuyo reporte a la paciente fue que estaba normal.

Se hizo un diagnóstico de Crisis hipertensiva y de Evento Cerebro Vascular, y se solicitan exámenes de laboratorio, los cuales son reportados a las 16:49, e interpretados por el médico de urgencias a las 17:02, encontrando sobre anticoagulación, por lo que solicita valoración por Medicina Interna. A las 17+…(ilegible) pm es valorada por médico Internista quien diagnostica: " ECV Isquémico VS Hemorrágico, HTA, Trombosis venosa profunda, síncope de origen Neurológico y sobre coagulación con Warfarina. Ordena Hospitalización y solicita una TAC. Procedimiento que tras varios inconvenientes administrativo, se realiza al día siguiente y es reportado a las 3:40 pm (folio72) como: "Infarto Hemorrágico ganglio Basal Izquierdo", por lo que se decide remitir a la paciente a un centro de atención con mayor nivel de complejidad, fundamentalmente con posibilidad de acceso a Neurocirugía y USI.

A las 10:15 am del 04 de Octubre de 2012 (folio 81) se anota que la paciente es aceptada por remisión en la Clínica del Café de Dumian Medical sas de Armenia y que solo faltaba que apareciera la ambulancia para el traslado, a las 3 pm del 04 de Octubre de 2012 se le asigna una ambulancia, que traslada a la enferma, acompañada de una médica rural y un enfermero legando a la ciudad de Armenia las 10:30 pm. La paciente ingresa en muy mal estado, con Glasgow de 5/15, con movimientos de descerebración, se realiza intubación oro traqueal, se realiza nuevo tac que reporta aumento de la zona de hemorragia con respecto al anterior, se hospitaliza en la UCI y se avisa a neurocirugía quienes conceptúan que no es candidata a tratamiento quirúrgico, y la paciente fallece el 07 de Octubre de 2012

LA SOLICITUD PROBATORIA:

Por intermedio de su Abogada defensora doctora Ana María Chica Ríos, el doctor A.E. solicita las siguientes pruebas:

PRUEBAS PERICIALES:

Que sea tenido como concepto pericial dentro de la presente investigación la documentación suscrita (Dictamen Pericial) por el doctor H.A.P.G., Especialista en Medicina Interna .

PRUEBAS DOCUMENTALES:

Igualmente que sean tenidos como material probatorio los siguientes documentos: El Acta del Comité Ad Hoc realizado en el Hospital San Félix de la Dorada Caldas, el día 17 de julio de 2015, en donde se revisó el caso de la paciente M.N.M.D.

El Certificado de Defunción Nro. 1952010 correspondiente a la señora M.N.M.D.

La Publicación del Periódico la Patria, efectuada el día 22 de julio de 2015, página 11, sobre la dificultad que existe en las contrataciones con CAPRECOM, igualmente que sea tenida como literatura científica la documentación allegada por la defensa, un total de cuatro documentos.

Por último la defensa requiere que se proceda a oficiar al Hospital San Félix de la Dorada al fin de que se allegue a la presente investigación certificación sobre el manejo clínico que se le dio a 7 pacientes que fueron atendidos en esa Institución en el año 2015, con el fin de demostrar que el tratamiento dado a la paciente fue el adecuado y de conformidad a los protocolos definidos en el Hospital cuando se trata de pacientes que ingresan con diagnóstico de ECV.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Antes de entrar a analizar la prueba solicitada por la Defensa y Negada por el Tribunal Seccional de Ética de Caldas, es importante recordar la Normatividad vigente al respecto.

Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe. (Artículo 372 ley 906 de 2004).

Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos. (Artículo 373 ley 906 de 2004).

Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. (Artículo 359 ley 906 de 2004).

El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito. (Artículo 375 ley 906 de 2004).

Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;

b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento. (Artículo 376 ley 906 de 2004). El Tribunal seccional acepto y solicitó todas las pruebas pedidas por la defensa , excepto la última: "Por último la defensa requiere que se proceda a oficiar al Hospital San Félix de la Dorada al fin de que se allegue a la presente investigación certificación sobre el manejo clínico que se le dio a 7 pacientes que fueron atendidos en esa Institución en el año 2015, con el fin de demostrar que el tratamiento dado a la paciente fue el adecuado y de conformidad a los protocolos definidos en el Hospital cuando se trata de pacientes que ingresan con diagnóstico de ECV."

Por considerarla inútil e innecesaria y violatoria de la intimidad de pacientes ajenos al presente caso, en su lugar ofició al Hospital San Félix de la Dorada para que remitan los protocolos existentes para el manejo de esta patología.

Al Compartir plenamente la decisión del tribunal seccional, agrega esta superioridad la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-144-10 de 3 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez. "Ahora bien, con todo y que la excepcionalidad con que puede ser ejercida la facultad por parte del Ministerio público podría hacer superfluo que la solicitud estuviese acompañada de motivación, encuentra la Corte que en todo caso, así debe hacerlo. Esto, para que el

juez pueda valorar si la solicitud es pertinente y admisible (art. 359 C.P.P.), no sólo en los términos establecidos para las pruebas en general (artículos 375 y 376 C.P.P.), sino en cuanto a que efectivamente sea de "esencial influencia para la resolución del juicio" (art. 357 C.P.P.)."

La Ley 906 de 2004 derogó de manera expresa la Ley 600 de 2000 y la dejó vigente únicamente para las actuaciones de fuero que se surten de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es obvio que igualmente se aplica a los casos de favorabilidad por aplicación retroactiva o ultraactiva de la Ley penal más favorable.

El artículo 83 de la Ley 23 de 1981 establece que los vacíos existentes en esta normatividad será llenados por remisión al Código de Procedimiento Penal. En tales circunstancias es claro que la remisión que hoy debe hacerse es a la Ley 906 de 2004 que es el Código de Procedimiento Penal vigente.

Pese a lo anterior esta Corporación ha advertido en su jurisprudencia que por tratarse de sistemas procesales diversos inquisitivo y escrito de la Ley 600 y acusatorio y oral el de la Ley 906, existen instituciones que no son compatibles y por ello en este tipo de casos cuando se presente esa incompatibilidad con la instituciones que deben ser llenadas por remisión se debe acudir a otros ordenamientos como sería el Código Único Disciplinario, Código General del Proceso, Código Contencioso Administrativo etc.

En tratándose de pruebas la remisión que hace la defensa al artículo 235 de la ley 600 es errónea, porque se trata como ya se dijo de una legislación derogada. Esta observación se realiza cumpliendo la función magisterial que deben cumplir los Despachos Judiciales y la Corporación de Justicia cuando administran justicia.
Así que la prueba solicitada, y correctamente negada por el tribunal seccional, no solamente es inútil e innecesaria, sino impertinente, y no es "de esencial influencia para la resolución del Juicio."

Basten las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVA:

Artículo Primero. Confirmar la decisión del Tribunal seccional de Ética Medica de Caldas de Negar la práctica de la prueba solicitada por la defensa. "Oficiar al Hospital San Félix de la Dorada al fin de que se allegue a la presente investigación certificación sobre el manejo clínico que se le dio a 7 pacientes que fueron atendidos

en esa Institución en el año 2015" Por considerarla impertinente, inútil, innecesaria, y violatoria de la intimidad de pacientes ajenos al caso. Articulo Segundo. - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. Artículo Tercero. - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado - Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, mayo catorce (14) del año dos mil trece (2013).

SALA PLENA SESIÓN No. 1176 DEL CATORCE (14) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso 669 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra: DOCTOR J.A.A.G
Denunciante: R.V.L.

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO PARDO VARGAS

Providencia No. 30-2013
Magistrado ponente : Dr. Francisco Pardo Vargas

VISTOS

El tribunal de Ética Medica de Caldas en Sala del 14 de octubre de 2.008, aceptó dar trámite a la queja presentada por el señor R.V.L. para que se investigue la actuación del médico J.A.A.G por presuntas fallas médicas en la atención de su hermano M.V.L. y ordenó la apertura de la investigación designando como Magistrado Instructor al doctor Jaime Raúl Duque.

En el curso del Proceso el quejoso ratificó su queja y el disciplinado, en versión libre, dio las explicaciones pertinentes, pero el Tribunal consideró que había méritos para formularle Pliego de Cargo por violación de la Ley 23 de 1.981 en sus Artículos: 10 del Capítulo I (Relaciones del Médico con el Paciente) y 42 del Capítulo IV (Relación del Médico con las Instituciones). Realizadas las diligencias pertinentes y oído en descargos el doctor J.A.A.G, su defensa, dentro de un amplio memorial solicita la

práctica de pruebas documentales y de pruebas periciales, petición que el Tribunal Seccional denegó. Ante ésta decisión, la defensa interpuso Recurso de Apelación el cual fue concedido por el Tribunal Seccional y remitido a esta Superioridad siendo designado por sorteo para su estudio el Magistrado Francisco Pardo Vargas.

HECHOS

El señor M.V.L., de 69 años de edad para la época de los hechos es internado el 15 de septiembre de 2.008 en el Hospital Santa Sofía de Manizales con diagnóstico de: EPOC, Neumonía bacteriana no especificada, Insuficiencia cardíaca congestiva e Hipertensión arterial. En nota de evolución del día 16 se encuentra: 1. EPOC exacerbado 2. Masa pulmonar izquierda a estudio 3.

Derrame pleural derecho 4. Espondilolisis de Columna Cervical. Hipertensión Arterial controlada (F20). El 17 hay nota del disciplinado doctor J.A.A.G así: "Cirugía de Tórax Ronda. Paciente con enfermedad metastásica a Pleura. Derrame escaso. Ingresar para Pleurodesis y exámenes de rastreo del tumor primario.

También puede remitirse a su ARS correspondiente (F24). Finalmente, con fecha 6 de octubre del 2.008 es valorado en forma ambulatoria por el mismo doctor J.A.A.G quien consigna lo siguiente: motivo de consulta: paciente con enfermedad tumoral terminal. Enfermedad actual. Paciente en estadío IV de enfermedad tumoral que tiene un derrame pleural neoplásico y sin filiación de tumor primario. Presenta dolor torácico intratable.

Este paciente solo ha recibido Acetaminofen, toma demás Verapamilo y Trazodona. Este paciente presenta una disnea de mínimo esfuerzo por restricción y no soluciona sus problemas con inhaladores. Se encuentra en regulares condiciones generales. P.A. 130/80. Ventila ambos hemitorax y hay algo de hipoventilación basal derecha. Refiere dolor en reja costal derecha. Control en un mes con su médico de cabecera. Diagnóstico tumor maligno de Tórax. Recomendaciones. Este enfermo con estadío IV de enfermedad neoplásica con derrame pleural maligno no le ha sido filiado un tumor primario. Se decide tratamiento de soporte mínimo y sintomático. Se prescribe con Winadeine F 3 tab/día. Tramadol 12 gotas 3 veces al día y Trazodone 6mg día (F2).

El motivo de la queja contra el doctor J.A.A.G instaurado por el señor R.V., hermano del paciente M.V., consistió en que el médico doctor J.A.A.G al prescribir un tratamiento paliativo, dado el estado terminal del paciente, se negó a llenar el formulario para solicitar medicamentos NO POS, argumentado que él no trabajaba

para la EPS Salud Vida a la que estaba afiliado el paciente. En los Considerandos para proferir Pliego de Cargos al doctor J.A.A.G, fue definitivo el hecho que el disciplinado tenía "la responsabilidad de diligenciar el formato NO POS para que la EPS convalidara la entrega de los medicamentos, lo cual el médico implicado no realizó y es precisamente por este hecho que el Tribunal le atribuye responsabilidad" (F 127). Como ya se anotó el disciplinado compareció a presentar sus descargos no fueron aceptados por el Tribunal y como consecuencia la defensora solicitó la práctica de pruebas que al ser negadas motivaron la apelación que debe resolver este Tribunal Nacional.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Como sustento del Recurso presentado ante esta Corporación, la defensora del profesional acusado, afirma "que la denuncia presentada por el quejoso es mentirosa y llena de contradicciones, en consecuencia no contiene la entidad de prueba" (F 247) y por lo tanto no podría haber influido en la decisión del Tribunal Seccional y que además los documentos solicitados en relación a la Tutela presentada por la hermana del paciente señora M.D.V., no tiene ninguna relación en tiempo con la fecha en que fue expedida la fórmula en cuestión. Por estas razones la defensa considera de gran utilidad en el debido proceso se acepten las pruebas solicitadas a fin de obtener elementos de juicio que permitan llevar al juez a un nivel de certeza que garantice la imparcialidad en su decisión.

Las pruebas solicitadas son Documentales y Periciales. A) Las primeras requieren "oficiar a la Oficina Judicial de la ciudad de Manizales para que se investigue a qué (sic) Juzgado le correspondió la Tutela interpuesta por la señora M.D.V. en contra de la EPS SALUD VIDA y además que se oficie a la Gerencia del Hospital Santa Sofía de la ciudad de Manizales con el fin de que se certifique si los señores M.V.L. y R.V.L. presentaron queja ante dicha institución en contra del doctor J.A.A.G por el no diligenciamiento de Formato de Diligenciamiento NO POS". B) Periciales Solicita que sean tenidos como conceptos Periciales dentro de la presente investigación los documentos suscritos por los doctores Juan Pablo Cardona Arcila, Especialista en Medicina Interna, Oncología y Tanatología y José Norman Salazar médico general, abogado, Especialista en Seguridad Social, Consultor de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación.

Al respecto esta Corporación manifiesta lo siguiente:

1. Está completamente de acuerdo con los argumentos expuestos por el Tribunal Seccional al considerar inútiles e innecesarias estas pruebas "teniendo en cuenta

que el reproche hecho por el Tribunal al profesional sub-judice es por no haber diligenciado el Formato de NO POS en su momento estando obligado a ello y no altera para nada las condiciones fácticas del caso el hecho de que la quejosa haya o no interpuesto Tutela o haya o no interpuesto queja en contra del doctor J.A.A.G ante la Dirección del Hospital Santa Sofía.

2. En cuanto a las respuestas que los doctores Juan Pablo Cardona Arcila y José Norman Salazar dieron a un cuestionario hecho por la defensora del doctor J.A.A.G, que contienen interesantes observaciones sobre el papel que el grupo familiar desempeña en el doloroso proceso de los enfermos terminales y la elaboración del duelo respectivo, así como las experiencias administrativas en los organismos sanitarios bajo la normatividad de la Ley 100 de 1.993, hace bien el Tribunal Seccional al no aceptar ser llamados por este para ser escuchados en diligencia Pericial. Al respecto es pertinente mencionar aquí los siguientes conceptos emitidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica sobre pretensiones similares cuando se exceden las características de una diligencia testimonial y pretenden darle al testigo el carácter de Perito lo cual es inaceptable y da mérito para reiterar las consideraciones, efectuadas en la providencia No. 62-12 de fecha 24 de julio de 2012.

"…Desde sus primeras apariciones legislativas, la aceptación o creación normativa de la prueba pericial, surgió como una necesidad de la creciente industrialización y del incontenible desarrollo tecnológico, porque cuando llegaban a la competencia de los jueces procesos en los que era necesario resolver un problema científico, artístico o técnico, los jueces no tenían la formación que requería la solución de tales problemas extrajurídicos, pero que eran indispensables o requisitos sine qua non, para poder resolver de manera acertada los problemas tecnológicos, artísticos o científicos inmersos en el conflicto jurídico que debía de ser resuelto por los jueces. Es obvio, que la razón de ser o la necesidad de la prueba pericial en materias técnicas o científicas, dejan de tener validez, cuando los jueces que deben resolver un caso, son científicos o técnicos especializados en la materia sobre la que deben resolver.

Con toda razón el Código Procesal de 2000, concretado en la Ley 600 de ese año, actualmente vigente para algunos procesos, tiene un norma, que pese a no ser reiterada en la Ley 906 de 2004, - justificada esta omisión en el cambio del sistema procesal -, pero que sigue teniendo plena vigencia, puesto que el juez nunca ha estado obligado a ordenar la práctica de todas las pruebas que le sean solicitadas por los sujetos procesales o intervinientes.

La normatividad mencionada en relación con el rechazo de las pruebas solicitadas por las partes determina:

“ ARTICULO 235. RECHAZO DE LAS PRUEBAS. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. EL FUNCIONARIO JUDICIAL RECHAZARÁ MEDIANTE PROVIDENCIA INTERLOCUTORIA LA PRÁCTICA de las legalmente prohibidas O INEFICACES, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes Y LAS MANIFIESTAMENTE SUPERFLUAS. (Lo destacado no lo es en el texto)….”

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de sus facultades legales

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO.- Confirmar, como en efecto confirma la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas por la cual se negó la práctica de las pruebas solicitadas. ARTÍCULO SEGUNDO.- Contra esta Providencia no procede recurso alguno. ARTÍCULO TERCERO.- Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada-Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente, EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, julio diez (10) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1138 DEL DIEZ (10) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

Ref : Proceso No. 794 del Tribunal de Ética Médica de Caldas

Contra : Dr. J.A.G.C.
Denunciante : Sr. J.A.L.G.

Providencia No. 57-2012
Magistrado Ponente : Dr. Francisco Pardo Vargas.

VISTOS

Durante el desarrollo del Proceso Ético Disciplinario adelantado por el Tribunal de Ética Médica de Caldas, por denuncia presentada por el señor J.A.L.G. en contra del médico J.A.G. por presuntas fallas en la atención que le prestara a su hijo J.D.L.O. en el Hospital San Bernardo de Filadelfia, donde estuvo hospitalizado en observación y al encontrarse clínicamente estable se le dio de alta con instrucciones precisas para regresar al hospital en caso de persistir o agravarse la sintomatología, situación que obligó a acudir al Hospital de Neira a día siguiente, con un cuadro de deterioro alarmante que le produjo la muerte a las pocas horas, el Tribunal Seccional formuló pliego de cargos al citado profesional por presunta violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1.981.

La Diligencia de Descargos se realizó el 24 de enero de 2.012 y durante esta, la abogada defensora doctora Ana María Chica solicitó llamar como testigos expertos

para que rindan conceptos periciales a tres profesionales, uno gastroenterólogo, otro médico general y un tercero pediatra. En Sala Plena del 3 de mayo de 2.012 se le negó la petición aduciendo que los testimonios requeridos por la defensa no se consideraban ni útiles ni necesarios.

Por lo tanto resolvió no llamar a declarar como testigos a los profesionales propuestos y notificar el Auto al médico denunciado y a su abogada defensora. Haciendo uso del derecho de Apelación, el 17 de mayo de 2.012, la Defensa interpone el recurso ante el Tribunal de Ética Médica de Caldas, y en Sala Plena del 5 de junio de 2.012 se concede el Recurso de Apelación y se ordena la remisión del expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica. Recibido por el Tribunal de segunda instancia se asigna el caso por sorteo al Magistrado Francisco Pardo Vargas.

HECHOS

Según aparece en las declaraciones que constan en el expediente, el joven J.D.L.O., de 15 años de edad, fue llevado por su madre al Hospital San Bernardo de Filadelfia, Caldas, el día 19 de agosto de 2.010 consultando por dolor abdominal, malestar general, astenia, adinamia, hiporexia, fiebre no cuantificada y tinte ictérico de dos días de aparición. A su ingreso es examinado a las 10 a.m. por la doctora A.V. quien encuentra un paciente asténico, adinámico, con tinte ictérico en escleras y piel, palidez mucocutánea, hidratado, abdomen con peristaltismo normal, blando, depresible y con dolor en todos los cuadrantes.

Describe hepatomegalia con borde a 2 cms. del reborde costal y solicita paraclínicos: cuadro hemático, velocidad de sedimentación, recuento de plaquetas, parcial de orina, coprológico, bilirrubinas, antígeno de superficie de Hepatitis B y anticuerpos IgM para Hepatitis A. Con impresión diagnóstica de Hepatitis y síndrome anémico lo remite a urgencias para hidratación y observación mientras reportan los paraclínicos. A las 15 horas es valorado por el médico de Urgencias doctor J.A.G., quien lo encuentra más animado, con buena tolerancia a la vía oral, signos vitales normales, hemodinámicamente estable, sin signos de respuesta inflamatoria sistémica ni de dificultad respiratoria.

A la palpación abdominal leve dolor con predominio en epigastro e hipocondrio derecho y no encuentra hepatomegalia ni signos de irritación peritoneal. Los paraclínicos revelan Hemoglobina de 13.8, Hematocrito 42, Leucocitos de 5.000 con fórmula normal, plaquetas 135.000, parcial de orina con bilirrubina y sedimentación globular de 39 mm. Bilirrubina total 2,75, directa 2.0 e indirecta 0.75mgs %. En coprológico Trofozoitos de E. histolítica. Con un diagnóstico de impresión de

Hepatitis, absceso hepático amibiano y trombocitopenia, le formula Metronidazol y Acetominofen. Se autoriza salida y se dan instrucciones sobre alimentación, peligro de contagio y regreso al Hospital según sintomatología. Estando en su casa y en las horas de la noche el paciente "se agravó" por lo cual a las 12 de la noche lo trasladaron al Hospital de Neira donde llegó en falla multisistémica por sepsis y antes de lograr su traslado a Manizales el paciente falleció y su cuerpo fue entregado a los familiares sin que se hubiera practicado autopsia.

RESULTANDO Y CONSIDERANDOS

La dramática y fulminante evolución del cuadro clínico anteriormente descrito y su fatal desenlace explican la reacción del padre del occiso y la denuncia que formuló ante el Tribunal de Ética Médica de Caldas contra el profesional que autorizó la salida del paciente del Hospital San Bernardo de Filadelfia.

No corresponde a esta Corporación adelantar un análisis sobre la conducta del médico acusado y sobre la inexplicable e inexcusable omisión de la práctica de la necropsia en un caso de tan bizarra sintomatología, por cuanto el Recurso de Apelación presentado por la defensora del doctor J.A.G. se refiere exclusivamente a la negativa del Tribunal Seccional a autorizar la práctica de unas pruebas llamando en calidad de peritos a tres expertos, petición que dicho Tribunal no consideró ni útil ni necesaria.

Aduce la recurrente como justificación del Recurso, que "como el Pliego de Cargos sí utiliza el diagnóstico para endilgar responsabilidad, la defensa ve la necesidad de buscar peritos que analicen el estado clínico del paciente y demostrar que el diagnóstico de Absceso Hepático Amebiano y Hepatitis Viral no requiera observación en centro hospitalario o la remisión a otro nivel" (Folio 145).

Al respecto, esta Corporación considera que tanto en la formulación de Pliego de Cargos como en los descargos del profesional sub judice, se ha hecho un análisis exhaustivo de las posibilidades diagnósticas que expliquen la naturaleza del cuadro clínico y su fulminante desenlace; todo lo cual , en ausencia de la necropsia no dejan de ser meras especulaciones que no permiten llegar con certeza a ninguna conclusión.

Desde sus primeras apariciones legislativas, la aceptación o creación normativa de la prueba pericial, surgió como una necesidad de la creciente industrialización y del incontenible desarrollo tecnológico, porque cuando llegaban a la competencia de los jueces procesos en los que era necesario resolver un problema científico, artístico o técnico, los jueces no tenían la formación que requería la solución de tales problemas

extrajurídicos, pero que eran indispensables o requisitos sine qua non, para poder resolver de manera acertada los problemas tecnológicos, artísticos o científicos inmersos en el conflicto jurídico que debía de ser resuelto por los jueces.

Partiendo de ésta realidad, de que los jueces son expertos en interpretar y aplicar la ley, que son doctos en apoyar sus conocimientos con los precedentes jurisprudenciales y con el aporte que la doctrina jurídica ha realizado a lo largo de los siglos en relación con la comprensión, interpretación y aplicación de los problemas jurídicos, consideró el legislador sabiamente que, como era relativamente frecuente que en la solución de los problemas jurídicos, previamente había que resolver problemas de naturaleza extra-jurídica, se comenzó a pensar en la necesidad de la prueba pericial, para que expertos en esas materias especializadas desconocidas por el juez, éste tuviera asesoría tecnológica y un experto en tales temas iluminara su pensamiento, en las mismas.

En la codificación procesal actualmente vigente se conserva esa origen histórico y es así como en el artículo 405 al concretarse cuando es procedente la prueba pericial dentro de un proceso penal, el legislador afirma, que lo será cuando: ***" …..sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos. Artísticos o especializados"***[1]

Es por las mismas razones que cuando se enfrenta el problema de quienes pueden ser peritos el legislador determina que pueden serlo ***"los que tengan título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte".***[2]

Estas mismas razones han sido dadas por la doctrina nacional y universal y como medio de corroboración a ésta afirmación, nada mejor que citar a ese extraordinario procesalista italiano Eugenio Florian, quien en relación a los requisitos que se debían dar para admitir una peritación en un proceso penal sostuvo:

"... El presupuesto único para que la peritación pueda tener cabida es que se patentice en el proceso la necesidad de una investigación o de una información de índole técnica, que sea necesario y oportuno realizar o que no sea dado obtener de otro modo.[3]

---

1 Artículo 405. Procedencia. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.

2 Artículo 408. Quiénes pueden ser peritos. Podrán ser peritos, los siguientes:

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.

2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título.

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

3 Eugenio Florian, De las pruebas penales. E. Temis, Pág 194, Tomo II. Bogotá, 1976

Las consideraciones precedentes son perfectamente válidas cuando se trata de los jueces ordinarios, cuya formación es eminentemente jurídica, porque el requisito esencial para ocupar un cargo en la judicatura es la de ser abogado titulado y tener una cierta experiencia.

Es obvio, que la razón de ser o la necesidad de la prueba pericial en materias técnicas o científicas, dejan de tener validez, cuando los jueces que deben resolver un caso, son científicos o técnicos especializados en la materia sobre la que deben resolver.

Es exactamente lo que sucede en el presente caso que está a la consideración de ésta Corporación, porque se trata de un problema médico, que no requiere de conocimientos super-especializados, sino que se trata de un caso que solo se podría resolver contra los resultados de la necropsia lo cual se constituiría en la prueba fundamental del proceso y ésta Corporación está integrada por cinco magistrados, médicos especializados en diversas ramas de la Medicina y con larga y profunda experiencia en el ejercicio profesional y en la Academia.

En tales circunstancias es más que evidente que la petición de la defensa para que se decretara una prueba pericial en materia médica que es conocida tanto por los médicos magistrados de primera, como de segunda instancia, no tenía justificación, porque en las circunstancias antes expuestas es claro que se trata de una prueba superflua o ineficaz.

Con toda razón el Código Procesal de 2000, concretado en la Ley 600 de ese año, actualmente vigente para algunos procesos, tiene un norma, que pese a no ser reiterada en la Ley 906 de 2004, - justificada esta omisión en el cambio del sistema procesal -, pero que sigue teniendo plena vigencia, puesto que el juez nunca ha estado obligado a ordenar la práctica de todas las pruebas que le sean solicitadas por los sujetos procesales o intervinientes.

La normatividad mencionada en relación con el rechazo de las pruebas solicitadas por las partes determina:

“ ARTICULO 235. ***RECHAZO DE LAS PRUEBAS****. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal.* ***EL FUNCIONARIO JUDICIAL RECHAZARÁ MEDIANTE PROVIDENCIA INTERLOCUTORIA LA PRÁCTICA*** *de las legalmente prohibidas* ***O INEFICACES****, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes* ***Y LAS MANIFIESTAMENTE SUPERFLUAS****. (Lo destacado no lo es en el texto).*

Es claro que tratándose como se trata de un problema eminentemente médico y no de una especialización extremadamente exigente, y debiendo resolver el conflicto una Corporación integrada por cinco médicos-magistrados, con larga experiencia en la vida profesional y en la docencia universitaria, ha de concluirse en sana lógica jurídica que no era, ni es necesaria la prueba pericial solicitada, porque el perito que fuera designado no podría ilustrar a los médicos-magistrados en aspectos técnicos o científicos que los jueces que deben resolver el caso no conozcan.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, deberá confirmarse la providencia de primera instancia que negó decretar la prueba pericial solicitada, porque en éste caso se podría considerar como una prueba ineficaz o manifiestamente superflua, porque como ya se sostuvo, el perito ningún conocimiento novedoso podría proporcionar a los cinco médicos-magistrados que deben resolver en derecho éste caso, pero con fundamento eminentemente técnico y científico en que radica el problema médico que ha sido objeto de investigación.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, por la cual se negó la práctica de las pruebas sustentadas por la defensa. ARTICULO SEGUNDO : Contra esta providencia no procede recurso alguno. ARTICULO TERCERO. Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado- Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado- Ponente, EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS , Asesor Jurídico Y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, julio catorce (14) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1280 DEL CATORCE (14) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

Ref: Proceso No. 2013-090 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila

Denunciante: Sra. B.M.O.
Contra el doctor C.A.B.G.
Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 59-2015.

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila mediante providencia del 9 de julio de 2014, resuelve formular cargos contra el doctor C.A.B.G.. El 3 de diciembre del 2014 el médico denunciado rinde diligencia de descargos y solicita la práctica de algunas pruebas y mediante providencia del 6 de mayo resuelve practicar algunas pruebas y niega otras por lo que el apoderado del implicado interpone recursos de reposición y apelación contra dicha decisión.

El tribunal seccional mediante providencia del 10 de junio de 2015 no repone la decisión, concede la apelación y envía el expediente al tribunal nacional para lo de su competencia.

El expediente, un (1) cuaderno que contiene 118 folios, fue recibido en este Tribunal Nacional el 24 de junio de 2015 y puesto el asunto para reparto en Sala Plena el día 30 del mismo mes, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández. Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS

La señora B.M.O. confiere poder al abogado Álvaro Pacheco Rico para que en su nombre presente queja disciplinaria contra el Dr. C.A.B.G., médico adscrito a la empresa MAZABEL S.A.S IPS, pues aduce que en el examen médico laboral realizado el 1 de julio de 2013, sin fundamento alguno, emitió diagnóstico de hernia umbilical.

El diagnóstico emitido por el Dr. C.A.B.G. genera una restricción para desempeñar el cargo al cual aspiraba la quejosa, quién acude al consultorio del Dr. J.S.S quién certifica que no tiene hernia umbilical, como también lo hace el Dr. W.F.F.S.

El representante judicial de la quejosa pretende que se revise el caso de su poderdante y se le indemnice por el perjuicio causado al perder la oportunidad laboral a la cual aspiraba.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila, en sala plena del 30 de octubre de 2013, admite la queja y asigna por sorteo al Dr. ANTONIO MARÍA SALGADO como Magistrado Instructor, quién ordena la apertura de investigación preliminar contra el Dr. C.A.B.G.

Durante la investigación se allegaron las siguientes pruebas documentales y testimoniales:

• Copia del examen de ingreso practicado por MAZABEL S.A.S, IPS a la señora B.M.O., el día 1 de julio de 2013.

• Copia del certificado médico expedido por el Dr. J.S.S., el 6 de julio de 2013.

• Copia del certificado médico de la IPS Los Robles de SALUDCOOP, expedido por el Dr. W.F.F.S.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. C.A.B.G., el día 5 de diciembre de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. J.S.S., el 5 de diciembre de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. W.F.F.S., el 5 de diciembre de 2013.

• Diligencia de ampliación de la queja rendida por la señora B.M.O., el 21 de mayo de 2014.

Mediante providencia del 9 de julio de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila resuelve formular pliego de cargos contra el Dr. C.A.B.G. por presunta infracción del deber ético contenido en los artículos 10 y 34 de la ley 23 de 1981 y lo cita a rendir diligencia de descargos.

En escrito fechado el 16 de septiembre de 2014, el médico implicado otorga poder al abogado RUBIEL RAMÍREZ CORTÉS para que asuma la defensa de sus intereses.

En la diligencia de descargos el acusado solicita que se practiquen las siguientes pruebas:

1. Solicitar a la Universidad Cooperativa de Colombia certifique al tribunal si ofrece la especialidad de salud ocupacional, informe el número SINIES (sic) y resolución de habilitación expedida por el ICFES y Ministerio de Educación. En caso positivo, indique fecha desde que la ofrece y si dentro de los graduados está el Dr. J.S.S.M.

2. Solicite a J.S.S.M. remita copia auténtica de la historia clínica en la cual registró el acto médico de valoración de la quejosa en julio 7 de 2013.

3. Solicitar al Dr. S.M. copia del RIPS correspondiente al 7 de julio del 2013 relacionado con la valoración médica de la quejosa.

4. Se solicite copia auténtica de la factura de la consulta médica realizada por el Dr. S.M. y cancelada por la quejosa en la IPS.

5. Solicitar a la Secretaría Departamental de Salud del Huila copia del certificado de habilitación de la IPS donde el Dr. J.S.M. realizó la consulta a la quejosa.

6. Solicitar a la Universidad Cooperativa de Colombia remita copia del diploma y acta de grado del Dr. S.M. como especialista en salud ocupacional.

Mediante providencia del 6 de mayo de 2015, la sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila negó la solicitud de la pruebas 1, 3, 4, 5 y 6 y concedió la solicitud de la prueba 2, por lo que el abogado de la defensa mediante escrito del 15 de mayo de 2015 interpone recursos de reposición y en subsidio de apelación contra dicha providencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el recurso presentado por la defensa señala que el tribunal seccional para negar la solicitud se basó únicamente en la falta de exposición de conducencia y pertinencia de las pruebas solicitadas.

Las pruebas solicitadas están orientadas a calificar la idoneidad profesional como especialista en salud ocupacional del Dr. S.M. y en demostrar si en realidad este profesional atendió a la quejosa y las condiciones del lugar en donde se brindó dicha atención médica por lo que alegan que dichas pruebas sí son conducentes y pertinentes.

No se solicitan pruebas conducentes a desvirtuar los cargos que se le imputan al implicado, sino más bien a inculpar a uno de los médicos que estaba en desacuerdo con el diagnóstico realizado por su defendido y tampoco se tiene en cuenta el testimonio de otro profesional que atendió a la paciente y que coincide con el examen practicado por el Dr. S.M. y no con el del implicado Dr. B.G.

Por otra parte, el diagnóstico de hernia umbilical no necesariamente requiere que sea hecho por un especialista en salud ocupacional; la mayoría de las veces son los médicos generales quienes diagnostican tales alteraciones y con frecuencia lo hacen dentro de un examen físico general y como en el presente caso, son remitidos a especialistas en cirugía general con el fin de confirmar el hallazgo, valorar los riesgos de complicaciones y decidir sobre la urgencia de su tratamiento.

Si lo que se pretende en el presente caso es demostrar que el médico acusado B.G. no se equivocó en su diagnóstico se debe acudir a la valoración por parte de un experto cirujano.

Esta superioridad está de acuerdo con lo planteado por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila en el sentido de que las pruebas solicitadas por la defensa no son consideradas conducentes ni pertinentes para decidir sobre la actuación ético – profesional del inculpado.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. CONFIRMAR como en efecto confirma la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila por la cual se niega la práctica de

las pruebas solicitadas por la defensa del Dr. C.A.B.G. ARTÍCULO SEGUNDO. Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTÍCULO TERCERO. Contra esta providencia no procede recurso alguno. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Presidente- Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MOR, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, dos (02) de agosto del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1329 DEL DOS (02) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

Ref: Proceso No. 2013-01481-03 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander

Denunciante: Sra. M.E.M.
Contra: el doctor I.D.G.G.

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 61-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander en providencia del 4 de mayo de 2016, resuelve formular cargos contra el doctor I.D.G.G.. El 1 de junio el médico denunciado rinde diligencia de descargos y a través de su abogado solicita la práctica de unas pruebas y mediante providencia del 28 del mismo mes decreta la práctica de algunas pruebas y niega otra; el apoderado del implicado interpone recursos de reposición y apelación contra dicha providencia. El tribunal seccional mediante providencia del 12 de julio de 2016 no repone la decisión, concede la apelación y envía el expediente al tribunal nacional para lo de su competencia.

El expediente, dos (2) cuadernos que contienen 146 y 68 folios respectivamente, fue recibido en este Tribunal Nacional el 19 de julio de 2016 y puesto el asunto para reparto en Sala Plena el día 26 del mismo mes, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS

El 27 de diciembre de 2012, la señora M.E.M. presenta queja ante la Personería Municipal de Barrancabermeja contra el Hospital Regional del Magdalena Medio y el Ginecólogo y Obstetra I.D.G.G. por presuntas irregularidades en el ejercicio de sus funciones durante la atención de su último parto, realizada el día 17 de diciembre de 2012.

Informa la paciente que el día 7 de diciembre de 2012, fue atendida por el médico ginecólogo A.C.R., en la Unidad Clínica La Magdalena, quién le realizó un monitoreo y le manifestó que su bebé se encontraba transverso y requería cesárea por lo que le entregó una orden para que se presentara en la ESE Hospital Regional del Magdalena Medio el día 17 de diciembre de 2012, fecha en la que cumpliría las 40 semanas de gestación, para la realización del procedimiento quirúrgico.

En la mencionada fecha sobre las 4 o 5 pm, la paciente se presenta en el servicio de urgencias del Hospital, donde es atendida por médico, quién luego de examinarla y encontrar todo bien, le indica que regrese en una semana. Hacia las 8 o 9 de la noche del mismo día comienza a sangrar y a tener más dolores, por lo que regresa nuevamente al servicio de urgencias de la citada institución, siendo atendida por otra médica quién la estuvo monitorizando durante toda la noche.

Hacia las 3 am del 18 de diciembre, el ritmo cardíaco de su bebé comenzó a cambiar por lo que la médica llama al Dr. I.D.G.G., ginecólogo de turno, quién le hace un tacto vaginal y ordena ecografía que el mismo realiza y en la cual, tal como le había dicho antes el Dr. A.C.R., su bebé se encontraba transverso y su indicación médica fue la realización de cesárea, pero debía esperar hasta las 6 am. Los dolores se hicieron más fuertes y a las 5:30 am reventó fuente; fue atendida por la médica quién observó que ¨había desprendido el cordón umbilical" por lo que tuvo que introducir su mano en el canal vaginal y dar aviso de inmediato al ginecólogo G.G., quién ordenó su ingreso a cirugía, pero desafortunadamente su bebé murió.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander, el 13 de marzo de 2013, admite la queja remitida por la Personería Municipal de Barrancabermeja y designa al Dr. MIGUEL ÁNGEL ALARCÓN NIVIA como Magistrado Instructor, quién ordena la apertura de investigación preliminar.

Durante la investigación allegaron las siguientes pruebas documentales y testimoniales:

• Copia de la queja enviada por la Personería Municipal de Barrancabermeja, interpuesta por la señora M.E.M., el 27 de diciembre de 2012.

• Copia de la historia clínica completa de la paciente M.E.M., sobre la atención prestada en la ESE HOSPITAL REGIONAL DEL MAGADALENA MEDIO.

• Diligencia de ratificación de la queja ante el tribunal seccional, rendida bajo la gravedad de juramento, por la señora M.E.M. el día 8 de mayo de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. I.D.G.G., médico especialista en Ginecología y Obstetricia, el día 22 de mayo de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. A.C.R., médico especialista en Ginecología y Obstetricia, el 29 de mayo de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por la Dra. L.F.Q.M, médica general, el 12 de junio de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. A.I.B.C., médico especialista en Anestesiología, el 19 de junio de 2013.

• Declaración rendida bajo la gravedad de juramento, por el Dr. F.O.R.A, Gerente de la ESE HOSPITAL REGIONAL DEL MAGADALENA MEDIO, el día 26 de junio de 2013.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. E.G.S., médico especialista en Pediatría, el 17 de julio de 2013.

El 22 de abril de 2015, el magistrado instructor presenta informe de conclusiones y en Sala Plena del 4 de mayo de 2016, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander resuelve formular pliego de cargos contra el Dr. I.D.G.G. por presunta infracción del deber ético contenido en los artículos 3, 10 y 15 de la ley 23 de 1981 y lo cita a rendir diligencia de descargos.

En escrito fechado el 23 de mayo de 2016, el médico implicado otorga poder al abogado ALFREDO GÓMEZ para que asuma la defensa de sus intereses.

En la diligencia de descargos el acusado solicita que se practiquen nuevas pruebas como el partograma realizado a la paciente y un testimonio por parte de una auxiliar de enfermería y de una instrumentadora de la que solo se conoce el nombre, pero no su apellido y peritaje por parte de un médico gineco-obstetra y un anestesiólogo.

Mediante providencia del 28 de junio de 2016, la sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander resuelve solicitar a la ESE HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO el partograma de la paciente, decreta el testimonio de la auxiliar de enfermería CARMEN DOLORES PERALTA y el peritazgo por parte de los doctores RICARDO ORTIZ SERRANO, médico especialista en Ginecología y Obstetricia y CARLOS ALBERTO ORTIZ ANAYA, especialista en Anestesiología para los que se hace el traslado de las preguntas establecidas en la misma providencia.

El abogado de la defensa mediante escrito presentado el 5 de julio de 2016 interpone recursos de reposición y en subsidio de apelación contra dicha providencia argumentando que, tres (3) de las preguntas que el tribunal formula al doctor R.O.S. son inductivas y condicionan la respuesta del especialista. El día 12 de julio de 2016, el tribunal seccional niega la reposición y concede la apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de analizar los argumentos presentados por la defensa, considerados improcedentes por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander, este tribunal nacional considera necesario recordar, como lo ha hecho en anteriores jurisprudencias, la normatividad existente en el Código de Procedimiento Penal, donde se establece de manera precisa que las pruebas tienen por finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de la duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe (artículo 372 ley 906 de 2004).

Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos (artículo 373 ley 906 de 2004).

Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba (artículo 359 ley 906 de 2004).

El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito (artículo 375 ley 906 de 2004).

Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;

b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento (artículo 376 ley 906 de 2004).

En el recurso presentado, la defensa señala que las preguntas 3, 4 y 5 que el tribunal seccional plantea en su interrogatorio dirigido al especialista en Ginecología y Obstetricia, Dr. Ricardo Ortiz Serrano, son inductivas, condicionan la respuesta del perito y replantea la forma como se debieran reformular dichas preguntas.

De manera suficiente, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander explica la utilidad de la prueba pericial, que permite a la autoridad complementar su raciocinio al apoyarse en personas expertas, cuando aquel carezca del conocimiento en determinado campo. Sin embargo, afirma que los temas objeto de peritazgo corresponden a áreas de conocimiento manejadas ampliamente por los magistrados que integran la Sala del tribunal, pero con el fin de preservar el derecho a la defensa, el tribunal resuelve designar dos peritos: un gineco-obstetra y un anestesiólogo.

Al respecto vale la pena citar la reciente providencia del Tribunal Nacional de Ética Médica con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora que menciona lo siguiente:

El peritazgo es una de las pruebas admitidas por la Ley Procesal y que más se está imponiendo en los casos de responsabilidad médica disciplinaria.

Pero el argumento esgrimido por la defensa del médico disciplinado de apoyarse única y exclusivamente en un dictamen pericial, sea este oficial o privado, no es de recibo en esta superioridad.

El perito de peritos se llama JUEZ. Es quien debe tomar la decisión con base en tres consideraciones: Procesal, probatoria y crítica.

Y si considera que debe tener más de un peritazgo lo puede ordenar de oficio, en la misma forma en que puede rechazar uno, varios o todos los peritazgos allegados al proceso.

Esta superioridad quiere aclarar que, en el presente proceso, no ha existido por parte del tribunal A quo ninguna negativa a las pruebas solicitadas por la defensa y la misma ha tenido suficientes garantías. Adicionalmente y con el fin de sustentar la improcedencia de la solicitud hecha por el abogado defensor se cita el artículo 115 de la ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) que dice: "*El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos…"*

Esta superioridad está de acuerdo con lo planteado por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander en el sentido de que las pruebas solicitadas por la defensa no son procedentes para decidir sobre la actuación ético – profesional del inculpado por lo que el presente recurso está llamado a no prosperar.

Este tribunal nacional en repetidas oportunidades se ha referido sobre las dilaciones injustificadas que ocurren en los procesos ético-médico disciplinarios; en el presente caso, no son claras las razones para justificar que después de una recepción de pruebas realizada en forma diligente, el magistrado instructor se tome más de veintiún (21) meses para presentar un informe de conclusiones y entre este último y la providencia de la sala plena transcurran casi 13 meses más; es decir, de los 60 meses que el proceso tiene para fallar a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos, transcurrieron 34 meses por motivos no justificados en acciones del tribunal seccional.

Si a lo anotado anteriormente le sumamos las maniobras dilatorias que podrían ser adelantadas por la defensa, se corre el riesgo de que el proceso no pueda concluir dentro de los términos establecidos por la ley; con el fin de tener una mejor ilustración al respecto, la sala considera necesario incluir apartes de la sentencia 60/16, con ponencia del magistrado Fernando Guzmán Mora, en la que se hace referencia a alguna jurisprudencia existente sobre el tema:

Respecto a este punto, cabe mencionar algunas posiciones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias:

Sentencia No. C-300/94
El artículo 29 de la C.P., reconoce el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas". Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado "dilaciones injustificadas", debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc.

Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

Sentencia No. T-604/95

B. Dilaciones injustificadas.

"Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad".

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional.

Esta disposición se corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre esas garantías se contempla el "derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas" (artículos 29 inciso 4 de la Constitución; 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14-3-C Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La legislación procesal penal establece términos dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, y cuya dimensión debe estar condicionada por factores tales como "la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad, el grado de complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan." Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado, desconociendo sus derechos fundamentales.

"Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada".

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

"No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad".

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. CONFIRMAR como en efecto confirma la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander por la cual se niega la solicitud realizada por la defensa del Dr. I.D.G.G., relacionada con modificar el texto de algunas preguntas planteadas a uno de los peritos. ARTÍCULO SEGUNDO. Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTÍCULO TERCERO. Contra esta providencia no procede recurso alguno. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente

JUAN MENDOZA VEGA
Magistrado

FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL LAGO BARNEY
Magistrado

EDGAR SAAVEDRA ROJAS
Asesor Jurídico

MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO
Secretaria

Bogotá, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1337 DEL VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso No. 2015-157 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila

Denunciante: Abogado J.S.F.S.
Contra: Dr. J.A.H.E.

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 80-2016

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila en providencia del 25 de mayo de 2016, resuelve formular cargos contra el doctor J.A.H.E. El 22 de junio el médico implicado rinde diligencia de descargos y solicita la práctica de una prueba; mediante auto del 3 de agosto, el tribunal A que rechaza dicha solicitud, por lo que el apoderado del implicado interpone recurso de apelación. El tribunal seccional, mediante auto del 12 de agosto de 2016 concede la apelación y envía el expediente al Tribunal Nacional para lo de su competencia.

El expediente, un (1) cuaderno que contiene 162 folios, fue recibido en este Tribunal Nacional el 26 de agosto de 2016 y puesto el asunto para reparto en Sala Plena el día 30 del mismo mes, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS

El 1 de julio de 2015, el señor J.S.F.S. radica ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila Derecho de Petición – Solicitud de investigación, en la que anota que la señora A.M.P.B. fue atendida en la Clínica Saludcoop de Pitalito, Huila el día 13 de diciembre de 2014, en el servicio de urgencias y posteriormente presentó una valoración médico-legal realizada por el Dr. J.A.H.E., médico general de la Clínica Saludcoop, elaborada en hojas simples, sin registro, sello, consecutivos o distintivos de la EPS Saludcoop, considerando el quejoso su procedencia dudosa, no clara, no sabe si es falsa o ha sido alterada o si el médico se haya prestado a ejecutar funciones que no le corresponden y/o que sea cómplice de tráfico de influencias, ya que la señora C.J.B., madre de A.M.B., trabaja en la clínica como técnico en radiología. Anota que el Dr. H.E. realizó una valoración médico-legal que le corresponde al Instituto de Medicina Legal y al médico legista, previa existencia de una orden de la autoridad competente. Además, considera inexplicable su dictamen diagnóstico de:

1. Trauma de tejidos blandos en brazo derecho, 2. Trauma de tejidos blandos en muslo izquierdo, 3. Violencia intrafamiliar, 4. Trauma emocional post-agresión, los cuales no son claros y se prestan para malas interpretaciones ya que se realizaron solo con la información suministrada por A.M.P.; además debería dejar constancia y no lo hizo. Tampoco le queda claro al quejoso el por qué el galeno, emite una incapacidad médica de 3 días, si la señora A.M. no se encontraba laborando ni tenía trabajo, ni estaba afiliada a una entidad prestadora de salud.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila, el 8 de julio de 2015, admite la queja y dispone el reparto correspondiéndole a la Dra. MARÍA DEL PILAR PEÑA TOBAR como Magistrada Instructora. Durante la presente investigación se allegaron las siguientes pruebas documentales y testimoniales:

• Copia de la queja presentada por J.S.F.S. junto con copia de la valoración objeto de la queja realizada por el Dr. J.A.H.E. titulada "Valoración Médico – Legal", entregada el 1 de julio de 2015.

• Diligencia de ratificación y ampliación de la queja rendida por el señor Juan Sebastián Falla Solórzano el día 21 de agosto de 2015.

• Constancia expedida por la empresa ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA

ASMETSALUD, en la que certifica que la señora A.M.P.B. se encuentra afiliada desde el 15 de diciembre de 2005.

• Hoja de vida del Dr. J.A.H.E. donde se confirma que es médico egresado de la Universidad Surcolombiana de Neiva en el año 2008 y se encuentra inscrito como médico cirujano en la Secretaría Departamental del Huila desde el año 2009.

• Diligencia de versión libre rendida por el Dr. J.A.H.E., médico general, el día 21 de agosto de 2015.

El 20 de abril de 2016, la magistrada instructora presenta informe de conclusiones y en Sala Plena del 25 de mayo de 2016, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila resuelve formular pliego de cargos contra el Dr. J.A.H.E. por presunta infracción del deber ético contenido en los artículos 6, 7 literal a), concordante con los artículos 3 y 4 del decreto 3380 de 1981 y 34 de la ley 23 de 1981 y lo cita a rendir diligencia de descargos.

En Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila, realizada el 22 de junio de 2016, el médico implicado, acompañado de su abogado, EMIRO ALFONSO TORRENTE FERNÁNDEZ, rinde diligencia de descargos en la que solicita que "Se ordene y se peticione al señor fiscal 32 de Pitalito, para que emita CONCEPTO JURÍDICO, a la luz de nuestra normatividad Penal Acusatoria, para que determine qué APRECIACIÓN JURÍDICA le da a una VALORACIÓN MÉDICO LEGAL, en que actúa y firma como MÉDICO GENERAL, y si dicha valoración a la que le adicionó la palabra LEGAL, y si por ello es que tiene alcances jurídicos y probatorios conducentes y tiene categoría de PRUEBA PERICIAL o sirve meramente como una constancia médica, en que además no fue solicitada ni ordenada por autoridad competente, enfrentada esta valoración a LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL, expedida por EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, la cual reposa en el EXPEDIENTE como prueba técnica documental plenamente válida".

Mediante auto del 3 de agosto de 2016, la sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila resuelve rechazar la solicitud de dicha prueba, por lo que el abogado de la defensa mediante escrito presentado el 11 de agosto de 2016 interpone recurso de apelación que el tribunal seccional concede el día 12 del mismo mes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo ha hecho en anteriores jurisprudencias, este Tribunal Nacional de Ética

Médica, considera necesario recordar, la normatividad existente en el Código de Procedimiento Penal, donde se establece de manera precisa que las pruebas tienen por finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de la duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe (artículo 372 ley 906 de 2004).

Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos (artículo 373 ley 906 de 2004). Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba (artículo 359 ley 906 de 2004).

El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito (artículo 375 ley 906 de 2004).

Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:
a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento (artículo 376 ley 906 de 2004).

En el recurso presentado, la defensa señala que con la prueba solicitada se pretende demostrar “que el doctor H., con su valoración médica efectuada a la paciente, no interfiere, ni tiene injerencia alguna en las acciones jurídicas, efectuadas posteriormente por la paciente, … y de esta manera lograr una persuasión racional de nuestra parte por parte de los honorables magistrados. Que dicha valoración médica no tiene alcance alguno, tal como se quiere demostrar con la presunta culpabilidad disciplinaria … que es mera y simple constancia médica.”

Esta superioridad, procede a analizar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba solicitada por la defensa del implicado, anotando que, durante la presente investigación, el tribunal A quo ha brindado suficientes garantías al procesado.

La conducencia de una prueba significa, que además de ser permitida por la ley, tiene idoneidad para probar un hecho; es decir, constituye un elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada. Por otra parte, la pertinencia indica que la prueba solicitada permite establecer una relación entre los hechos que se investigan y lo que se pretende demostrar; y finalmente, la utilidad de la prueba se refiere a que ésta hace un aporte concreto al objeto de la investigación y contribuye a llevar al investigador a una convicción.

La prueba solicitada por la defensa consiste en un concepto, que deberá ser emitido por la Fiscalía, sobre los efectos jurídicos que tiene la valoración médico-legal realizada por el inculpado, lo que no constituye el objeto de la presente investigación ético – médico disciplinaria, ya que los cargos que se imputan al acusado son relacionados con la presunta infracción de los deberes contenidos en los artículos 6, 7 literal a) concordante con los artículos 3 y 4 del decreto 3380 de 1981 y 34 de la Ley 23 de 1981 citados a continuación:

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

ARTÍCULO 7. *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 motivos:*

a. Que el caso no corresponda a su especialidad.

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.*

Adicionalmente, el Tribunal Nacional quiere anotar que la única autoridad judicial que puede emitir conceptos es la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado y sólo a petición del gobierno. Las demás autoridades judiciales no lo pueden hacer, por lo tanto en el presente caso la prueba solicitada es contraria a la Ley, por lo que esta superioridad considera que las pruebas solicitadas por la defensa no son conducentes ni pertinentes para decidir sobre la actuación ético – profesional del inculpado por lo que el presente recurso está llamado a no prosperar.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. CONFIRMAR como en efecto confirma la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila, por la cual se niega la solicitud realizada por la defensa del Dr. J.A.H.E. ARTÍCULO SEGUNDO. Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTÍCULO TERCERO. Contra esta providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado -Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, enero veintisiete (27) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.986 DEL VEINTISIET (27) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

Ref: Proceso No. 2496 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

Denunciante: Sr. J.C.C.
Contra el doctor O.de J.C.C.

Magistrado Ponente: Dra. Guillermina Schoonewolff de Loaiza
Providencia No. 02-2009

VISTOS.

Por providencia del 23 de julio de 2008, el Tribunal de Ética Médica de Bogotá, sancionó al Dr. O. DE J.C.N, por presuntamente haber infringido los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981, imponiéndole sanción de censura verbal y pública. La defensa interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación en tiempo oportuno.

Por providencia del 22 de octubre el Tribunal de primera instancia negó la reposición solicitada y en su lugar concedió el recurso de apelación. La Corporación procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

Los hechos fueron sintetizados por la primera instancia de la siguiente manera:

“ El 16 de Febrero de 2005 la señora R.M.V. concurrió al Hospital Universitario Clínica San Rafael para que se le practicara un bloqueo simpático regional como tratamiento de una fibromialgia, tratamiento a cargo del médico anestesiólogo doctor O.C, quien practicó el procedimiento programado, al término del mismo proceder a hacer la siguiente prescripción:

1) Amitriptilina de 25 mgrs tabletas No 30. Tomar una diaria a las 9 P. M.
2) Carbamezepina 200 mgrs Tabl. No 90. Tomar una cada 8 horas.

Acto seguido preguntó a la señora R.V. si era alérgica a alguno de los medicamente indicados, a lo cual respondió que no.

En el “ formato de registros de enfermería en el quirófano “ en el renglón de “ alergias “ había sido consignado por dicho servicio de enfermería el medicamento “ Tegretol”.

El día siguiente al procedimiento, después de haber ingerido las primeras cuatro tabletas de carbamazapina, la señora R.M. presentó lesiones eritematosas múltiples diseminadas por todo el cuerpo por lo cual requirió hospitalización e intervención del dermatólogo quien diagnosticó “ Toxidermia “, tratada con corticoide IV y antihistamínicos, con salida por mejoría el 25 de febrero de 2005 “.

La recurrente solicitó se le conceda el derecho a la segunda instancia de conformidad a lo considerado por el juez constitucional que estimó que la sanción de “ censura fue declarada inexequible por la Corte Constitucional por Sentencia C-620 del 25 de junio de 2008, con ponencia de la H. M. Clara Inés Vargas Hernández., con el objetivo de garantizar la segunda instancia para este tipo de casos. Dice la recurrente:

“La Honorable Corte Constitucional mediante fallo de constitucionalidad de junio 25 de 2008, declaró Exequible el aparte demandado del artículo 87 de la Ley 23 de 1981, salvo la expresión “ o censura “ la cual se declaró Inexequible. Ello, para materializar el principio de la doble instancia en los procesos seguidos ante los Tribunales Seccionales de Ética Médica, y el Nacional también, sin distinción de la sanción que se resolviera imponer”

Con fundamento en lo anterior solicitó dar aplicación al principio de la doble instancia.

Considera igualmente la recurrente que se le negaron solicitudes probatorias que afectaron el derecho a la defensa y el debido proceso.

En tal sentido asevera:

" El Tribunal señala en su parte motiva, al iniciar sus consideraciones, que no se concederá la práctica de las pruebas solicitadas, por resultar improcedentes pero además innecesarias ". Adjetivos que desnaturalizan la finalidad de la prueba, pero que me permitiré refutar más adelante.

Los argumentos esgrimidos por esta Corporación, para negar las pruebas solicitadas, fueron las siguientes:

Con posterioridad a los descargos ya no existe lugar para la solicitud de pruebas. No es momento oportuno para solicitar o allegar pruebas al finalizar el juzgamiento con la Audiencia de Descargos.

No está demostrada la pertinencia del Comité de Calidad de Auditoría Médica de la Clínica San Rafael. Y respecto de las otras dos pruebas solicitadas no se pronuncia, pero tampoco las concede."

Considera la recurrente que por ser este procedimiento una expresión del Derecho Disciplinario, se le deben aplicar las normas probatorias correspondientes previstas en el Estatuto Único Disciplinario.

Luego de amplias consideraciones sobre el Derecho Disciplinario y el debido proceso, termina concluyendo que las pruebas solicitadas por la defensa son conducentes y pertinentes. Las que fueron solicitadas en sus palabras son:

" 1. Escuchar en declaración a un farmacólogo de la Universidad Nacional con el fin de determinar con certeza que la toma de la carbamazepina no fue la causante de la reacción adversa presentada en la paciente……..

2. Escuchar en declaración a M.G., auxiliar de enfermería, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá a quien se podrá ubicar en la carrera ..., quien asistió a mi poderdante durante el procedimiento en el cual se formuló carbamazepina y le constan el acaecimiento de los hechos objeto de investigación, como la ausencia de historia clínica en el quirófano.

3. Ofíciese a la Clínica San Rafael, con el de que allegue acta de Comité de calidad de Auditoría realizado con ocasión del caso de la paciente R.M., el día 31 de agosto de 2006. Esto, con el fin de corroborar los hechos puestos de presente respecto de la no adecuación de los cargos formulados.

Termina solicitando la nulidad de la actuación a partir de la diligencia de descargos,

para que se pronuncie sobre las pruebas solicitadas y se permita el ejercicio al derecho a la defensa..

Desde mucho antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional citada por la recurrente, esta Corporación ha sostenido que por inconstitucionalidad sobrevenida, a partir de la actual Constitución, todas las sentencias condenatorias son apelables sin consideración a la calidad de la pena impuesta.

En tal sentido la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido:

" A).- UN ANÁLISIS PREVIO A LA VIABILIDAD DE LA APELACIÓN.

Antes de entrar a hacer las consideraciones pertinentes relacionadas con los hechos que han sido motivo de investigación disciplinaria se hace indispensable hacer así sea un breve estudio de la providencia recurrida, en el sentido de si es susceptible de ser revisada por el recurso de apelación.-

Y se hace necesario, porque si se observa el contenido del artículo de la ley 23 de 1981 se verá que el tipo de sanción impuesta en la decisión recurrida no era susceptible del recurso de apelación.-

Esta norma no era contraria con la Constitución de 1886, vigente cuando la ley 23 fue promulgada, porque en dicho texto nada decía en relación con la segunda instancia[1], y en tales condiciones la reglamentación de todo lo relacionado con las dos instancias quedaba referido a la voluntad del legislador y dentro de tales potestades podía determinar cuáles providencias tuvieran o no segunda instancia sin que por ello se vulnerara la Constitución Nacional.-

Pero no ocurre igual con la Constitución de 1991 que derogara la antes mencionada, porque en la Carta actualmente vigente se establece como una de las garantías integradoras del debido proceso el poder impugnar las sentencias condenatorias [2].-

En una norma bastante contradictoria con la que acabamos de destacar, nuevamente el constituyente hace relación a las sentencias, pero en ésta ocasión alude a todas

1 Art. 26 Constitución de 1886.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.-
En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.-

2 Art. 29.- El debido proceso se aplicarà a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.-
.....
".....Quien sea sindicado tiene derecho.....; a impugnar las sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.-
.....".-

las sentencias judiciales, - es decir a las condenatorias y a las absolutorias -, y establece que las mismas " podrán " ser apeladas o consultadas, creando al mismo tiempo la posibilidad de que el legislador pudiera crear excepciones a este derecho de recurrir en apelación [3].-

Frente a tan clara contradicción, por aplicación del principio de favorabilidad, principio igualmente de rango constitucional, y del bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados sobre Derechos Humanos, habrá de concluirse que en tratándose de sentencias condenatorias todos los ciudadanos tienen el derecho a recurrirlas en apelación sin que pueda el legislador establecer excepciones a éste derecho consagrado tan claramente en el artículo 29.-

Al acierto de la anterior interpretación acuden en nuestra ayuda las previsiones de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que al decir de la Corte Constitucional conforman el bloque de constitucionalidad y se encuentran en un mismo nivel jerárquico el cual, desde la perspectiva valorativa y la interpretación propuesta por la Corte Constitucional, es claro y racional porque surge del propio contenido del artículo 93 constitucional[4].-

El Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968) establece el derecho a la segunda instancia para todas las personas que hayan sido condenadas judicialmente[5] y en iguales términos se consagra el derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) al establecer el derecho a recurrir los fallos ante un Tribunal Superior[6].-

Si los Tratados tienen prelación en el orden interno y si los derechos consagrados en nuestra Constitución deben ser interpretados de conformidad con la normatividad internacional de los derechos humanos, no nos puede quedar la más mínima duda del derecho de todo ciudadano a recurrir en segunda instancia del fallo condenatorio, sin que importe la calidad o cantidad de pena impuesta.-

---

3 .- Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley:-

.....".-

4 Art. 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.-

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.-

5 Art. 14.- 1.- Todas las personas son iguales ante los Tribunales de Justicia.....Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.-

....".-

6 Art. 8.- Garantías judiciales.-1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.....

2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.-

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

A)....

H).- Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.-

En las condiciones precedentes hemos de concluir que frente a la norma analizada se ha presentado el fenómeno conocido por los tratadistas de derecho público como inconstitucionalidad sobrevenida, que se puede presentar cuando se da un tránsito constitucional, cuando una norma de inferior categoría, dictada en vigencia de la anterior Carta y que estaba acorde con la Constitución vigente cuando la misma se promulgó, pasa a ser contraria y por tanto inconstitucional con la nueva Constitución.-

Este fenómeno ha sido objeto de plurales pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y es así como ha sostenido que:

" El análisis formal de aquellas normas expedidas con anterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991, se debe hacer a la luz de la Constitución de 1886, ya que esta era la normatividad que regía en el momento de su expedición, y era ella la que señalaba los requisitos y las formalidades a las cuales se debía someter su promulgación. Por el contrario, el análisis material de las normas referidas, debe efectuarse a la luz de la nueva Constitución Política, con el fin de determinar si su subsistencia jurídica es viable a la luz del ordenamiento jurídico vigente. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Marzo 3 de 1994. No. de Rad.: C-089A-94

En otra ocasión sobre la inconstitucionalidad sobreviniente nuestro Tribunal Constitucional sostuvo:

" Si bien los artículos aquí demandados pudieron entenderse ajustados, en su momento, a los preceptos constitucionales que gobernaron su expedición y, en efecto, la presunción de constitucionalidad que los cobijaba no fue desvirtuada, toda vez que la Corte Suprema de Justicia -Tribunal entonces competente para hacerlo- no profirió fallo que declarara su inexequibilidad, esta Corporación no puede descartar que, mirados a la luz de la preceptiva constitucional hoy en vigor, resulten contrarios a ella, como lo sostiene el demandante, por lo cual se hace necesario resolver el punto con efectos " erga omnes ". Una norma que se oponga a lo preceptuado por la Constitución, bien que se establezca dentro de su vigencia, ya sea que la hubiese antecedido, no puede continuar rigiendo. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Abril 20 de 1993. No. de Rad.: C-143-93.-

En otra ocasión sobre el mismo tema se sostuvo:

"Si bien la ley acusada fue expedida en el año 1990, esto es cuando aún se encontraba vigente el antiguo estatuto constitucional, el examen de constitucionalidad de la

ley debe hacerse a la luz de la Carta vigente. Ello es así por dos motivos: a) Porque de examinar la constitucionalidad frente a una Carta Política derogada, necesariamente se llegaría a un fallo inocuo, y b) Porque la normatividad de la Constitución vigente, como norma de normas, actúa en relación con situaciones jurídicas anteriores, privándolas de validez y, por consecuencia, de eficacia, cuando ellas son manifiestamente contrarias a su espíritu.

Es decir, no las que son distintas, sino aquellas normas jurídicas que pugnan con la filosofía de la Constitución, de tal manera que, de subsistir, implicarían un caso de violación del principio lógico de no contradicción. La norma constitucional es retroactiva en el sentido de corregir las normas jurídicas originadas antes de su expedición, que en la actualidad contradicen manifiestamente los principios rectores del máximo estatuto jurídico. Esto es, cuando se trate de una inconstitucionalidad sobreviniente. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Julio 1 de 1993. No. de Rad.: C-260-93.-

En el mismo sentido se repitió posteriormente lo siguiente:

" La expedición de una nueva Constitución Política que, como la de 1991, introdujo cambios sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal, hacía imperativa la derogatoria de la Carta vigente hasta entonces, como lo ordena el artículo 380 de la CP, amén de que ello se sujetaba al arbitrio del Constituyente. Otra cosa acontece con la legislación preconstitucional, la que conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Octubre 28 de 1993.No. de Rad.: C-486-93.-

En las condiciones precedentes y de conformidad con la Constitución y con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se ha de concluir que el artículo de la ley 23 de 1981 es claramente contrario al texto constitucional y al bloque de constitucionalidad conformado por los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y en tales circunstancias se hace indispensable que se inaplique, dándose prioridad valorativa a la Constitución de conformidad a las previsiones del artículo 4 de la Carta que consagra la excepción de inconstitucionalidad según la cual es deber de los funcionarios y de los ciudadanos en general, abstenerse de aplicar las normas que sean claramente contrarias al texto de la Constitución, para así poder preservar la integridad de la Ley de Leyes[7]*.-*

En las circunstancias analizadas hemos de concluir que en el actual proceso

disciplinario regulado por la ley 23 de 1981, todas las sentencias sancionatorias, sin importar la calidad o cantidad de pena impuesta son susceptibles de ser recurridas en apelación, porque esa ha sido la voluntad del Constituyente que elaborara la Carta actualmente vigente desde 1991[8] *.-*

El criterio anterior ha sido reiterado, y podemos citar entre otras decisiones la del 17 de agosto de 2000, con ponencia del H. M. Odilio Méndez Sandoval; la del 22 de agosto de 2000, con ponencia del H. M. Jorge Segura Vargas y la del 13 de noviembre de 2007 con ponencia del H. M. Miguel Otero Cadena.

Es una realidad que la defensa después de la diligencia de descargos solicitó la práctica de las pruebas antes relacionadas.

El Tribunal de primera instancia, en la sentencia que es motivo del recurso consideró en la parte motiva que no eran pertinentes, pero nada resolvió en relación con esta solicitud en la parte resolutiva. Las consideraciones fueron las siguientes:

"En primer lugar debe pronunciarse la Sala respecto de las pruebas solicitadas por el médico investigado y su apoderada 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 ésta 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

---

7 - Art. 4.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.-

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.-

8 - Sentencia Tribunal Nacional de Ética Médica del 25 de abril de 2000, M. P. Hernando Groot Liévano.

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 a folio 178 del expediente existe concepto del Centro de Información de medicamentos de la Universidad Nacional de Colombia de fecha 2 de noviembre de 2005 emitido por la Directora del Departamento de Farmacia – profesora Claudia E. Mora H; a folio 93 de la historia clínica se encuentra claramente documentada la actuación del servicio de enfermería en el presente caso, y finalmente se estima que dado que en el presente caso el material probatorio es amplio y suficiente, no se considera pertinente solicitar el concepto del Comité de calidad y Auditoría Médica de la Clínica San Rafael".

Es indispensable precisar que le asiste la razón a la recurrente, porque a pesar de las precedentes consideraciones, reiteradas en el auto de no reposición de manera sintética, lo cierto es que no hubo pronunciamiento por parte de la primera instancia en relación con la procedencia o no de las pruebas solicitadas.

Si se observa la parte resolutiva de las dos providencias a las que nos referimos se podrá verificar que en ninguna de las dos, se resuelve positiva o negativamente sobre la solicitud probatoria formulada por la defensa.

Es bien sabido que debe existir una perfecta correspondencia entre la parte motiva de las decisiones y la parte resolutiva. Que igualmente es una realidad que lo que tiene vigencia y poder decisorio es la parte resolutiva. En tales circunstancias si no se presenta esa necesaria concordancia entre la parte motiva y la resolutiva, todo lo dicho en la parte motiva carece de trascendencia y no puede considerarse que por lo allí dicho se está resolviendo sobre el asunto tratado. Para resolver lo solicitado por las partes, para que se tenga por decidido un asunto emanado de la autoridad, es indispensable que el mismo aparezca en la parte resolutiva concediendo o negando, ordenando o disponiendo. Si lo considerado en la parte motiva, no tiene su expresión o correspondencia con la parte resolutiva se ha de tener como no resuelto.

Lo anterior puede ser representado de manera más clara con la siguiente hipótesis. En la redacción de una sentencia en la parte considerativa se formulan las motivaciones sobre la autoría y la culpabilidad del procesado y se concluye finalmente que debe ser condenado, pero en la parte resolutiva de dicha providencia no se toma ninguna decisión de responsabilidad. Podrá considerarse en tales circunstancias que ese ciudadano puede considerarse como condenado ?.

Creemos que no, porque como ya se dijo, la parte obligatoria de las sentencias es su parte resolutiva y lo que allí no aparezca debe tenerse como no resuelto, ni tratado.

Es importante igualmente destacar que la petición probatoria ha debido ser resuelta en decisión aparte, antes de dictarse la sentencia y ello surge con claridad de elemental lógica jurídica, porque es obvio que todo el debate probatorio tiene que ser resuelto antes de la sentencia, para que las pruebas que finalmente se hayan decretado y practicado puedan ser consideradas y valoradas en la sentencia.

Se deja sin opciones a la defensa, cuando una solicitud probatoria finalmente se le resuelve en la sentencia, cuando la misma ha debido decidírsele con antelación, para que en caso de que la decisión sea negativa a sus pretensiones, pueda interponer los recursos pertinentes para que en la reposición o en la apelación se le resuelva de manera definitiva su pretensión probatoria y en tales condiciones sepa de antemano con que carga probatoria puede contar para la instancia definitiva del proceso que es la sentencia.

Al no haberse resuelto la solicitud probatoria se ha incurrido en una vía de hecho, constitutiva de nulidad, porque es imperativo deber de los funcionarios que administran justicia de pronunciarse en sentido positivo o negativo sobre las peticiones probatorias de los sujetos procesales. La Corte Constitucional así lo ha considerado al estimar:

4. Se pregunta la Corte si las deficiencias advertidas vulneran los derechos fundamentales del actor y, si así fuera, si procede la tutela como mecanismo judicial de protección.

5. El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a un juicio justo sometido a las garantías mínimas del debido proceso. El derecho a un juicio justo, también denominado derecho al debido proceso, reúne un conjunto de derechos y garantías esenciales de todo proceso, como el derecho de acceso pronto y efectivo a jueces y tribunales autónomos e imparciales; a ser oído y vencido en juicio; y, a la efectividad de la decisión judicial, que favorezca los propios derechos o intereses.

El derecho a ser oído y vencido en juicio, es decir, el derecho de defensa, se compone a su turno, de un sistema interrelacionado de derechos y garantías que tienden a asegurar la "plena oportunidad de ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de

ejercitar los recursos que la ley otorga" . Como ha sido reiterado por esta Corte, el derecho de defensa constituye un elemento medular del debido proceso.

Una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa es el derecho a utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En este sentido, el artículo 29 de la Constitución Política indica que, quien sea sindicado, tiene derecho a "presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al derecho interno mediante Ley 74 de 1968, expresa en su artículo 14:

"3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;"

De la misma manera, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Ley 16 de 1972) indica:

"2. Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:
(...)

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;"

6. El conjunto de derechos y garantías que integran el derecho de defensa – como el derecho a ser informado oportunamente del proceso, a la defensa técnica, a solicitar las pruebas pertinentes o a controvertir la evidencia presentada – despliegan mayor o menor eficacia dependiendo de la intensidad de los efectos que la decisión que resulte del proceso pueda tener sobre los derechos o intereses de las partes. En particular, en los procesos penales, cuya consecuencia puede ser la restricción de la libertad personal del sujeto investigado, las garantías constitucionales del proceso deben acreditar su máxima eficacia.

No obstante, por tratarse de un derecho de configuración legal, compete al legislador definir, dentro del marco constitucional, la forma como habrá de protegerse y garantizarse y los términos y condiciones bajo los cuales las personas pueden exigir su cumplimiento. Por supuesto, toda regulación del legislador a este respecto debe obedecer a los imperativos constitucionales que han sido descritos.

7. La defensa del derecho a la prueba, como una de las dimensiones del derecho de defensa, llevó al legislador a consagrar, en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, el imperativo de la investigación integral. Según el precitado artículo, el funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado. Como lo ha señalado la jurisprudencia, el imperativo de la investigación integral se aplica en todas las etapas del proceso y no sólo en la fase del juicio. A este respecto, la Corte ha indicado que el fiscal y no sólo el juez, "debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y, además debe permitir la controversia probatoria y juzgar imparcialmente su valor de convicción".

8. Ahora bien, el imperativo de la investigación integral no obliga al funcionario judicial a practicar todas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales ni a realizar pesquisas o averiguaciones desproporcionadas, innecesarias o inútiles. Como lo ha afirmado en reiterada e importante jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, el funcionario judicial sólo esta obligado a practicar aquellas pruebas que objetivamente resulten pertinentes y que puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable. Sin embargo, cualquier decisión judicial en este sentido debe ser motivada suficientemente, pues en este ámbito no existe espacio ninguno para la arbitrariedad judicial.

A este respecto, por ejemplo, la Corte Suprema ha indicado que "el principio del debido proceso se vulnera por el incumplimiento del imperativo de la investigación integral, cuando en el proceso han sido citadas personas identificadas,

individualizadas y localizables, y el investigador no hace ningún esfuerzo para ubicarlas y recepcionarles la respectiva declaración" .

En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Constitucional al establecer que el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa . Sobre este asunto, la jurisprudencia ha sido clara al indicar que la exposición razonada de los argumentos y las pruebas del sindicado no sólo sirven al interés particular de éste, sino también al esclarecimiento de la verdad , objetivo primordial del proceso constitucional.

En suma, en aquellos casos en los cuales el implicado, indagado o acusado es invisible para el funcionario judicial que, empeñado en encontrar un responsable, no repara en los argumentos y la evidencia que aquel le pretende mostrar, se produce una flagrante vulneración del derecho de defensa y, por contera, del debido proceso constitucional.

9. En el presente caso, no duda la Sala en manifestar que existió una evidente vulneración del derecho de defensa del actor por vulneración del imperativo de la investigación integral, por parte de la Fiscal 63 Delegada de la Unidad Quinta de Vida y Violencia Intrafamiliar de Santa Fe de Bogotá, D.C.. En efecto, sin ninguna justificación la funcionaria demandada dejó de practicar las pruebas que resultaban fundamentales para la defensa, en tanto pretendían desvirtuar el testimonio de la menor Urrego. Ciertamente la Fiscalía decretó algunas de las mencionadas pruebas. Incluso, por auto de agosto 31 de 1998, se abstuvo de conceder la nulidad solicitada por la defensa alegando, entre otras cosas, que la etapa investigativa no había sido aún clausurada, y, en consecuencia, era posible practicar pruebas adicionales que podían ser controvertidas por el incriminado. No obstante y pese a que el indagado había identificado plenamente a las personas que podían declarar a su favor, la funcionaria omitió la practica de cualquier prueba, lesionando así el derecho de defensa del actor. De hecho, en la etapa de investigación la Fiscalía no decretó ni practicó prueba distinta a la diligencia de indagatoria. Como ha sido mencionado, en el expediente penal no se encuentra siquiera copia de la necropsia realizada al cuerpo sin vida del señor J.A.M.L.

En las condiciones mencionadas, queda absolutamente claro que el actor fue colocado en una situación de extrema indefensión por parte de la Fiscal encargada de instruir el proceso en su contra. En efecto, no sólo omitió decretar pruebas que a todas luces eran fundamentales para la defensa, sino que dejó de practicar

aquellas que, reuniendo la misma condición, habían sido decretadas en la etapa preliminar. Pero incluso, cuando el apoderado de la defensa solicitó la nulidad de lo actuado atendiendo, entre otras cosas, a la falta de aplicación del principio de investigación integral, la Fiscal se limito a señalar que dado que la investigación no había concluido, todavía era procedente la practica de las pruebas que se echaban de menos. Sin embargo, poco tiempo después declaró cerrada la investigación, sin haber realizado el más elemental esfuerzo probatorio .

Posteriormente se ratificó el anterior criterio al sostenerse:

DEBIDO PROCESO - *Vulneración por omisión del funcionario de dar respuesta a una solicitud de pruebas*

Se vulnera el debido proceso cuando el funcionario judicial omite dar respuesta a una determinada petición de pruebas, cuando ha sido formulada oportunamente por alguno de los sujetos procesales. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, al conocer una determinada solicitud de pruebas, el fiscal o el juez de la causa, tienen la obligación de responderla expresamente, ya sea en sentido positivo o negativo. En efecto, de no existir una respuesta expresa, no existiría providencia alguna que pudiera ser objeto de recursos y, en consecuencia, se estaría privando arbitrariamente a las partes de su derecho a recurrir la correspondiente actuación judicial. Así, en todo evento en el que el funcionario judicial pretenda negar una solicitud de pruebas, por considerar que las mismas son inconducentes o superfluas para el esclarecimiento de los hechos o la definición del grado de responsabilidad subjetiva de las personas implicadas, debe hacerlo mediante providencia motivada, la cual es apelable en el efecto diferido, so pena de incurrir en un grave vicio o defecto procedimental[15].

Y nuevamente se reiteró al afirmarse:

PRUEBAS EN PROCESO PENAL - *Admisión, práctica y valoración de éstas*

En general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación

15 - Sentencia T-694 del 12 de junio de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas. La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a todos los sujetos procesales en sus derechos fundamentales.

De ahí, la estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. La Corte Constitucional ha establecido que el juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa. Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad, cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas. Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito, no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad.[16]

Los hechos presuntamente vulnerantes de la Ley de Ética Médica tuvieron ocurrencia en ésta ciudad el 16 de febrero de 2005. En tales circunstancias la norma procesal aplicable es la Ley 906 de 2004 que en su artículo 533 dispone:

ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su respectiva publicación.

---

16 - Sentencia T- 453 del 2 de mayo de 2005. M. P. José Manuel Cepeda Espinoza

En tales circunstancias, erradas son las consideraciones que esa Corporación formula cuando sostiene que la ley procesal aplicable a este caso es la ley 600 cuando afirma:

B) Las pruebas solicitadas por la defensa del sancionado no alcanzan la virtuosidad de prosperar, porque, como ya se dijo específicamente a folio 255 del proceso son puntuales el concepto emitido por el Centro de Información de Medicamentos de la Universidad Nacional de Colombia (folio 178) y la misma historia clínica que aparece a folio 93, medios probatorios que de no haber sido objeto de reparo alguno por la defensa y aún no lo son, cobran firmeza y confianza acerca de la verdad en ellos contenida.

Huelga sostener entonces que ni la defensa siquiera lo señala cual pueda ser la pertinencia, conducencia y eficacia de la prueba, cuando éstas han sido recogidas como ya se anotó en renglones precedentes.

***" BIEN LO SEÑALA EL ARTÍCULO 235 DEL C. P. P. VIGENTE PARA LA ÉPOCA (LEY 600\2000)**, las razones y los mecanismos que han de utilizarse en estos eventos, Y como de contera las pruebas que se arrimaron al proceso fueron regular y oportunamente allegadas y estuvieron rodeadas de la publicidad y la controversia en el estadio de la investigación, fuerza sostener entonces que la decisión atacad ha de mantenerse incólume y como tal, ningún manto de duda que genere inexistencias o nulidad se vislumbra, de igual manera debe despacharse en el sentido de negar dichas declaratoria. (Lo destacado no lo es en el texto).*

Consideró el Tribunal de primera instancia que no era posible practicar pruebas con posterioridad a la diligencia de descargos y entre otras consideraciones se fundamenta en las previsiones del artículo 447 del Código de procedimiento penal, sin señalar a que ordenamiento pertenece tal norma, omisión grave porque ese número de un supuesto artículo, no corresponde a la ley 600, ni a la 906 Efectivamente en ese número de artículo las dos codificaciones tratan temas completamente diferentes:

LEY 600 DE 2000. ARTICULO 447. INADMISION DE LA ACUSACION. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Cuando la acusación no sea admitida, el Senado ordenará el archivo de la actuación mediante cesación de procedimiento, respecto de las personas y por los cargos que cobijen tal determinación. La decisión mediante la cual se inadmite la acusación y ordena archivo, hace tránsito a cosa juzgada.
LEY 906 DE 2004. ARTÍCULO 447. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y

SENTENCIA. Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral, en la cual incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

PARÁGRAFO. En el término indicado en el inciso anterior se emitirá la sentencia absolutoria.

Como se puede observar con claridad una de las normas hace referencia al trámite de los procesos ante el Senado y la otra se refiere a la individualización de la pena.

Establecido entonces que aplicada la norma procesal por remisión tal como lo ordena el artículo 82 de la Ley 23 de 1981[17], serán aplicable las normas procesales vigentes - Ley 906 -, y no como equivocadamente lo considera el Tribunal de primera instancia cuando afirma que la ley procesal aplicable será la 600 de 2000.

Dentro de las previsiones del sistema acusatorio adoptadas por la Ley 906 de 2004, la parte mayoritaria de la prueba deberá ser practicada oralmente en la audiencia de juzgamiento o juicio oral, luego de haberse formulado la acusación[18], haberse hecho la audiencia de descubrimiento de la prueba[19], y finalmente la celebración de la audiencia preparatoria[20].

---

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

De la realidad normativa destacada en precedencia se ha de concluir que es de la naturaleza del debido proceso en el sistema acusatorio, que luego de la acusación formulada por el Estado, el procesado tenga oportunidad probatoria para tratar de rebatir los cargos contenidos en la acusación.

Pero en relación con ésta temática, la situación no se ha modificado sustancialmente porque en todos los sistemas procesales que antecedieron al actualmente vigente, los sujetos procesales tenían derecho a una etapa probatoria en la causa, primero para solicitar las pruebas y las nulidades y luego para que fuesen practicadas en la audiencia de juzgamiento.

El anterior procedimiento así está concebido en la Ley 600, codificación procesal que precedió a la actualmente vigente; hay una audiencia preparatoria para solicitar pruebas después de la acusación[21], y una oportunidad en el juicio para practicarlas[22].

---

18 ARTÍCULO 339. TRÁMITE. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.

El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.

19 ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. <Artículo y Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

20 ARTÍCULO 356. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

PARÁGRAFO. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

21 ARTICULO 400. APERTURA A JUICIO. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal.

Al día siguiente de recibido el proceso por secretaría se pasarán las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de quince (15) días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes.

ARTICULO 401. AUDIENCIA PREPARATORIA. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El juez podrá decretar pruebas de oficio.

Allí mismo se resolverá sobre la práctica de pruebas que por su naturaleza, por requerir de estudios previos o por imposibilidad de las personas de asistir a la audiencia pública, fundada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, deberán realizarse fuera de la sede del juzgado. Se practicarán dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Se fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

Es de lógica elemental, si estamos inmersos en un proceso respetuoso del debido proceso, en el que se garanticen a plenitud los derechos de contradicción probatoria y de defensa, que luego de la formulación de la acusación, exista un período probatorio, para que particularmente la defensa pueda solicitar las pruebas que considere pertinentes para tratar de rebatir la acusación que se la acaba de formular.

De las consideraciones precedentes ha de concluirse entonces que el disciplinado durante o después de la audiencia de descargos tiene derecho a allegar o a solicitar medios probatorios con lo que pretenda rebatir los cargos que le fueron formulados.
Es importante de todas maneras hacer algunas consideraciones sobre la petición probatoria, porque se le niega a la defensa nombrar un perito farmacólogo de la Universidad Nacional, sobre el presupuesto de que a folio 178 aparece la opinión de una profesora de ese claustro universitario, pero si se observa ese folio, se podrá observar que ni siquiera está firmado por supuestamente el especialista que lo elaboró. En tales condiciones ha de concluirse que ese documento es inexistente, porque para que un documento sea válido es indispensable que tenga una firma responsable de quien lo elaboró. En tales condiciones son inválidas las consideraciones realizadas por el Tribunal de primera instancia.

Igualmente estima la Corporación que las otras pruebas solicitadas son pertinentes, porque estima la defensa, que la historia clínica donde figuraba la existencia precedente de la alergia no estaba dentro del quirófano tal como lo sostiene el disciplinado. En tales circunstancias es relevante el testimonio solicitado para determinar con precisión este hecho que es absolutamente trascendente para la estrategia planteada por la defensa. Debe destacarse lo sostenido por la defensa en el memorial de solicitud de pruebas después de la diligencia de descargos:

" Referencia que la señora R. hace en otro momento, cuando en el " formato de registros de enfermería en el quirófano " en el renglón de " alergias " fue consignado por el servicio de enfermería el medicamento " Tegretol ". Pero hay que tener en cuenta que éste último dato no fue puesto de presente al médico tratante, ni pudo ser avisorado por el mismo, toda vez que la carpeta contentiva de la historia clínica junto con la mencionada nota de alergia no se encontraba en la misma sala donde se practicó el procedimiento de bloqueo " (f 243)

---

22 - ARTICULO 403. CELEBRACION DE LA AUDIENCIA. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Llegado el día y la hora para la vista pública, el juez interrogará personalmente al sindicado acerca de los hechos y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad.

De igual manera se podrá escuchar a los funcionarios de policía judicial que intervinieron en la investigación y esclarecimiento de los hechos.

Los sujetos procesales podrán interrogar al sindicado, e inmediatamente se procederá a la práctica de las pruebas, de lo cual se dejará constancia en acta, pudiendo utilizarse los medios mecánicos autorizados en este código.

En las circunstancias precedentes ha de concluirse que el medio de convicción solicitado es pertinente y conducente.

La tercera prueba, solicitando el acta del Comité de Calidad de Auditoría Médica relacionado con el caso de la paciente R.M. del día 31 de agosto de 2006 puede ser conducente para el esclarecimiento de los hechos investigados.

De acuerdo con las consideraciones precedentes se ha de concluir que se le vulneraron a la defensa, los derechos de contradicción probatoria y de defensa y consecuentemente el debido proceso constitucional.

Se incurrió entonces por parte del Tribunal de primera instancia en causal de nulidad, prevista en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 que dispone:

ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

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

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DEL PRESENTE PROCESO, a partir de la audiencia de descargos, diligencia que no queda incluida en el decreto de la nulidad, por haberse vulnerado los derechos de contradicción probatoria, de defensa y consecuencialmente el debido proceso, para que el Tribunal de primera Instancia, proceda a ordenar las pruebas solicitadas por la defensa del Dr. O. DE J. C.N y sea tramitado nuevamente la etapa de la causa en este proceso. ARTICULO SEGUNDO. Devolver el proceso al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

Bogotá, febrero doce (12) del año dos mil trece (2013).

SALA PLENA SESIÓN No. 1164 DEL DOCE (12) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso No. 2153, Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca

Contra: Doctores I.M.C.R. y otros
Denunciante: Subdirector Hospital San Rafael, Leticia, Amazonas

Asunto: Recurso de Apelación
Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza -Vega
Providencia No. 09-2013

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, en Sala Plena del 29 de Enero de 2013, durante diligencia de descargos, resolvió conceder la apelación presentada por el defensor de la doctora I.M.C.R. contra la decisión de negar unas pruebas, tomada en dicha Sala dentro del proceso 2153 abierto con base en la queja presentada por el subdirector científico del Hospital San Rafael de Leticia, Amazonas, por lo que envió el expediente a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibido el cuaderno del expediente el 4 de Febrero de 2013, fue puesto para reparto en Sala Plena del 5 de Febrero y correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

En el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca se adelanta el proceso 2153 contra la doctora L.M.C.R. y otros colegas del Hospital San Rafael de Leticia, por presuntas fallas en la atención prestada a la señora E. Del C.. T.A. a partir del día 15 de Abril de 2008.

El tribunal seccional consideró que debía plantearse pliego de cargos a la doctora L.M.C.R. por posibles faltas contra el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, consistentes en no haber examinado adecuadamente a la señora T. y como consecuencia haber anotado en la historia clínica de la misma, algunos datos claramente incongruentes, como altura uterina en una señora que había sido previamente histerectomizada pero le había ocultado ese hecho a los médicos que la atendieron en la fecha atrás anotada. En la diligencia de descargos, el abogado defensor de la doctora L.M.C.R. solicitó como pruebas las declaraciones de cuatro personas que para la fecha de los hechos trabajaban en el Hospital San Rafael de Leticia, tres de ellas auxiliares de enfermería, quienes atestiguarían "sobre la atención dispensada a la paciente y a su recién nacido"; el tribunal seccional consideró improcedentes tales testimonios y los negó con el argumento de que la atención a la señora T. está suficientemente registrada en la respectiva historia clínica y los dichos de las personas en nada aclararían el punto central de la acusación, que es la deficiencia en el examen físico realizado a la señora T.; en cuanto a la cuarta declaración solicitada, que versaría sobre la forma como se manejaban las historias clínicas en el hospital de Leticia para la fecha de los hechos, tampoco se consideró pertinente porque sobre el manejo de la historia clínica y el no haberla consultado antes de examinar a la señora en cuestión, no se ha planteado cargo alguno a la doctora L.M.C.R..

Contra la negativa del tribunal de primera instancia presentó inmediatamente recurso de apelación el abogado defensor, y el recurso le fue concedido, por lo que los documentos correspondientes fueron enviados a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

Para este Tribunal Nacional, los argumentos del recurso no demuestran la pertinencia de las declaraciones solicitadas como pruebas, ya que ellas no añadirían dato alguno útil para desvirtuar la acusación de examen inadecuado o insuficiente que se hace a la disciplinada, acusación que no se refiere a la calidad de la atención prestada luego en el hospital; las argumentaciones del recurrente sobre este aspecto no han lugar, por lo que serán desestimadas.

Lo mismo puede afirmarse sobre la declaración del entonces subdirector del Hospital San Rafael de Leticia, por cuanto ningún cargo se plantea en relación con la historia clínica previa de la señora T.

Debe tenerse en cuenta que el término de prescripción para este proceso se encuentra muy cercano, por lo que conviene agilizar los trámites respectivos para conseguir una decisión de fondo dentro de términos legales.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA:

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión adoptada por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca en el proceso 2153 en el sentido de negar las pruebas solicitadas por la defensa de la doctora I.M.C.R. en su diligencia de descargos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Artículo Segundo - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. Artículo Tercero - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada-Presidenta; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado, FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016).

SALA PLENA SESIÓN No. 1337 DEL VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS (2016)

REF: Proceso 2401/13 Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: Doctor A.P.P
Quejoso: Sra. Y.T.T.R.
Asunto: Recurso de apelación
Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 79-2016

VISTOS:

Al cumplirse la diligencia de descargos dentro del proceso 2401/13 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, la abogada defensora del doctor A.P.P solicitó que se practicaran unas pruebas que fueron decretadas pero no fueron practicadas en el proceso de control ético de la Clínica las Vegas, así como varias otras pruebas documentales y testimoniales que considera pertinentes para asegurar la defensa técnica del disciplinado.

El Tribunal de primera instancia estudió las pretensiones de la defensa y decidió decretar la ampliación del informativo, aceptar y ordenar la práctica de aquellas pruebas que tuvo como conducentes y pertinentes; otras de las pruebas, especialmente de las testimoniales, las encontró inconducentes en cuanto parecen referirse al trato que da el médico acusado a sus pacientes, sin que de éstos, los llamados a declarar tengan conocimiento ninguno de la situación causante de la queja que se investiga; por tal razón negó la solicitud de tales pruebas presentada por la defensa.

La defensa interpuso y sustentó por escrito, dentro de términos, el recurso de apelación contra tal negativa, el cual fue concedido y se ordenó el envío del expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Recibido el expediente en el Tribunal Nacional de Ética Médica el 13 de septiembre de 2016, se asignó al magistrado Juan Mendoza-Vega por cuanto ya había conocido previamente del mismo. Cumplidos los términos, se procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS:

El Tribunal de primera instancia los sintetizó de la siguiente manera:

" III. CONSIDERACIONES BIOÉTICAS

1. SITUACIÓN FÁCTICA.

Se remite queja a este Tribunal por parte del Comité Disciplinario de la Clínica Las Vegas, para informarnos sobre una denuncia formulada el 30 de septiembre de 2013 por la Señora Y.T.R.R. por presuntos actos abusivos por parte del Doctor A.P.P, médico especialista en urología. Adjuntan copia de la queja referida y solicitan se les informe de las decisiones que se adopten al respecto. (Cuaderno principal, folio 1).

En la queja, la señora Y.T.T.R. relató lo sucedido con el doctor A.P.P.: "el me opero de unos cálculos y tuve (sic) revisión con el (sic) 20 de septiembre me dijo que cuantos orgasmos sentía yo al día y que si me masturbaba, me hizo quitar la ropa yo me deje el top (sic) y me lo hizo quitar me acostó en la camilla y empezó a tocarme los pezones y me decía que yo que sentía, me ponía el fonendoscopio en el pezón y me decía que sentía después me introdujo el dedo en la vagina, él quería que yo sintiera un orgasmo yo sentí que él quería que yo me entregara sin necesidad de él forzarme, el donde hubiera querido me duerme y abusa de mí. Yo quise contar esto porque no quiero que esto le pase a otras personas, espero me ayuden porque la verdad quede muy traumatizada yo no vuelvo a ir sola donde un médico (Cuaderno principal, folio 2).

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

Como se señaló en ocasión anterior, ha sido jurisprudencia reiterada de éste Tribunal, que la remisión legislativa contemplada en el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, era entendible, porque en ese momento el proceso penal existente era de tendencia

inquisitiva y se adelantaba por escrito, pero hoy, con la vigencia de un nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria y oral, es fácil concluir que existen muchas aspectos procedimentales que no tienen concordancia entre la ley que contiene el vacío y la ley que ha de complementarla, razón por la cual se ha concluido que se acudirá al procedimiento penal, siempre y cuando el vacío pueda ser llenado sin dificultades y sin que se presenten aristas insuperables por la diferencia de procedimientos.

Desarrollando el principio constitucional del derecho a la defensa, es claro, que formulado el pliego de cargos, el disciplinado ha de tener una nueva etapa probatoria con la que pueda defenderse de los cargos que le han sido formulados. Es precisamente por esta visión constitucional del derecho a la defensa que la jurisprudencia de éste Tribunal ha admitido que en la diligencia de descargos, el disciplinado o su defensor, pueden solicitar las pruebas que siendo pertinentes y conducentes frente a los cargos formulados, consideren necesarias para ejercer los derechos de contradicción y de defensa.

La ley 23 no alude de manera concreta y precisa a una nueva etapa probatoria, pero ha de deducirse del contenido del artículo 81, cuando establece que el Tribunal podrá ampliar el informativo y si atendemos al significado idiomático del vocablo "informativo", hemos de concluir que la norma hace referencia al expediente que contiene las pruebas y pesquisas investigativas realizadas.

Lo anterior nos indica, que no es contrario ni ajeno a la propia previsión de la Ley 23, que después del pliego de cargos se abra un nuevo período probatorio.

De conformidad con las previsiones del artículo 80, se concluye que después de la ejecutoria del pliego de cargos, la siguiente diligencia dentro del proceso disciplinario es la audiencia de descargos. En tal sentido se establece:

" ARTÍCULO 80. Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones.

a. Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.

b. Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito se la hará saber así al profesional inculpado, ***señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.*** *(Lo destacado no lo es en el texto).*

***PARAGRAFO**: La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor.*

Y del contenido del artículo 81 se concluye que si eventualmente se ordena la ampliación del informativo, esta será con posterioridad a la diligencia de descargos:

***" ARTICULO 81. Practicada la diligencia de descargos, el Tribunal podrá solicitar la ampliación del informativo,** fijando para ella un término no superior a quince días hábiles, o pronunciarse de fondo dentro del mismo término, en sesión distinta a la realizada para escuchar los descargos.*

PARAGRAFO: En los casos de ampliación del informativo como consecuencia de la diligencia de descargos, la decisión de fondo deberá tomarse dentro de los quince días hábiles siguientes al plazo concedido para la práctica de dicha diligencia.(Lo destacado no lo es en el texto).

El procedimiento antes indicado, es el señalado por la disposición legal que rige el trámite del proceso disciplinario y debe ser así, porque el trámite del proceso no puede ser paralizado. La solicitud de pruebas presentada por la defensa en el caso presente fue, pues, oportuna y así lo entendió el tribunal de primera instancia, que procedió a recabar y ordenar las pruebas solicitadas; sin embargo, puede el juez decidir que algunas pruebas no son pertinentes, conducentes o posibles, y en tal caso las niega: pero contra tal decisión cabe el recurso de apelación, como ha sucedido, con la condición de que el apelante argumente en debida forma la razón de su disenso y controvierta en forma eficaz la providencia negativa.

Aclara inicialmente la recurrente que su apelación no se dirige de ningún modo contra "aquellos apartados de la providencia en comento en los que (a) se dispuso la ampliación del informativo y (b) se accedió al decreto y práctica de pruebas oportunamente impetradas por esta defensa"; sólo serían motivo de inconformidad, entonces, las partes de la resolución en las que se niega la práctica de pruebas ya decretadas, así como aquellas en que se niega la recepción de testimonios de personas que han sido pacientes del médico disciplinado.

En relación con las pruebas ya decretadas en el curso de la investigación interna efectuada por la Clínica Las Vegas, es decir, los testimonios de Albeiro Pulgarín, Cecilia Arismendi, Sergio Yepes Restrepo, Luz Marina Builes y Pedro Pulgarín Gómez, negados por el tribunal seccional con el argumento de que tales personas "no tuvieron incidencia alguna ni en la queja ni en la atención médica desplegada por el

médico inculpado, por lo que de los mismos se desprende poco valor probatorio, lo cual no es útil a la actuación", la recurrente alega que el procesado tiene derecho a que se practiquen todas las pruebas decretadas y que las mencionadas fueron decretadas por el Comité Ético de la Clínica Las Vegas pero luego no fueron practicadas, su negativa por parte del tribunal de primera instancia traería consigo "una significativa violación al debido proceso y por esa vía, al derecho de defensa".

Es necesario responder a la recurrente que las normas legales, así como la jurisprudencia por ella misma citada (sentencia de la Corte Constitucional SU-087 de 1999, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo), señalan con toda claridad que la prohibición de no practicar las pruebas decretadas se refiere a las pruebas "decretadas por el juez", locución que se entiende referida a quien tenga la calidad y autoridad de tal dentro de un proceso; en el caso que se examina, los testimonios de las personas atrás nombradas no fueron decretados por juez alguno, sino solamente por un comité interno de una institución asistencial que ciertamente no tiene delegación de funciones disciplinarias; es entonces plausible considerar que el tribunal seccional, cuyas funciones legales si son las de un juez ético-disciplinario, tiene la potestad de valorar las peticiones de pruebas y resolver si cumplen o no con los requisitos para aceptarlas por su contribución al proceso de que se trate. El tribunal de instancia, que recibió como válidas las diligencias adelantadas en la institución asistencial para aclarar los hechos, tiene plena potestad para no aceptar o no admitir otras partes de esas mismas diligencias, si le parecen inconducentes, innecesarias o de otro modo inútiles; tal decisión del tribunal no viola el debido proceso ni atenta contra el derecho a la defensa del disciplinado porque, en estas circunstancias, las pruebas se consideran solicitadas por la defensa pero no puede pretenderse que sea obligatorio aceptarlas y quedan, como cualesquiera otras pruebas, para estudio y análisis del juez. La pretensión de la defensa sobre este punto no ha lugar.

En cuanto a los testimonios de cinco pacientes atendidos por el doctor P. P., a saber, las señoras Ligia Álvarez de la Cruz, Ana Victoria Georges Puerta y Crisatina Mejía Carvalho y los señores Hernán de Jesús López Serna y Adolfo Soto Morales, controvierte la recurrente los argumentos con que fueron negados por el tribunal seccional, alegando que se busca demostrar "la forma y términos en que se diligencia la condigna (sic) historia clínica a todos y cada uno de los pacientes por parte del ahora implicado." Para la defensa, la queja de la señora T.R. radica en las preguntas que el médico le formuló y "las aproximaciones físicas surtidas o realizadas dentro de tal proceso" y como el médico disciplinado ha sostenido que se trató sólo de algo "ordinario, propio de su práctica cotidiana, dentro de los ámbitos propios del formato de historia clínica que es por él usual y normalmente diligenciado a sus pacientes", los testimonios aludidos permitirían "conocer procesalmente si esta última aseveración

es o no cierta, o si ello solamente se hizo en el caso de la señora T.R.". Cabe aquí razón al argumento del recurso: las declaraciones de los mencionados testigos sobre la forma en que realiza ordinariamente su consulta el disciplinado sí pueden lanzar alguna luz importante sobre la actuación de éste, más allá de su propia explicación y declaración; será necesario entonces ordenar que se reciban estos testimonios, enfocados en el campo concreto de la elaboración de historia clínica y modo del examen clínico en consulta, tal como a los declarantes les conste que son practicados por parte del doctor P. P.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en ejercicio de las facultades consagradas por la Ley

RESUELVA:

Artículo Primero - Revocar parcialmente, como en efecto revoca, la decisión de primera instancia dentro del proceso 2401 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en lo relativo a la negación de las pruebas testimoniales de las señoras L.A. de la C., A.V.G.P. y C.M.C. y los señores H. De J.L.S. y A.S.M., y ordenar que se reciban en debida forma tales testimonios bajo juramento y enfocados en el campo concreto de la elaboración de historia clínica y modo del examen clínico en consulta como los practique el doctor A.P.P, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia. Artículo Segundo Confirmar en todas sus demás partes la decisión del mencionado Tribunal, dentro del proceso 2401/13, fechada el 24 de agosto de 2016. Artículo Tercero - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. Artículo Cuarto: Contra la presente providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado -Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, quince (15) abril del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1219 DEL QUINCE (15) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No.982, Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda

Contra Drs. H.V.A., J.F.V.G., L.H.V.P. Y W.C.
Denunciante: Señora M.M.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega
Providencia No.37-2014

VISTOS:

El defensor del disciplinado H.V.A., solicitó se declarara la nulidad de todo el proceso a partir del auto de apertura de la indagación preliminar, por vulneración del debido proceso.

Por auto del 19 de noviembre de 2013, el Tribunal de Ética Médica de Risaralda y Quindío, consideró que no había violación al debido proceso y consecuencialmente negó la declaración de nulidad solicitada, fijando además nueva fecha para la diligencia de descargos. El defensor del doctor V. presentó recurso de apelación contra el auto mencionado, el cual le fue concedido el 11 de marzo de 2014. El expediente se recibió en este Tribunal Nacional el 20 de marzo y, puesto para reparto en sala del 25 de marzo, correspondió por sorteo al magistrado Juan Mendoza-Vega. Cumplidos los términos, se procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

Parte el impugnante de un presupuesto falso, y es creer que el procedimiento médico disciplinario se tramita de conformidad con las previsiones de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, cuando de conformidad con las regulaciones de la Ley 23 de 1981, el mismo debe ser rituado de acuerdo con las previsiones de esta normatividad y los vacíos que en ella se pudieran presentar deben ser llenados con las normas del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 que determina:

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

Esta Corporación ya en repetidas ocasiones ha sostenido que de conformidad con el mandato precedente, se debe acudir en primer lugar a la norma procesal penal para llenar sus vacíos y sólo si dentro de ella no se puede llenar la laguna legislativa, subsidiariamente se acudirá al Código Disciplinario Único.
El impugnante considera que la primera instancia violó el debido proceso y llega a tal conclusión con fundamento en las siguientes consideraciones:

" Es evidente que el Tribunal de Ética Médica, Seccional Risaralda y Quindío, viola el debido proceso dispuesto por la normatividad disciplinaria, al dejar de agotar una etapa del proceso como lo es la etapa de investigación formal la cual declaró en el mismo auto que abre pliego de cargos, confundiendo estas dos etapas.

Por auto del día 14 de marzo de 2012 (folio 269 recto) se ordenó abrir investigación preliminar.

Previo informe de conclusiones (folio 320) del magistrado instructor, se dictó auto del 21 de marzo de 2013, por medio del cual se resolvió declarar que existía mérito para abrir proceso ético disciplinario y consecutiva e inmediatamente, formular pliego de cargos contra los disciplinados H.V.A. y J.F.V.G..

La investigación preliminar ha existido desde algunas codificaciones atrás y el objetivo fundamental de la misma era dilucidar las dudas probatorias que pudieran existir en relación con la denuncia instaurada y los hechos en ella contenidos. En la Ley 600 de 2000 se evidencian estos objetivos al determinarse:

" ARTICULO 322. ***FINALIDADES.*** *En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción,* ***la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta*** *que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades,* ***si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible.*** *(Lo destacado no lo es en el texto).*

De conformidad con la normatividad citada la investigación preliminar tendría los siguientes objetivos:

A) Determinar si ha tenido ocurrencia la conducta;

B) Establecer si la conducta denunciada está descrita en la ley penal como punible;

C) Investigar si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad;

D) Determinar si la denuncia cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal;

E) Recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores de la conducta punible.

En la Ley 906 no están precisados estos objetivos, pero es claro que la investigación preliminar tiene como objetivo teleológico despejar tales dudas y si las mismas se esclarecen, recaudar la prueba necesaria, para si es del caso hacer la imputación penal por un determinado delito u ordenar el archivo de la investigación.

La investigación preliminar, teniendo tales finalidades, no hace imputaciones ni formula cargos y cuando se llama a declarar sin la coacción del juramento a una persona que podría estar involucrada como autor o partícipe de la conducta, se lo convoca no para formularle cargos, sino para notificarle que han denunciado tales hechos, respecto de los cuales si tiene algún conocimiento debe informar si a bien lo tiene, lo que sepa respecto de los mismos.

En esta diligencia no se le formula ningún cargo, simplemente se le pone en conocimiento que los hechos están siendo investigados y que él podría estar implicado en los mismos.

Distinta es la versión sin juramento o indagatoria, en la cual se oye a los imputados cuando se abre formalmente el proceso, porque en ésta ocasión, también sin someterlos a la formalidad del juramento, se les comunica que se ha abierto formal proceso, que hay pruebas que los involucran como autor o partícipe y que en virtud de las mismas se les formulan cargos por determinadas conductas para que se defiendan de las mismas.

Es evidente que en éste caso, al decidirse en un mismo auto la apertura formal de la investigación y el proferimiento de cargos, se eliminó la etapa de investigación sumarial o formal, que es aquella en la que el imputado se defiende formalmente frente a un cargo concreto que le ha sido formulado en la indagatoria.

El proceso penal es fundamentalmente formalista, pero al mismo tiempo es garantista, como lo han sostenido al unísono los constitucionalistas y procesalistas que han meditado sobre el tema; en virtud del formalismo que lo caracteriza, está compuesto por una serie de etapas y diligencias que deben ser realizadas en el mismo orden, de manera consecutiva, sin que sea posible que se omitan algunas de ellas o que se invierta el orden de las mismas, regulaciones establecidas por la ley procesal.

La omisión de una de esas etapas, no solo es irregular porque viola las formas propias del juicio, garantía ésta que hace parte del debido proceso constitucional, sino que afecta y vulnera las garantías de defensa y contradicción del ciudadano sometido a proceso, porque es importante reiterarlo, hay una profunda diferencia entre el hecho de informar a la persona que se está investigando un determinado hecho o conducta y otra bien diferente, cuando se le informa sobre la misma investigación, pero al mismo tiempo se le notifica que aparece como posible autor o partícipe y que por tanto se le formula tal cargo, para que se defienda del mismo.

En las circunstancias precedentes, se han vulnerado los garantías constitucionales de las formas propias del juicio, derecho de contradicción probatoria y derecho de defensa en juicio, que hacen parte del debido proceso constitucional de conformidad con las previsiones del artículo 29 de la Carta Política que determina:

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

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente ***y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.***

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. ***Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;*** *a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a* ***presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra****; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

La argumentación sostenida por el Tribunal de primera instancia para efectos de negar la nulidad solicitada, no tiene aceptación al decir que la irregularidad no afectó los derechos defensivos del procesado: en esto no tiene razón, porque como ya se dijo, son muy diferentes los objetivos de la investigación preliminar y de la investigación sumarial, de la misma manera que son bien diferentes las informaciones que se ofrecen al imputado o sindicado en ambas etapas.

En la etapa de investigación preliminar, que es una etapa pre-procesal, se averigua que fue lo que pasó, si hubo infracción a la ley penal, si la acción se inició de conformidad con las exigencias legales, si no ha prescrito, si el posible autor no actuó dentro de las causales de exclusión de responsabilidad; se hacen los esfuerzos necesarios para identificar o individualizar al autor o partícipes y los objetivos antes señalados, y cuando se llama a declarar a quien podría haber participado en los hechos investigados, se le dice que se está en una investigación preliminar para que informe lo que sobre tales hechos sepa, siempre que no quiere ampararse en la garantía de no declarar, que establece la propia Carta Política, pero en ningún momento se le formulan cargos.

En cambio, en la segunda etapa, en la investigación sumarial, ya hay un material probatorio recaudado que pone a esa persona como posible autor o partícipe y se lo convoca entonces para hacerle una imputación penal o disciplinaria, y para informarle que tiene el derecho a defenderse de la misma.

Se trata de la estructura del proceso, que no puede ser modificada por los actores del mismo; por esta razón siempre se ha sostenido que el procedimiento es de orden público y de imperativo cumplimiento y por tanto, no pueden hacerse modificaciones al mismo de conformidad con la voluntad de los partícipes.

El proceso penal es de orden público y debe ser tramitado de conformidad con las previsiones legales, porque así lo ordena la Constitución cuando impone la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio y porque es el mismo Constituyente quien dispuso que el proceso penal tuviera dos etapas, una de investigación y otra de juzgamiento, cuando se afirma en el artículo 29 ya citado: *"Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO….."*.

En las circunstancias argumentativas precedentes, es imperativo reconocer al impugnante que le asiste la razón y consecuencialmente se deberá decretar la nulidad de todo el proceso a partir de la decisión de apertura de investigación disciplinaria y formulación de cargos que figura a folio 327 del expediente.

La nulidad decretada no afecta la validez de las pruebas que se hubieren practicado, respetando los derechos de contradicción y de defensa.

De conformidad con lo antes argumentado, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO - Revocar, como en efecto revoca, la decisión impugnada dentro del proceso 982 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y en su lugar, decretar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto de apertura de investigación y proferimiento de cargos, sin que la decisión que aquí se toma, afecte la validez de las pruebas que se hubieren practicado en ese período. ARTÍCULO SEGUNDO - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. ARTÍCULO TERCERO. - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente (E.)- Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diciembre tres (03) del año dos mil trece (2013).

SALA PLENA SESIÓN No. 1205 DEL TRES (03) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso 379, Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima

Contra: Médicos en averiguación, Campaña en el Inpec
Denunciante: Secretaría de Salud del Tolima
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente : Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No.99-2013

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, en providencia del 29 de Octubre de 2013, resolvió no reponer su decisión del 7 de Octubre de 2013 por la cual negó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el disciplinado en su diligencia de descargos y concedió la apelación impetrada en subsidio, por lo que envió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Recibido el expediente el 19 de Noviembre de 2013, fue puesto para reparto en Sala del 26 de Noviembre y correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

El día 10 de Marzo de 2009 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima el oficio de la Secretaría de Salud del departamento del Tolima con la cual se enviaba para conocimiento de ese tribunal la queja presentada por dos mujeres detenidas en la cárcel de Picaleña, relacionada con presuntas irregularidades cometidas por profesionales de la medicina que habían participado en una investigación sobre el estado de salud de las mujeres privadas de la libertad en la institución penitenciaria mencionada.

Según la queja, que las internas al parecer dirigieron contra el médico J.. F. O J.F.A.R., (folio 2 recto) en el curso de las actividades programadas para la mencionada investigación el médico realizó procedimientos que "no son los más adecuados: que él no utiliza guantes para hacer frotis vaginal y tactos ya que él lo hace con el propósito de terminar acariciándonos o masturbándonos" (folio 3 recto).

El tribunal seccional aceptó la queja y solicitó las historias clínicas correspondientes a las personas firmantes de la queja, así como la individualización e identificación de los médicos que participaron en la investigación dicha, que se llevó a cabo en los meses de noviembre y diciembre de 2008; recibió ratificación y ampliación de la queja por parte de las firmantes, aunque una de ellas manifestó enfáticamente que no deseaba continuar adelante con el asunto (folio 17 recto); realizó una visita especial y formal a la cárcel de Picaleña; encontró que J.F.AR. "no se encuentra registrado" en la base de datos de profesionales que conserva la Secretaría de Salud del Tolima, según oficio del 20 de Abril de 2010 (folio 25 recto) aunque luego, con fecha 3 de Mayo de 2010, la directora de Talento Humano de la Gobernación del Tolima remitió copia de una hoja de vida en la cual aparecen certificaciones sobre labores desempeñadas por el señor A.R. como médico, director de hospital y auditor médico en varias instituciones oficiales; recibió declaración libre y espontánea al disciplinado, quien se declaró médico graduado en la Universidad del Cauca en el año 1995; con base en el acervo probatorio, encontró razones para plantear pliego de cargos contra el doctor J.F.R. por presuntas faltas contra los artículos 34 y 42 de la Ley 23 de 1981 y lo citó a diligencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 19 de Septiembre de 2013 y contó con la participación del apoderado defensor del disciplinado, el doctor M.A.B.C.

En dicha diligencia de descargos, el disciplinado y su apoderado solicitaron la práctica de once pruebas documentales y testimoniales; el tribunal de primera instancia negó la práctica de dichas pruebas por considerar que algunas eran inconducentes y otras no tenían claramente especificados los asuntos que con ellas se intentaría aclarar;

solamente se decretó la práctica de la prueba numerada como 5, consistente en nueva declaración del director de la Fundación Visión Salud, para "ampliarla y poder ejercer el derecho de contradicción de lo testificado".

Contra esta decisión de negación de pruebas presentó el defensor del disciplinado los recursos de reposición y en subsidio el de apelación; el tribunal de primera instancia negó la reposición y concedió la apelación, que se resuelve en la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En la sustentación de su recurso, argumenta el recurrente respecto de las pruebas 1 y 2 que deben ser concedidas porque la acusación planteada por el tribunal de instancia se basa en asuntos directamente relacionados con la actuación del disciplinado en cuanto supervisor de una investigación que ese tribunal parece considerar afectada por fallas en su diseño, técnicas estadísticas utilizadas, metodología aplicada y otros aspectos que los documentos solicitados ayudarían a esclarecer, demostrando "que el actuar de mi representado se ajustó a los requerimientos que (sic) su cargo de profesional universitario que ostentaba en la secretaría de salud".

Tanto en estos dos puntos como en el número tres, el recurrente admite que los detalles de tipo contractual "no deberían ser del resorte del tribunal" pero insiste en que es necesario aclarar esos detalles más de lo que lo permite el expediente en su estado actual, para mejor defensa del disciplinado. Con los mismos argumentos considera que se debe decretar la prueba número 4, que el despacho de primera instancia consideró impertinente "por cuanto no se investiga al Hospital de Lérida", afirmando que se podrá demostrar con ella que dicho hospital es la institución "que deba (sic) responder por la custodia y conservación de historias clínicas que le han endilgado a mi representado".

Estos argumentos no resultan de recibo frente al hecho de que el cargo formulado en el pliego contra el doctor A. no se refiere exclusivamente a la aparente desaparición de las historias clínicas recogidas como parte de la investigación que él coordinó y supervisó, sino a la falta de documentos tan importantes como los consentimientos informados, que el propio disciplinado admite no haber realizado adecuadamente, y tampoco en este caso se discute un proceso de contratación administrativa, como lo señala el tribunal de primera instancia.

Para desvirtuar la negación de la prueba 6, de la cual no se indicó la finalidad concreta, argumenta ahora el recurrente que ella tiene por objeto corroborar las razones por las cuales el gerente del Hospital de Lérida calificó de "excelente" el trabajo de la

Fundación Visión Salud en el cumplimiento del contrato relacionado con el tantas veces citado trabajo de investigación realizado sobre las condiciones de salud de las mujeres privadas de la libertad en la cárcel de Picaleña, investigación cuyos soportes como historias clínicas y consentimientos informados "se ha refundido". En este punto cabe razón al recurrente y así se aceptará.

Sobre las pruebas 7 y 8, también negadas por falta de determinación de su finalidad y objeto, aclara ahora que con ellas busca probar que en la fecha de los hechos no existían los comités de ética a los que no se pidieron conceptos sobre la investigación precisamente porque ellos no existían. El argumento no es de recibo porque, como lo ha planteado el tribunal de primera instancia, el médico que actúa como supervisor de una investigación sobre seres humanos no puede alegar desconocimiento de las normas nacionales e internacionales que rigen la conducta ética en tales investigaciones, ni permitir que se realicen sin cumplir estrictamente con tales normas.

En cuanto a la prueba 9, insiste en su necesidad por cuanto probaría que su representado era solo parte de "contrataciones en cascada o cadena" cuyos diferentes miembros serían responsables "por la calidad del mismo estudio así como de responder en dónde se hallan los registros clínicos, cuya pérdida se ha determinado como responsabilidad de mi representado". Este argumento no es de recibo, porque la existencia de otros responsables no eximiría de la suya al disciplinado, de manera que la prueba es inconducente. En cuanto a la prueba 11, este Tribunal Nacional encuentra sobradamente sostenida la negativa del tribunal de primera instancia y no aceptará el argumento presentado. La prueba 10 fue objeto de desistimiento por parte del recurrente.

En estas circunstancias, se revocará parcialmente la decisión recurrida, para ordenar la práctica de las pruebas numeradas como 5, ya dispuesta por el tribunal seccional, y 6, aceptando el desistimiento de la prueba 10 y negar la práctica de las demás.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA:

Artículo Primero. Revocar parcialmente, como en efecto revoca, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima dentro del proceso número 379, por la cual negó la práctica de diez (10) de las once pruebas solicitadas por la defensa en la diligencia de descargos del doctor J.F.A., y ordenar en cambio que se practique la prueba numerada como "seis" (6), aceptando el desistimiento de la prueba

número 10. Artículo Segundo. Confirmar la Negativa de la práctica de las pruebas numeradas 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 11, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Artículo Tercero. Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. Artículo Cuarto. Contra la presente providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado- Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, noviembre cuatro (04) del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1248 DEL CUATRO (04) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No.825, Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Contra: Doctor L.E.R.Z.
Denunciante: Señora I.C.O.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Juan Mendoza Vega
Providencia No.101-2014

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, en sesión de Sala Plena del 7 de Octubre de 2014, dentro del proceso número 825 resolvió no reponer su decisión del 16 de Julio de 2014 y concedió el recurso de apelación interpuesto en subsidio, por lo que ordenó enviar las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Recibidos los cuadernos que contienen el expediente el 16 de Octubre de 2014, fue puesto para reparto en Sala Plena del 21 de Octubre de 2014 y se adjudicó por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

El día 15 de Febrero de 2012, la señora I.C.O. presentó verbalmente ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, queja juramentada contra el médico oftalmólogo L.E.R.Z., quien le practicó cirugía de catarata en el ojo derecho el día 28 de Agosto de 2010, en la Clínica La Estancia de la ciudad de Popayán; de acuerdo con lo afirmado por la quejosa, el doctor R. le puso "un lente que me destruyó la retina" y como consecuencia "se inflamó la vista me dolía la cabeza y todo el cuello"; el doctor L.E.R.Z. le dio una orden para ir a Cali "a hacérmelo quitar" pero en el centro asistencial de esta última ciudad donde fue atendida "me dijeron que ese ojo lo perdía y que ya no se podía hacer nada".

El tribunal seccional aceptó la queja y realizó averiguación preliminar, con cuyos resultados consideró que había mérito para abrir investigación formal al doctor L.E.R.Z.; recabó y estudió las historias clínicas de la señora C., oyó en declaración juramentada al hermano y la hija de la quejosa que fueron citados por ella como testigos, así como al anestesiólogo que participó en la intervención quirúrgica sobre la quejosa y al médico disciplinado, quien tuvo la compañía de su abogada defensora. Analizado el acervo probatorio, el tribunal seccional decidió formular pliego de cargos contra el doctor L.E.R.Z. por presunta violación a los artículos 10, 15 y 16 de la Ley 23 de 1981; fijó fecha para la diligencia de descargos, la cual se cumplió en debida forma y en ella el médico disciplinado presentó como pruebas a su favor, los testimonios de dos oftalmólogos que atendieron a la quejosa en los meses siguientes a la cirugía de catarata que es base de la acusación, así como varios artículos y capítulos de libros científicos pertinentes al caso, para el cual pidió también que se trajeran como testigos los miembros del personal que prestaban servicios en las salas de cirugía el día de los hechos.

El tribunal seccional aceptó como pruebas aquellos artículos científicos que se presentaron escritos en idioma español y no recibió los demás por no traer la traducción respectiva; no aceptó las declaraciones de los dos oftalmólogos porque en ellas no se había cumplido con las disposiciones legales sobre peritajes, pero habida cuenta de la importancia del asunto advirtió que nombraría a esos doctores formalmente como peritos y los citaría de acuerdo con las formalidades de ley; negó las declaraciones de los miembros del personal de salas de cirugía y personal administrativo porque no estaban establecidas la pertinencia de tales declaraciones ni la identidad concreta de quienes serían citados.

Contra tal decisión interpuso la abogada Olga Lucía Salazar Sarmiento, en su calidad de defensora del médico disciplinado, los recursos de reposición y en subsidio

apelación; el tribunal seccional negó la reposición y concedió la apelación, que se procede a resolver mediante la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar el recurso la abogada Olga Lucía Salazar Sarmiento, defensora del disciplinado, plantea su argumentación sobre los siguientes puntos:

1 - Las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y "si el juez admite el informe presentado", el perito será citado para que concurra "a la audiencia del juicio oral y público", al tenor de los artículos 413 y 414 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Este Tribunal Nacional advierte que, respecto a los dos testimonios de los destacados oftalmólogos que presentó el disciplinado en sus descargos, si bien el tribunal de primera instancia encontró que no cumplían con las disposiciones legales, el mismo despacho resolvió que los designará formalmente como peritos y los escuchará de conformidad; no ha lugar, entonces, la pretensión del recurso por cuanto los testimonios sí serán recibidos y valorados oportunamente por el tribunal de primera instancia, lo cual además se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 415 de la misma ley traída a cuento por la recurrente.

2 - Sobre la aceptación de documentos en idioma distinto del español, que es la lengua oficial en la República de Colombia, la recurrente se limita a transcribir el artículo 428 de la Ley 906 de 2004, el cual dispone que los documentos en otros idiomas deberán ser traducidos al español por un traductor oficial para que la traducción, junto con el original, se tenga como prueba; a la luz de esta norma, el tribunal seccional puede abstenerse de recibir pruebas escritas en idioma distinto del español, a menos que se presenten junto con la traducción oficial, como ha ocurrido en este caso, sin que se pueda alegar rechazo injusto de prueba porque la prueba no está configurada mientras el documento no incluya su traducción oficial al español.

3 - Sobre las declaraciones del personal auxiliar y administrativo que de algún modo participó en la intervención quirúrgica sobre la señora I. C. la misma recurrente reconoce que no fue adecuadamente individualizado en el momento de pedir tal prueba, por lo que procede a hacerlo en el recurso; no ha lugar, entonces, analizar este punto.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

Artículo Primero. - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca en el proceso 825, fechada el 16 de Julio de 2014, por la cual se resolvió la solicitud de pruebas hecha por el doctor L.E.R.Z. en su diligencia de descargos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Artículo Segundo. - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. Artículo Tercero. - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. COMUNIQUESE Y CUMPLASE

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente; J U A N MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, noviembre veintitrés (23) del año dos mil diez (2010).

SALA PLENA SESIÓN No.1067 DEL VEINTITRES (23) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)

REF: Proceso Número 912-06, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle Del Cauca

Contra: el Dr. B.H.V.V.
Denunciante: Señora M.E.L.DE A.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente. Dr. Luis Alberto Blanco Rubio M.D.
Providencia No.103 -2010

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, en sala plena del 04 de agosto de 2010, resolvió imponer al doctor B.H.V.V. , sanción disciplinaria consistente en CENSURA ESCRITA PERO PRIVADA, por infracción a los artículos 1 º num 1,2 y 9, 11º y 42º de la ley 23 de 1981, en atención a las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído, dentro del proceso iniciado por queja presentada por la señora M.E.L.DE A. a la Super Intendencia Nacional de Salud.

En escrito fechado el 02 de septiembre de 2010, recibido en el tribunal seccional el día 02 del mismo mes, la abogada defensora del disciplinado ANA MILENA DIAZ GONZALEZ, presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada.

El tribunal seccional, en providencia adoptada en Sala Plena del 22 de septiembre de 2010, resolvió no reponer su decisión y concedió la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 8 de Noviembre de 2010; puesto para reparto en la sala plena del 16 de Noviembre de 2010, correspondió por sorteo al Magistrado LUIS ALBERTO BLANCO R
Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

En escrito fechado el 13 de Enero de 2007, la señora M.E.L.de A. presentó ante la PROCURADURÍA REGIONAL DEL VALLE y esta ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Valle del Cauca, queja contra la empresa COSMITET LTDA y contra los Médicos doctores B.H.V.V. y E.P. quienes laboraban en esa institución. LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD envía comunicación y remite documentos de la procuraduría General de la Nación relacionados con la queja interpuesta por la señora L., Contra los médicos de COSMITET LTDA

Según la señora desde 5 (cinco) años atrás se viene presentando por parte de la empresa COSMOTET LTDA y de algunos médicos del sector directivo como los doctores V., P y otros de medicina general, "violencia institucional manifestando amenazas inclusive de muerte en contra de mi esposo J.A.H lo cual, además de dañar la calidad de vida del paciente le dificultan todos los procesos, porque es inválido, con un cuadro clínico de difícil manejo. Estos doctores "lo maltrataron con mala intención, el doctor V. torturó a mi esposo, lo perjudicaron con el pago de su pensión, lo acusaron de hurto de la historia clínica.

Es tan grave la situación que se puede evidenciar la mala intención. Estos doctores pusieron obstáculos para la atención de un caso de isquemia cardio vascular. Tuvimos que oponernos al comportamiento violento consistente en amenazas de muerte y torturas por parte del doctor V. viéndose obligados a un desplazamiento forzoso de la institución para poder dar al paciente una atención adecuada. El problema de maltrato al paciente creado por el doctor V., que lo puso al borde de la muerte tuvo la venia de MEDINORTE y COSMITET en el año 2001, cuando le dieron autonomía al doctor R.A. para solucionar un problema de la historia clínica por aparición de petición falsa de eutanasia a espaldas del paciente y por tanto se pidió por derecho de petición para la custodia de su historia clínica. El la llevaría a todos los eventos relativos a su salud y no la dejaría en dicha empresa, como se hizo del año 2001 al 2004. Queda claro que el problema no es ni siquiera de tipo médico sino de

carácter administrativo, ya que COSMITET y el doctor A., por no haber ordenado ni permitido la valoración laboral, eran los causantes de la retención de la mesadas, como también la violencia administrativa ejercida por COSMITET LTDA, desde el momento que su esposo pidió asesoría sindical.

El tribunal de primera instancia aceptó la queja, realizó averiguación preliminar durante la cual examinó copia de la historia clínica correspondiente al señor J.A.H, recibió ratificación juramentada de la queja por parte de la esposa señora M.E.L. DE A. y oyó en declaración sin juramento al disciplinado; analizado el material probatorio así reunido, ese tribunal aceptó en su totalidad el informe de conclusiones del magistrado investigador y decidió elevar pliego de cargos contra el doctor H.V.V. por posibles faltas contra el artículo 1° num. 1,2 y 9, 11° y 42° de la ley 23 de 1981, señalándole fecha para la respectiva diligencia de descargos.

Como en los descargos, rendidos por el disciplinado con asistencia de su abogado defensor ante la Sala Plena del tribunal seccional el 29 de julio de 2009, después de varios aplazamientos solicitados por él, el doctor V. no desvirtuó las acusaciones planteadas, el tribunal del Valle del Cauca decidió imponerle la sanción de CENSURA ESCRITA PERO PRIVADA; la providencia respectiva, debidamente notificada, fue recurrida dentro de términos para reposición y en subsidio apelación; el tribunal de primera instancia negó la reposición y concedió la apelación subsidiaria, por lo que el proceso fue enviado a este TRIBUNAL NACIONAL para lo de su competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto dentro de los términos, la abogada ANA MILENA DIAZ GONZALEZ, apoderada del doctor H.V.V, funda su inconformidad para que se proceda a decidir la declaratoria de nulidad en un punto:

1 – Violación al debido proceso, al derecho de defensa y de contradicción.

La representante judicial del médico procesado solicita que se declare la nulidad de la Resolución N° 010-2010 de 4 de agosto de 2010 por medio de la cual no se aceptaron los descargos presentados por el doctor B.H.V.V. y se le sancionó disciplinariamente con Censura escrita pero Privada por violación de los artículos 1° numeral 1,2 y 9 , 11°y 42° de la ley 23 de 1981, señalando como causal violación al debido proceso, al derecho a la defensa y de contradicción.

Fundamenta su petición en el hecho de que el TRIBUNAL SECCIONAL considera procedente la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas, de los médicos J.G.,

E.P. Y R.A. y definió que se comisionaría a la Procuraduría Provincial de Buga, en donde residían, para la recepción de los mismos, remitiéndose el exhorto N . 026-2009, el 20 de agosto de 2009. El despacho comisorio fue devuelto sin haberse podido practicar la diligencia con el doctor R.A., de quien previamente había informado la doctora A.M.D.G. que se encontraba en Ecuador.

Mediante otro exhorto se pidió a la misma entidad que citara y escuchara al doctor R.A., otorgando 10 (diez) como término para su realización. EL despacho comisorio fue devuelto por requerimiento del Tribunal dado el vencimiento del término, sin diligenciamiento y con nota que no fue posible citar al doctor R.A. porque los vecinos del sector informaron que dejó de residir en dicha dirección y al parecer fijó su residencia en el exterior. Como normas inobsevadas se citan los artículos 276, 306 num 1 y 2 de la ley 600 de 2.000 y el artículo 29 de la carta Política.

La SALA DEL TRIBUNAL SECCIONAL acoge el informe rendido por el Magistrado Instructor que tiene la siguiente presentación:

1-LIBERTAD PROBATORIA

Es aplicable al proceso disciplinario del profesional médico el concepto de libertad probatoria consagrado en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal anterior, en cuanto a que podrán demostrarse con cualquier medio probatorio los elementos constitutivos de la conducta anti-ética, la responsabilidad del procesado y las causales de agravación o atenuación de la sanción.

Bajo ese concepto el doctor B.H.V.V. solicitó la práctica de prueba testimonial, que incluía la del médico R.A.. Se accedió a ello y se dispuso posteriormente que mediante funcionario comisionado se practicara este testimonio ya que residía en la ciudad de Buga (V)

2. LA OMISIÓN DE PRUEBA OBJETIVAMENTE CONDUCENTE CUANDO MEDIA LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL DEFENSOR.

El artículo 310 del anterior CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL contiene los principios orientadores para la declaratoria de las nulidades y su convalidación.

En el caso presente se quiere hacer ver que de parte del TRIBUNAL se cometió una irregularidad sustancial de violación al principio de contradicción (Art 13) cuando la prueba testimonial que decretó que no se pudo practicar por el funcionario comisionado y ,de paso, se vulneró el derecho de defensa (Art 8) y a

la vez el derecho al debido proceso (Art 6) todas disposiciones que integran las normas rectoras de la Ley 600 de 2000, que tienen como referente el Art.29 de la Constitución Política de 1991.

En el examen de los hechos es cierto que la sanción disciplinaria se dictó sin que se hubiese practicado el testimonio del DR. R.A.. Pero su no realización no se dio por hecho que pueda atribuirse a este TRIBUNAL, dada la circunstancia que se dispuso en el segundo de los exhortos el término de 10 (diez) días para que el comisionado practicara la diligencia (fl. 685) libres de la distancia, es decir, que solamente comenzaban a correr al día siguiente hábil de recibido. Si como se puede constatar en el folio 0692 esto ocurrió el 20 de Noviembre de 2009, es evidente que el término concedido estaba más que cumplido cuando el 23 de Marzo de 2010 se pide su devolución por parte del Tribunal (fl.0687) y el comisionado al día siguiente lo remite.

Pregunta el TRIBUNAL SECCIONAL: ¿A quién le correspondía estar vigilante para que una vez llegado el referido exhorto se señalara fecha y hora para la práctica testimonial? Por supuesto que a los sujetos procesales interesados: Al DR. B.H.V.V. como investigado y a su apoderada en el proceso disciplinario DRA ANA MILENA DIAZ GONZALEZ.

Si por omisión se dejó pasar todo el tiempo transcurrido y no se hizo presencia a través de memoriales ante el funcionario comisionado para la realización de una prueba que se estimó conducente y pertinente, resulta vano intentar ahora que la Resolución que impuso sanción disciplinaria está contaminada de nulidad porque se profirió sin que se hubiere practicado dicha prueba. Cuando el sujeto procesal con su comportamiento da lugar a que el supuesto acto irregular se origine, no puede invocar la nulidad de la actuación porque se entiende que coadyuvó a su existencia, situación consagrada en el Num.3 del Art. 310 del Código de Procedimiento Penal anterior. Por tanto, en ninguna forma se violó el derecho de defensa o se menoscabó el principio de contradicción o se trasgredió el debido proceso, es la conclusión que se presentó a la Sala para su estudio.

La Sala del Tribunal Seccional del Valle, por consiguiente no declarará la nulidad de la resolución Num. 010-2010 de 4 de Agosto pasado.

El TRIBUNAL NACIONAL de ÉTICA MÉDICA está de acuerdo con el TRIBUNAL SECCIONAL DEL VALLE DEL CAUCA en toda su argumentación. El Código de Ética Médica, ley 23 de 1981, está fundamentado en principios éticos universales, como el de que uno de los objetivos de la ética es proteger al débil. De aquí

nacen otros códigos morales, como la tabla de los derechos humanos que, entre otras cosas, surgió del infrigimiento sistemático de esos derechos por parte de las autoridades. La violencia se entiende casi siempre, como un acto activo, pero la persona débil también puede ser violentada por un acto pasivo y ello constituye la negligencia. La ética del médico consiste, no solamente en no lesionar a los demás, sino en actuar positivamente para que las desigualdades e injusticias se eviten. No hacer esto es negligencia, que consiste en no hacer lo que debe hacerse, hacerlo mal o descuidadamente.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA:

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión por la cual el TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE impuso sanción de CENSURA ESCRITA PERO PRIVADA al doctor B.H.V.V., por violación de los artículos 1° numeral 1,2 y 9, 11°y 42° de la ley 23 de 1981 ante queja presentada por la señora M.E.L.DE A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Artículo Segundo- Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente (E.); LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado Ponente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, noviembre trece (13) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1155 DEL TRECE (13) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 816 , Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta

Contra : R.A.A.P.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrada ponente: Doctora Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No. 91 -2012

VISTOS :

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena realizada el dos (2) de agosto de 2012, dentro del proceso número 816, resolvió negar la nulidad de lo actuado solicitada por la apoderada del disciplinado doctor R.A.A.P..

La defensa interpuso mediante escrito fechado el 17 de agosto, recurso de reposición el cual fue negado y en subsidio, el tribunal seccional concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, para ante este Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional el 11 de octubre de 2012 y puesto para reparto en Sala Plena del 16 de octubre, le correspondió por sorteo a la magistrada Lilian Torregrosa Almonacid.

Cumplidos los términos legales, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

El día 8 de julio de 2010, el Tribunal de Ética Médica del Meta recibió la documentación referente a la queja interpuesta por la señora J.F.N contra el doctor R.A.A.P., por posibles infracciones a la ética médica en la atención brindada al señor J.G.G.R., hechos ocurridos según la mencionada queja en la noche del 30 de abril y la madrugada del 1 de mayo de 2010 en la ciudad de Villavicencio, cuando el médico Argote Pérez prestó atención médica al señor G.R. en el servicio de hospitalización de cirugía del Hospital Departamental de Villavicencio

En su queja, la esposa del fallecido paciente, manifiesta que el señor G.R. ingresó al Hospital Departamental de Villavicencio por obstrucción intestinal el día 28 de abril de 2010, siendo intervenido el día 29 del mismo mes y anota "de la cirugía salió muy bien, pero el 30 de abril en la noche, su estado se fu agravando, empezó a sangrar mucho y como a las 8 de la noche, el Dr. A. lo valoró y dijo que el enrojecimiento que presentaba era por alergia al esparadrapo y mandó cambiarle la curación. Sin embargo, de acuerdo con el relato de la señora F.N. "J.G se agravó y empezó a presentar un dolor intenso, olor fétido y su abdomen enrojecido e inflamado.

Debo decir que yo permanecí con J.G. desde las 8 de la noche del 30 de abril y la madrugada del 1 de mayo, sin embargo, pese a mis súplicas para que un médico lo viera, el Dr. R.A.A.P., volvió a verlo a las 4 de la mañana".

Plantea así mismo la señora que al recibir las copias de la historia clínica, encontró señales de enmendaduras y específicamente un registro referente a la realización de un cuadro hemático en horas de la madrugada, muestra sanguínea que según ella nunca fue tomada.

Admitida la queja en sala plena del 15 de julio de 2010, se designó magistrado instructor y se adelantaron las diligencias por él ordenadas mediante auto del 28 de julio.

Se llevó a cabo ampliación de la queja por parte de la señora F.N., versión libre del médico general R.A.A.P., declaración juramentada del personal que se encontraba de turno la noche de los acontecimientos: el jefe de enfermería J.N.B y la médica general L.E.G., así como la versión libre (con posterior ampliación de la misma) del cirujano general de turno VV.A.M.T.

Se revisó la historia clínica del Hospital Departamental de Villavicencio correspondiente a la atención médica y quirúrgica del señor J.G.G.R.

El 22 de agosto de 2011, el tribunal seccional abrió investigación formal contra los doctores R.A.A.P. y V.A.M.T.

Por providencia del 15 de Marzo de 2012, el tribunal seccional se abstuvo de formular cargos contra el cirujano general de turno doctor V.A.M.T., formuló pliego de cargos contra el médico general R.A.A.P. por presunta violación de los artículos 10 y 21 de la ley 23 de 1981, en concordancia este último con el artículo 17 del Decreto 3380 de 1981, y lo citó para diligencia de descargos, la cual fue aplazada repetidamente por parte de la defensa por asuntos de carácter personal que el disciplinado debía atender. La tercera citación fue planteada para el día 14 de junio, fecha en que ni el doctor A., ni su abogada defensora se presentaron.

En escrito sin fecha, recibido en el Tribunal seccional del meta el 20 de junio de 2012, la apoderada del disciplinado, abogada Lida Mercedes Sarmiento Velásquez, interpuso solicitud de nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión de sala plena del 15 de julio de 2010 alegando una "violación a garantías fundamentales tipificada en el artículo 457 del CPP, en concordancia con el artículo 29 de la C.P, esto es, la ineficiencia de los actos procesales y la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso". La defensa sustentó la petición en las siguientes nulidades:

1. "Incompetencia del juez. Inexistencia del juez natural, que son cinco magistrados que conforman válidamente el Tribunal De ética médica seccional y que respecto de cada uno no recaiga causales de impedimento o recusación que invaliden su decisión.

Que en caso que existan sean reemplazadas.

2. Violación del derecho de audiencias, que devienen en pruebas ilícitas por haber sido practicadas sin audiencia de mi defendido.

3. Omisión de la versión libre de mi prohijado en la etapa de investigación. Se llevó a cabo en la etapa de investigación preeliminar y no se consideró necesario tomar una nueva.

4. Omisión de la tipificación de la infracción normativa en la etapa de investigación para ejercer a plenitud el derecho de defensa", que en otros apartes del escrito presenta como indebida motivación de la resolución de cargos

5. "Indebida notificación de las decisiones

6. Falta al no apreciar las pruebas en conjunto.

7. No se ha definido la apertura de investigación, cuáles son las conductas de sanción"

El tribunal seccional negó la nulidad impetrada y es ésta la providencia motivo del recurso de apelación que ahora se resuelve.

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS:

El abogado defensor, pretende que se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión de sala plena del 15 de julio de 2010 en la que se designó magistrado instructor y se adelantaron las diligencias por él ordenadas. Para el efecto, explica que dentro del proceso se presentaron varias violaciones al debido proceso las cuales atentaron directamente contra el derecho a la defensa del doctor A. y que se pueden condensar en las siete que previamente fueron mencionadas.

Por su parte, el tribunal seccional del Meta expuso en detalle las razones por las que no encontró justificación a cada una de las nulidades propuestas y de acuerdo con el concepto de la Sala el proceso satisfizo todos los requerimientos legales.

En cuanto al reclamo por la falta de versión libre en la etapa investigativa, considera que el despacho si tomó la versión libre durante la investigación preliminar, y en esta "se obtuvo información suficiente para el despacho, no considerando necesario la toma de otra versión y además al existir la posibilidad de que el defendido solicitara sus pruebas y participara en las practicadas, en ningún momento puede concluirse que se esté violando el derecho de defensa…" y que adicionalmente el inculpado tendría una nueva oportunidad de manifestarse al presentar sus descargos.

Así las cosas, corresponde a esta Sala determinar si en efecto se presentaron las causales de nulidad planteadas por la defensa en el presente proceso. Para ello, reiterará la jurisprudencia acerca de las características y condiciones del derecho de defensa, a fin de precisar si en esta oportunidad se cumplieron esos requisitos.

En primer lugar, la Sala reconoce que el objeto primordial de todas las etapas que componen un proceso de carácter ético disciplinario, consiste en la búsqueda de la verdad; y no solamente de la formal sino de la real, propósito que no puede lograrse al precio de sacrificar la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa que asiste a toda persona precisamente en el momento en que es vinculada al proceso. Antes de considerar en su totalidad las posibles causales de nulidad planteadas por la defensa, debe esta superioridad pronunciarse frente a la relacionada con la omisión en la

práctica de la versión libre durante la etapa de investigación formal, asunto sobre el cual asiste la razón a la defensa cuando plantea "No se puede obviar la versión libre en la etapa investigativa, *es obligatorio… No se puede obviar, con la excusa que se realizó en la etapa preeliminar".*

Considera este Tribunal que no se aviene a la garantía constitucional del debido proceso la sugerencia errónea sobre la potestad del magistrado instructor para solicitar o no la versión libre del médico investigado durante la etapa de investigación formal, pues desestimarla propiciaría la posible pérdida de oportunidades procesales para ejercer el derecho a la defensa.

En la oportunidad que brinda la versión libre, ya sea durante la investigación preliminar o la investigación formal, la persona goza de amplia libertad para poner en conocimiento de la autoridad investigadora informaciones y elementos de juicio que complementen e inclusive modifiquen los ya aportados, por lo que el funcionario que conduce el proceso no puede negarse a recibir tales ampliaciones ya que ellas constituyen importante medio de defensa y a la vez ocasión para profundizar en el conocimiento estricto y exhaustivo sobre la versión del médico imputado en torno a los hechos del proceso.

Omitir la versión del médico investigado podrá privarlo de medios de defensa y "por lo tanto derivar en consecuencias negativas o que implican el debilitamiento de su posición ante la administración de justicia, reflejadas en la eventual privación de mecanismos encaminados a defenderse, a lo largo de las distintas etapas procesales", tal y como lo ha expresado la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-621/98.

Por otra parte, el sistema jurídico contempla, como un derecho del procesado, el de pedir, cuantas veces estime necesario, ampliación de indagatoria. Así lo señala el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

" ARTÍCULO 334 DERECHO A SOLICITAR SU PROPIA INDAGATORIA. Quien tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra, tiene derecho a solicitar que se le reciba indagatoria".

Y el artículo 337 que dice:

"...Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa..."

En efecto, desde la Sentencia C-403 de 1997 es claro que "dentro del marco del ejercicio del derecho de defensa, el derecho procesal moderno le reconoce a la indagatoria una doble connotación jurídica: como medio de defensa y como fuente de prueba de la investigación penal.

Lo primero, porque a través de ella la ley le otorga al procesado el derecho a responder los cargos que se le hubiesen imputado previamente ; lo segundo, porque de lo expresado en la diligencia puede el juez especializado encontrar o deducir indicios de responsabilidad en el delito que se investiga, y hallar razones que conduzcan a la inocencia o responsabilidad del acusado.

En efecto, al constituirse la indagatoria en la primera oportunidad de defensa del sindicado dentro del proceso, resulta lógico deducir su calidad de pieza probatoria relevante para la investigación, pues las explicaciones que aquél pueda dar, permiten conocer información necesaria para llegar a la verdad material. […]

La diligencia de indagatoria, como medio de defensa y, a la vez, medio de prueba, forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso que, tal como lo ha reconocido esta Corporación en diferentes pronunciamientos, recoge el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier procedimiento y le aseguran, a lo largo del mismo, una recta y cumplida administración de justicia. En materia penal, el derecho a la defensa surge en el momento en que la autoridad judicial le atribuye a alguien una conducta punible.

Por ello es absolutamente necesario que el sindicado conozca en forma oportuna la iniciación de una investigación en su contra (incluso la indagación preliminar), para que a través de las diferentes instancias judiciales, –comenzando por la diligencia de indagatoria–, controvierta todos los elementos probatorios que lo incriminan."[1]

En consecuencia, esta Sala declarará la nulidad a partir del fallo proferido por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta mediante el cual formuló pliego de cargos contra el médico general R.A.A.P. por presunta violación de los artículos 10 y 21 de la ley 23 de 1981, en concordancia este último con el artículo 17 del Decreto

1 Sentencia T-1197/03 Sala primera de revisión de la Corte Constitucional.

3380 de 1981; para que reabierta la investigación se escuche en versión libre al doctor R.A.A.P..

Bastan las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA:

Artículo Primero- Declarar la nulidad del proceso 816 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, a partir del fallo proferido en el cual formuló pliego de cargos contra el médico general R.A.A.P.. Artículo Segundo: Contra esta providencia no procede recurso alguno. Artículo Tercero- Una vez en firme la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado- Presidente; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

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

SALA PLENA-SESION No. 855 DEL DIECISIETE (17) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: Proceso No. 842 Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: la doctora : M.M.T.A.
Denunciante: D.Y.H.

Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena
Providencia No.01-2006

VISTOS.

Por decisión del 24 de octubre se negó por parte del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, escuchar la declaración de un perito médico solicitado por el abogado doctor Harold Mauricio Hernández Beltrán defensor de la doctora M.M.T.A..-

El abogado defensor doctor Hernández Beltrán solicito al tribunal seccional en oficio sin fecha pero recibido por ese despacho el 4 de noviembre de 2005 el recurso ordinario de Apelación y sustenta su solicitud en documento también sin fechar y recibido por el Tribunal Seccional de Antioquia el 16 de noviembre de 2005.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

El abogado defensor justificó así su petición de escuchar la declaración de un perito:

- " Sírvanse citar a declarar en calidad de testigo técnico a la médico Anestesióloga Dra. N.S., quien además puede localizarse en la Clínica Bolivariana, teléfono 4455900 extensiones 605 ó 606, así mismo en la Clínica LEON XIII, teléfono 5167300 extensiones 3470 ó 3384. Con el objeto que declare respecto a las diferencias entre analgesia y anestesia en el área de la obstetricia. En caso de no ser posible la comparecencia de la especialista mencionada, solicito se nos brinde la oportunidad de sugerir el nombre de algún otro especialista."-

El Tribunal de Ética Medica de Antioquia en sesión de sala plena efectuada el día 24 de octubre de 2005 resolvió No decretar la declaración de la doctora N.S. por lo manifestado en la parte motiva de la resolución que en el folio 37 dice: "El TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA, al estudiar la solicitud de pruebas del doctor HAROLD MAURICIO HERNÁNDEZ BELTRAN, considera que no se debe escuchar el testimonio técnico sobre la diferencia entre anestesia y analgesia obstétrica ya que tanto el Magistrado Instructor como los otros Magistrados que conforman el Tribunal, tienen claridad respecto de dicho tema, además existen pruebas dentro del proceso que indican claramente que a la señora D.Y.H. se le colocó una analgesia epidural, tal como consta en la nota de las ordenes del médico del día 3 de abril de 2.004 a las 6:00 a.m. (Fl. 8 del cuaderno 2), por tanto, como no se aportan elementos probatorios nuevos, no se considera necesario practicar la declaración juramentada de la doctora N.S. o de otro especialista que testifique respecto de la diferencia entre analgesia y anestesia obstétrica."

El abogado Harold Mauricio Hernández Beltrán en la sustentación del recurso de Apelación considera "que el argumento esgrimido por el Tribunal en cuanto tanto el Magistrado Instructor como los demás Magistrados tienen claridad respecto del tema, no es un argumento válido para privar a la defensa de un medio de prueba para intentar demostrar que en el caso especifico dicho punto es relevante," más adelante arguye : " el Tribunal de Antioquia aduce, que los Magistrados que lo integran conocen muy bien el tema, sin embargo, la prueba pedida es de un especialista en anestesiología, y con todo el respeto que me merecen los señores magistrados que por su basta experiencia y conocimientos, no pueden despreciar y estimar que poseen los mismos conocimientos de un especialista en anestesiología y en particular sobre el tema de anestesia obstétrica, puesto que, ninguno de de los magistrados que integran el Tribunal es especialista en anestesiología,".

Hace referencia a la aplicabilidad de las normas y principios del Código de Procedimiento Penal a los procesos ético disciplinarios consagrados en la Ley 23 de 1.981.

El Tribunal Nacional de Ética Médica considera:

El derecho de defensa es consagrado en los Estatutos Superiores, como uno de los fundamentales que integran el concepto del debido proceso constitucional y es así como aparece consagrado en el artículo 29 de la Carta al establecerse:

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

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. ***QUIEN SEA SINDICADO TIENE DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE UN ABOGADO ESCOGIDO POR ÉL, O DE OFICIO, DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO;*** *a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;* ***A PRESENTAR PRUEBAS Y A CONTROVERTIR LAS QUE SE ALLEGUEN EN SU CONTRA****; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La misma preceptiva se consagra en las normatividades que integral el Bloque de Constitucionalidad y es así como en el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 del 68 se establece:

ARTÍCULO 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier

acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a). A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b). A DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE SU DEFENSA Y A COMUNICARSE CON UN DEFENSOR DE SU ELECCIÓN;

c). A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d). A HALLARSE PRESENTE EN EL PROCESO Y A DEFENDERSE personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e). A INTERROGAR O HACER INTERROGAR A LOS TESTIGOS DE CARGO Y A OBTENER LA COMPARECENCIA DE LOS TESTIGOS DE DESCARGO y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f). A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g). A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4.- En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6.- Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme ala ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Igualmente la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 dispone al respecto:

Art. 8o. Garantías judiciales

1. 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad,
a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) CONCESIÓN AL INCULPADO DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE SU DEFENSA.

d) DERECHO DEL INCULPADO DE DEFENDERSE PERSONALMENTE O DE SER ASISTIDO POR UN DEFENSOR DE SU ELECCIÓN y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo al nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) DERECHO DE LA DEFENSA DE INTERROGAR A LOS TESTIGOS PRESENTES EN EL TRIBUNAL Y DE OBTENER LA COMPARECENCIA, COMO TESTIGOS O PERITOS, DE OTRAS PERSONAS QUE PUEDAN ARROJAR LUZ SOBRE LOS HECHOS;

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Para poderse ejercer el derecho de defensa a plenitud, se hace necesario el libre ejercicio de los derechos de probar y de contradicción dentro del proceso penal, porque no debe olvidarse que dentro de las limitaciones y precariedades naturales de la justicia de los hombres, al ciudadano se le reconocen los derechos que pueden ser probados dentro del proceso.

Los principios de probar y de contradicción probatoria son derechos de raigambre constitucional, puesto que aparecen concretamente consagrados en el artículo 29 constitucional; íntimamente unidos con la garantía del derecho a la defensa que tienen todos los ciudadanos sobre los que recaiga una imputación penal; tan estrechamente

unidos que podríase afirmar que sin el reconocimiento de tales derechos, el ejercicio a la defensa sería impracticable como derecho esencial dentro del concepto del debido proceso constitucional.

Lo anterior, porque es un viejo principio del derecho que la justicia reconoce las pretensiones procesales que puedan ser probadas, principio que llevado al derecho a la defensa nos lleva a la conclusión que el mismo descansa de manera trascendental en el pleno ejercicio de los derechos de probar y de contradicción de los medios de convicción que se hayan producido en su contra.

El ciudadano se defiende de la imputación formulada, probando sus afirmaciones defensivas y controvirtiendo probatoriamente las imputaciones que le formule el Estado o los otros sujetos procesales. Es tan íntima la unión de las dos garantías que se analizan, que se puede afirmar que la defensa como derecho constitucional se convierte en un principio puramente retórico si no se contara con el derecho de probar y el de controvertir.

Es tan inescindible la unión de estas dos garantías que procesalistas como Montero Aroca las identifican como una sola cuando afirma:

*" **CONTRADICCIÓN O DEFENSA.** Los brocardos auditur et altera pars y nemo inauditus damnaria potest, que hoy suele enunciarse como que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hacen referencia a este principio, que ha sido considerado la fuerza motriz del proceso, sus garantía suprema, pero que, más precisamente puede considerarse que atiende a la esencia misma del proceso, pues sin el mismo no estaremos ante un verdadero proceso. Conviene, con todo advertir que el principio presenta dos facetas, o, si se quiere, debe ser contemplado desde dos perspectivas completa mentarías que, además puede y deben ser enunciadas de modos distintos.*

" El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se lo considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.[1]

Similar identidad en cuanto a los dos principios plantea Rodríguez Fernández cuando sostiene:

*" **Derecho a la defensa mediante la promoción de la contradicción.-** Este derecho supone que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesal mente el reconocimiento de sus derechos e intereses. El proceso penal solo se concibe como una oposición entre pretensiones que un órgano imparcial resuelve y las partes han de tener igualdad de armas con posibilidades homogéneas de alegar y probar cada una de ellas lo que sea pertinente al objeto discutido y conveniente a sus intereses.-*

" Con respecto al procesado este derecho se concreta en su derecho – y de su defensa – a preguntar y repreguntar a testigos, peritos y otros procesados, así como a valerse, respecto de otras pruebas diversas de la testifical, de los medios pertinentes para demostrar la eficacia de las por él propuestas y la ineficacia de las propuestas por la otra parte.[2]-

A la misma identificación llega Pedraz Penalva cuando refiriéndose a las garantías que nos interesan dice:

" Análisis del derecho de defensa a través del principio de contradicción.- Con gran parte de la literatura especializada y con la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional, entiendo que el principio de audiencia o contradicción – en sentido amplio – se encuentra íntimamente conectado con el derecho de defensa del que constituye su presupuesto, aunque entiendo que no han de ser confundidos.

Desde su estrecho nexo con el principio de contradicción, examino pues el derecho de defensa: Nemo damnandus, nisi auditus, vel vocatus, (nadie puede ser condenado sin ser oído o citado en juicio) con sus consecuentes "Nemo praesumitur malus nisi probetur " o " iudex iudicet secundum allegata et probata partium[3], debiendo destacar que, en sede procesal penal, implica además otros aspectos que lo sobrepasan como el "nemo tenetur edere contra se " o " nemo tentur se ipsum accusare " (nadie está obligado a declarar o a acusarse a sí mismo[4] .-

---

1 Principios del proceso penal. Una explicación basa en la razón. Juan Monterio Aroca, pág 139, 140, E. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.-

2 Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Ricardo Rodríguez Fernández, pág 18. E. Comares. Granada 2000.-

3 Del que forman parte otros como el derecho a ser informado de la acusación, al uso de intérprete si no desconociere o no conociere suficientemente la lengua española.-

4 Derecho Procesal Penal, Ernesto Pedraz Penalva, Tomo I, pág 228. E. Colex Madrid. 2000.-

José Fernando Ramírez Gómez, entre nosotros, plantea similar identificación cuando sostiene:

"Principio de contradicción o derecho de defensa. La doctrina de la Corte Constitucional sobre el derecho de defensa se elabora a partir de lo expuesto en las sentencias T- 419\92, C-150\92, T-272\93, T-055\94, C-037\96, T-361\97, T-051\99, T-181\99, y T-294\99 entre otras.-

" a) " De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio ".-

" b) El principio de contradicción " es el fundamento de la realización del principio de defensa y, éste a su vez, es condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso ".-

" c) De acuerdo con la Convención interamericana ratificada por la ley 16 de 1972, el derecho de defensa del imputado ofrece tres posibilidades " 1) la de interrogar a los testigos que intervienen en su contra, 2) la de presentar testigos que declaren a su favor, y 3) la de participar, en condiciones de igualdad, en todo proceso de contradicción y debate que se lleve a cabo con la presentación de testigos ".-

" d) " La omisión de una prueba conducente " constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso ".-

" e) Este derecho lo mismo que el del debido proceso se debe observar sin restricción }, " dentro de la actividad disciplinaria privada " (T. 272\93).-

" f) " Al ser propósito esencial de todo proceso judicial el de lograr la verdad, se debe garantizar plenamente la posibilidad de que las partes interesadas expongan y controviertan con plenas garantías los argumentos que suscitaron el litigio judicial ".-

" g) " La Constitución de 1991, precisando aún más lo dispuesto por la de 1886, se encargó de definir al derecho de defensa como un derecho fundamental autónomo, ligado, por razones obvias, al debido proceso, a través del cual – como lo anota la sentencia antes citada . se permite a toda persona controvertir las acusaciones que en materia administrativa o judicial se presenten en contra, con lo cual, a su vez, se hacen efectivos otros derechos, como son el derecho a la libertad, a la seguridad, el de petición y aún el derecho a la vida ".-

" h) " Esta disposición debe, asimismo, complementarse con el artículo 229 superior que remite a la ley la responsabilidad de definir los casos en que pueda acceder a la administración de justicia sin la representación de abogado. Lo anterior se conoce, particularmente para efectos del procedimiento penal, como la defensa técnica a que tiene derecho el sindicado, la cual, por la trascendencia del cargo, debe ser encargada a una persona versada en derecho, con suficientes conocimientos de orden técnico y, sobretodo, con una amplia capacidad humana que permita al interesado confiar los asuntos más personales e íntimos relacionados con el caso sobre el cual se le ha prestado asistencia"[5].-

Molina Arrubla de manera similar ubica el derecho de contradicción, dentro de la defensa y sostiene:

"Consustancial al derecho de defensa resulta ser el derecho de contradicción, conforme al cual el procesado, por si o por intermedio de su apoderado o defensor (en el entendido de que estos términos resultan ser asimilables), resulta ser el derecho de contradicción, que no sólo alude a la controversia probatoria sino también, de las providencias. Pero para ello, a saber, para poder controvertir las pruebas y/o las sindicaciones, es menester conocer el contenido de unas y otras, pues que nada puede hacer la defensa – técnica y/o material -, si no sabe o no conoce quiénes son los testigos de cargo, o qué es lo que ellos dicen en contra del procesado, como tampoco será mayor la actividad de contradicción que se pueda ejercer si no se conoce cuál es el fundamento y/o contenido de las providencias emitidas por el respectivo funcionario judicial, entendido el concepto en los términos del Art. 534 nuevo Código de Procedimiento Penal.-

" Aún a riesgo de atentar contra los principios de celeridad y eficiencia, el nuevo Código de Procedimiento Penal autoriza la posibilidad de que en la audiencia preparatoria se decrete la repetición de aquellas pruebas que los sujetos procesales no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir, conforme a lo dispuesto en el inciso 1º. Del art. 401.-

" Ello significa, entonces, que si por alguna razón jurídica (que no material, vale decir, por olvido, vencimiento de términos, inactividad de uno de los sujetos

---

5 Principios constitucionales del Derecho Procesal Colombiano. José Fernando Ramírez Gómez, pág 151 y ss. E. Señal Editora, Medellín 1999.-

procesales, etc.), alguno de los intervinientes no tuvo la oportunidad de controvertir una determinada prueba, en la audiencia preparatoria que consagra el art. 401 es posible solicitar, incluso, la repetición de dicha prueba, en petición que puede ser atendida, en atención a las circunstancias, por parte del juez. El respeto al derecho de contradicción se eleva, entonces, a una categoría tal que, como se dijo, puede reportar como consecuencia, incluso, el sacrificio de principios tales como el de celeridad y el de eficiencia, siempre en el entendido de que interesa mas el contenido que las formas, vale decir, que inspirado por el principio de la investigación integral, lo que le interesa al proceso penal es la obtención de la verdad real, por encima de la mera consecución de una verdad meramente formal.[6].-

Así afortunadamente lo ha entendido la Corte Constitucional que ha producido una serie de fallos de inexequibilidad frente a normas excepcionales, y del articulado de algunos códigos procesales que trataron de restringir el derecho a la controversia probatoria dentro de las investigaciones penales.-

Dentro de tales expresiones jurisprudenciales en relación con ésta garantía ha tenido particular importancia la sentencia C-150 del 22 de abril de 1.993 por medio de la cual se declararon como contrarias a la Carta Política, algunas normas que buscaban restringir, desconocer o vulnerar estos constitucionales derechos.-

Estima la Corporación que la prueba solicitada por el abogado defensor es pertinente y conducente.

El argumento que sirve de fundamento al Tribunal de instancia para negar la prueba solicitada no tiene validez, porque el defensor al solicitar la prueba especificó de que especialidad médica debía de ser el perito que debía de ser designado.-

El formalismo del proceso es esencial para la preservación de los derechos y garantías fundamentales de las personas involucradas en el proceso, pero ese formalismo no debe llevarse a ultranza, porque finalmente terminarían por predominar dentro del proceso las ritualidades y formalismos por encima de la verdad histórica de los hechos y de la justicia y no debe olvidarse nunca, el principio constitucional que determinada la supremacía del derecho sustancial sobre el puramente formal. Efectivamente en el artículo 228 constitucional se dispone:

---

6 Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Carlos Mario Molina Arrubla, Pág. 464 y ss. E. Leyer Bogotá. 2002.-

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley ***Y EN ELLAS PREVALECERÁ EL DERECHO SUSTANCIAL.*** *Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado. (Lo destacado no lo es en el texto).-*

Los administradores de justicia, en cualquiera de sus múltiples variantes, no se deben olvidar que en un verdadero Estado democrático y social de derecho, el proceso es el esfuerzo, la dinámica y la búsqueda de la verdad histórica de los hechos, situación que alcanza dimensiones más trascendentes si se trata del proceso penal o de sus derivados, como es el penal disciplinario, porque en ellos se busca la determinación de la responsabilidad o no, por presuntas infracciones a la ley.-

En tales circunstancias siendo formalista el proceso penal en algunas de sus actuaciones, se podría decir que es el menor formal de todo los procesos, y ello debe ser así porque al juez lo que le debe importar fundamentalmente es la búsqueda de la verdad histórica de los hechos, para con ella dispensar la justicia y de tal manera concretar en la realidad de la decisión, el pensamiento de Ulpiano quien para definir la justicia dijo que era: dar a cada cuál lo que le correspondía.-

Hay ocasiones entonces, en que los formalismos son esenciales dentro del proceso, aún dentro del penal, pero ello solo puede ser así, cuando por medio de tales ritualismos se da protección a los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales, porque en un momento determinado tales formalismos deben pasar a un segundo plano, si con su desconocimiento o eliminación podemos llegar al conocimiento de la verdad y de la justicia.-

Es por las razones anteriores que desde siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que no toda irregularidad es constitutiva de nulidad y que para que se de en la realidad la actividad inválida, es menester que además de la irregularidad, se afecte un derecho fundamental de uno cualquiera de los sujetos procesales.-

Era entonces evidente que en la solicitud formulada por el defensor de la médico disciplinada se entendía cuál debía de ser la especialidad del perito médico solicitado y la situación es todavía más clara si se tiene en cuenta que los interlocutores a los cuales se dirigió la petición, fueron precisamente cinco distinguidos médicos, que por su trayectoria profesional y científica se encuentran ocupando cargos tan honrosos y distinguidos dentro de la comunidad profesional.-

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, con fundamento en las atribuciones conferidas por la ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: REVOCAR, la decisión que es motivo de impugnación y en su lugar se decretará la prueba solicitada, debiendo el Tribunal de instancia, designar un médico anestesiólogo de reconocida trayectoria profesional y formación científica para que responda los interrogantes que en su defensa formule el médico disciplinado o su defensa.- ARTICULO SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

ALGUNAS TESIS DE CORINE PELLUCHON EN RELACION CON LA BIOETICA Y EL EJERCICIO DE LA MEDICINA
PARTE 3

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administracion en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota
Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestria en Bioetica. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federacion Medica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Vicepresidente. Colegio Medico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Medico Juridico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi
Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmologia. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. U Militar Nueva Granada
Capitan de Navio. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada
Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque
MSc en Bioetica. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Magister en Bioetica. U El Bosque

I- PRIMERA TESIS[1]

«Toda teoría de la equidad contiene un juicio de valor sobre lo que constituye una buena sociedad y es solidaria de una cierta concepción de la igualdad. La manera en que los recursos de la salud son distribuidos ilustra bien las diferentes teorías de la justicia y sus principios, pero también las concepciones de la sociedad y de la relación entre el individuo y el Estado que les son subyacentes.[2]

Sin embargo, ese problema pone a prueba dichas doctrinas. La salud es un bien complejo que no está relacionado únicamente con la atención médica, sino que se refiere igualmente a diferentes servicios relativos a la salud pública, como la alimentación, o la calidad del agua y del medio ambiente. Así, cuando se habla del derecho a la salud y a la atención médica, es importante analizar la relación entre estos dos términos y examinar el vínculo entre la salud y los otros bienes primarios, relación que puede variar de un país a otro, de una familia a otra y hasta de un individuo a otro.

Las cuestiones concernientes a la asignación de los recursos escasos exigen precisar el contenido de la mayoría de las categorías utilizadas, como las de necesidad, derecho, bienestar y pobreza. Ellas invitan también a superar las oposiciones clásicas entre la filosofía de los derechos humanos y el utilitarismo, con el fin de definir una política coherente que conjugue el bienestar individual y el interés común, los cuales son igualmente importantes para la medicina y la salud pública.[3]

II- SEGUNDA TESIS[4]

«Para Rawls, la salud es un bien primario natural que tiene consecuencias sobre la manera en que las personas pueden hacer elecciones, tener un proyecto de vida, estudiar o acceder a uno u otro cargo, pero no está bajo el control directo de la sociedad.

---

1 Ibid P 145

2 No es exagerado afirmar que la Ley 1751 de 2015 constituye uno de los avances sociales mas importantes de los últimos tiempos en Colombia.
En varios de sus artículos aflora de manera diáfana la demostración del Estado Social de Derecho, expreso en nuestra Carta Fundamental, a pesar de las manifestaciones neoliberales que sufre nuestro país actual. Una de dichas demostraciones se encuentra en el articulo 9 de dicha Ley, que determina lo siguiente:
Artículo 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán ' orientadas principalmente al logro de la equidad en salud.

El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados.
Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

Este particular articulo 9 de la Ley estatutaria en Salud tiene un contenido social que debe analizarse y defenderse a fondo. Y representa un respaldo nunca visto a los niveles mas desprotegidos del país. (Guzman F, Moreno S. Ley Estatutaria en Salud. Gazeta Jurisp. Trib Nal de Ética Medica. N 14. Abril 2015)

3 7- Los principios materiales de la Justicia especifican las características relevantes para un tratamiento igualitario y se denominan materiales porque identifican las propiedades sustantivas para la distribución. Algunos de estos principios son: A cada persona una porción igual (oportunidad de una educación primaria básica). A cada persona de acuerdo con su necesidad (servicios de salud, subsidios de desempleo, etc.). A cada persona de acuerdo con su esfuerzo (al más dedicado, el mejor puesto). A cada persona de acuerdo con su contribución (muy relacionado con el ingreso de cada cual; aplica también para casos como el trasplante de órganos para nacionales y extranjeros). A cada persona de acuerdo con sus méritos (trabajos y promociones laborales). A cada persona de acuerdo con los intercambios del mercado.

A pesar de lo anterior, elementos como la tradición, las convenciones, los principios morales y las leyes pueden establecer en muchos casos, propiedades relevantes en la escogencia del principio de igualdad. Lo que estos principios definen es apenas una serie de guías para formular políticas o ejercer acciones concretas. Sin embargo, se necesitan argumentos morales más profundos para balancear estos principios básicos (Guzman F, Moreno S, Arias C, Barragan R. El concepto de Justicia. Gazeta Jurispr. Tribunal Nal de Ética Medica. Junio 2013)

Por eso, él no incluye el acceso a la atención médica entre los bienes primarios que deben ser distribuidos del mismo modo que los ingresos y las libertades.

Sin embargo, numerosos teóricos que se consideran sus herederos piensan que es posible deducir de la teoría de la justicia como equidad, una política pública que defienda el derecho al acceso universal a la atención médica y a la seguridad social para todos.

Si Rawls hubiese incluido el acceso a la atención en salud entre los bienes primarios por distribuir, ésta habría sido distribuida según los dos principios mencionados anteriormente –a saber, el principio de la justa igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia–. Esto habría podido conducir a promover un derecho a la atención garantizado por el Estado, es decir, un sistema de seguridad social para todos administrado por el gobierno[5].

III- TERCERA TESIS[6]

« Nozick,[7]…considera que toda intervención del Estado que recauda impuestos para redistribuir los bienes constituye una violación de los derechos y, en consecuencia, de la justicia. Ésta no ha de ocuparse de la pobreza. Los liberales libertarianos son partidarios de un Estado mínimo que fomenta el libre mercado y la competencia en el ámbito de la atención médica.

---

4 Ibid P 146

5 De manera inexplicable, el constituyente colombiano de 1991 no incluyó el derecho a la salud como un derecho fundamental.
ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.
Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.
La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.
Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.
Pero ocurrieron dos hechos importantes: la variación del criterio constitucional de consideración de un derecho fundamental, que ya no se confinaba exclusivamente a los artículos 11 a 41; y la intervención del Honorable Magistrado CIRO ANGARITA BARON, inolvidable jurista protector de los pobres y débiles, quien por primera vez ligó el derecho a la salud con el derecho a la vida y lo transformó de un simple servicio publico a un derecho fundamental
Adicionalmente, la aparición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que consagró la salud como un derecho fundamental de manera incontrovertible

6 Ibidem P 148

Eso significa que no puede haber un sistema nacional de asignación de los recursos de la salud o una seguridad social como la que existe en Francia: sólo son legítimas las aseguradoras privadas. Los individuos que no cuentan con los medios para afiliarse a una aseguradora y que, entonces, no pueden recibir reembolsos por la atención médica que reciben deberán apelar a la caridad, a las donaciones de benefactores privados o a asociaciones caritativas ligadas a una iglesia o a una fundación, como sucede en Estados Unidos.

La noción libertariana de la justicia y su concepción subyacente del individuo, es decir, la primacía de la libertad individual sobre cualquier otro valor o principio, se oponen a la teoría de la justicia como equidad.[8]

Dos visiones del mundo o concepciones del bien se enfrentan en el interior del Liberalismo[9], conduciendo a esta tensión que encuentra eco en la política estadounidense relativa a la distribución de la atención médica: por un lado, los liberales libertarianos no ven por qué los cuidados de salud no habrían de estar sujetos a las mismas reglas del mercado que los otros bienes y servicios. Defienden las aseguradoras privadas e invitan a que cada quien escoja el médico, el servicio y el seguro que mejor le convengan de acuerdo con sus necesidades y sus recursos, sin que el Estado imponga ningún límite….Por el otro lado, los liberales igualitarios o igualitaristas abogan por una redistribución de la atención médica que sería llevada a cabo por el Estado federal o por el gobierno y que permitiría a cada individuo beneficiarse de la de seguridad social, independientemente de que sea rico, pobre, mayor de 65 años, asalariado o desempleado. Ellos recomiendan extender la cobertura de Medicare para todos y desean que Estados Unidos se alinee con los países que disponen de un sistema único de reembolso de la atención.

La oposición entre liberales igualitarios y liberales libertarianos es tajante tanto en el plano teórico como en el práctico. Sin embargo, esta oposición no es suficiente para

---

7 La fuentes modernas del neoliberalismo se encuentran en la escuela monetarista de Milton Friedman, quien expresa que la desigualdad es positiva en tanto contrarresta la centralización del poder político y, al mismo tiempo, incentiva al individuo en originalidad y producción. Y en su contraparte europea, la denominada "escuela austriaca", representada por Friedrich Hayek y Ludwig von Mises, quienes afirman que el capitalismo eleva el nivel de vida de todos, incluyendo los más pobres, pues el aumento en la riqueza aumenta el altruismo individual
Se encuentran afirmaciones como la del "libertario" Robert Nozick, quien sin ruborizarse plantea que "Nadie puede exigir un derecho al ingreso porel simple hecho de necesitarlo para sobrevivir, pues al hacerlo, se coarta la libertad de alguien más" . E incluso los extremos de otros libertarios extremistas, como Murray Rothbard y David Friedman, para quienes los pobres tienen la culpa de su propio destino. En Guzman F, Pinilla M, Torres F. Neoliberalismo. Tesis de Grado. U Santo Tomas. Gerencia de Institucioines de Seguridad Social en Salud. Bogota. 1997

8 Las teorías libertarias se ocupan de los derechos a la libertad social y económica, invocando procedimientos justos. La fundamentación de estas teorías es el grupo de leyes del mercado que operarían en principios materiales como la capacidad económica para pagar por los servicios de salud. Se protege ante todo la propiedad privada y la iniciativa individual, quitándole a la salud el carácter de derecho fundamental. Eso sí, las actuaciones respectivas son reguladas por las normas y el orden social. Se considerarían entonces los procesos justos, pero no los resultados justos. Algunos de los teóricos de estas ideas ocupan posiciones intelectuales francamente repulsivas. Para Nozick, por ejemplo, es injusto exigir mayores impuestos a los más pudientes por el solo hecho de tener más dinero y más aún, si con esos impuestos el Estado beneficia a los indigentes y a los desempleados. Los sistemas de salud entonces son de libre acceso y sostenido por recursos privados de cada grupo social. El estado no puede quitarle a los ricos solamente por darle a los pobres. En Guzman F, Pinilla M, Torres F. Neoliberalismo. Tesis de Grado. U Santo Tomas. Gerencia de Institucioines de Seguridad Social en Salud. Bogota. 1997

9 Ibid Pelluchon P 148

disipar las ambigüedades que son inherentes a la teoría rawlsiana y que aparecen cuando se examinan las implicaciones prácticas en materia de acceso a la atención médica. Estas ambigüedades están presentes igualmente en la mayoría de los textos que defienden el derecho a la atención médica, en particular en el artículo 25 de la Declaración universal de los derechos humanos. Este artículo estipula que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

IV - CUARTA TESIS[10]

«No es la desigualdad de los ingresos lo que constituye la injusticia, sino que hay injusticia cuando el dinero permite a algunos acceder a funciones que pertenecen a una esfera de distribución diferente, y comprar, por ejemplo, influencia política.

Diferentes bienes ocupan diferentes esferas que son, ellas mismas, gobernadas por diferentes principios –el bienestar para los necesitados, los cargos para quienes están calificados, las cosas lujosas para aquellos que pueden pagarlas, etc.–. El problema consiste en saber qué tipo de bien es la atención médica y, en consecuencia, a qué principios de distribución obedece. Si se trata de un bien básico, debe ser distribuido de manera universal por el Estado. Para los bienes como los que se encuentran en el mercado, el liberalismo libertariano de Nozick es pertinente.

Para determinar si hay algo así como un derecho a la salud, es necesario conocer el significado de la salud para una sociedad, la "comprensión compartida" que tiene de ella una comunidad de seres humanos. El contenido de ese derecho, si lo hay, depende igualmente del lugar de la salud con respecto a los otros bienes.

Es necesario, pues, un examen que tome en cuenta las opciones y los fines de la sociedad. Estos últimos dan testimonio de sus "valoraciones fuertes", es decir, de los bienes a los que da prioridad y que decide promover de modo más o menos voluntarista[11].

---

10 Ibid Pelluchon P 152

11 Desde antes la definición clásica de la Organización Mundial de la Salud -OMS- establecida en Génova en 1.958, como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad", y después de ella, discusiones milenarias de las diferentes culturas se han dado sobre el concepto de SALUD. Desde un punto de vista simplista esta definición ha tenido amplia aceptación; sin embargo, ésta definición no precisa, según David Bersh, de qué o quién es el estado y esta es condición necesaria para precisar el sentido de la expresión, pues en ella debemos involucrar al individuo, a su entorno, a la comunidad a la cual pertenece, a su medio ambiente laboral, económico, político, social y cultural. Preferimos que definir la salud como un proceso social permanente de equilibrio entre la salud y la enfermedad. En: Guzman F. Redondo H. La reforma de la seguridad social en

V - QUINTA TESIS[12]

«Al hablar de un derecho a la atención médica resulta tanto más importante analizar las prioridades políticas cuando se considera que el bien que ha de distribuirse es escaso y exige por sí mismo tomar decisiones difíciles. Ciertos tratamientos son tan costosos que su reembolso integral y sistemático por parte de la seguridad social pondría en peligro la distribución de otros bienes relativos a la educación o al medio ambiente.

Para saber cuáles son los servicios considerados básicos, es necesario determinar su relación con ciertos bienes primarios. Si se sigue a Rawls, es posible decir que los servicios relativos a la prevención de la enfermedad y al mantenimiento de la salud, como la atención de rutina, los exámenes anuales, los tratamientos curativos y la quimioterapia, así como todo lo relacionado con la salud mental, facilitan la consecución de los fines en general y permiten a los individuos revisar su concepción del bien.

Éstos harían parte de los servicios reembolsados de manera igualitaria por un sistema universal de seguridad social. No obstante, esos criterios no permiten determinar con suficiente precisión el contenido de un derecho a la atención médica.

Para ello haría falta aclarar la diferencia entre las necesidades ordinarias y las necesidades especiales…Como se puede ver en referencia al tipo de servicios que son considerados cuidados básicos, la noción misma de necesidad debe ser puesta en relación con los fines que estos persiguen.

VI - SEXTA TESIS[13]

«¿Qué significa envej ecer bien? ¿Es necesario querer alargar la duración de la vida a toda costa? Y, en la medida en que los ciclos de vida han cambiado con respecto al modelo heredado del modo de producción fordista (juventud, trabajo, retiro o inactividad), puesto que los jóvenes pensionados todavía pueden estar activos, hay que preguntarse cómo podemos desarrollar el vínculo intergeneracional que se encuentra en la base del contrato social y, por medio de un debate público sobre nuestros valores democráticos, crear un lazo de confianza sin el cual el ejercicio de las obligaciones recíprocas es prácticamente imposible.

---

12 Ibid Pelluchon. P 153

13 Ibid Pelluchon P 173

El primer problema ligado al envejecimiento de la población tiene que ver con la financiación de las pensiones. La brecha entre el número de activos y el número de jubilados pone en riesgo la viabilidad de los planes de pensiones. Estos últimos fueron creados para proporcionar un ingreso de sustitución tras el cese de actividades, ligado a la edad, permitieron resolver el problema de la pobreza de las personas de edad. Sin embargo, con una legislación inalterada, el cambio demográfico generará desigualdad entre las generaciones. Por ello, en muchos países, desde mediados del año 2000 se ha hablado de alargar el período de cotización con el fin de garantizar un ingreso seguro y adecuado a los jubilados, sin desestabilizar las finanzas públicas ni imponer una carga excesiva a las generaciones futuras[14].

…

Las reformas deben permitir encontrar un equilibrio entre el aumento de las retenciones fiscales, la reducción relativa del nivel de vida de los jubilados, el alargamiento del período de cotización y la posibilidad de un financiamiento por capitalización que complemente el sistema de distribución. Las elecciones que se hagan entre esas cuatro "soluciones" suponen un acuerdo previo sobre los fines asignados a los sistemas de jubilación. Éstos dependen también de las costumbres y tradiciones de cada país, donde el lugar que se concede a la capitalización y lo que se espera de las autoridades públicas, no son iguales.

Dos modelos[15] se han utilizado en la aplicación del sistema de seguridad social: el modelo de Beveridge y el modelo de Bismarck. El primero, empleado en el Reino Unido, ofrece prestaciones universales con costos fijos, financiadas sobre todo a través de los impuestos. En el segundo, que se emplea en Alemania, las prestaciones y cotizaciones son proporcionales a los ingresos de cada actividad. El seguro de pensiones básico, que en Francia corresponde al de los asalariados del sector privado, es de inspiración bismarckiana. Se trata de garantizar una sustitución de los ingresos que sea proporcional al salario de la actividad.

El sistema contributivo, en el que las prestaciones no son proporcionales a las cotizaciones consignadas, se estableció en el sector privado en 1945, tras el fracaso de las leyes sobre seguridad social de 1910 y de 1928-1930 que se habían

---

14 Entendemos la Seguridad Social como un soporte del aparato productivo, con amplios campos de acción, como son: promover políticas de salud, saneamiento ambiental, los servicios públicos, vivienda, educación, vestido, pleno empleo, capacitación, cultura, recreación, deporte y la correcta utilización del tiempo libre; las prestaciones económicas para la protección del ingreso familiar, como son las pensiones de invalidez, vejez y muerte, el pago de incapacidades por enfermedad general o licencia de maternidad, el seguro de desempleo a todo aquel que sea excluido del mercado de trabajo y este apto y dispuesto al mismo; la protección por enfermedad común, enfermedad profesional o accidente de trabajo.

La Seguridad Social debe proteger al individuo desde antes del nacimiento; como lo estableció el artículo 43 de la nueva Constitución Nacional -CN-, al establecer la especial asistencia y protección del Estado y el subsidio alimenticio durante el embarazo y después del parto, a la embarazada en situación de desamparo; hasta después de morir, con la protección al superstite en abandono. En: Guzman F. Redondo H. La reforma de la seguridad social en salud en Colombia: El desastre de un modelo económico. Edit Juridica Diké. Medellin. 1997

15 Ibid Pelluchon P 173

inspirado en los sistemas de seguridad social puestos en marcha en Alemania en el siglo xix. Para los empleados del sector privado, los beneficios proporcionados por el servicio general se completan con pensiones complementarias obligatorias, administradas por socios.

Este sistema se diferencia del derecho a la pensión para todos los funcionarios públicos que data de la ley del 9 de junio de 1853. Ese salario continuado fue obtenido por los militares desde 1831.[16]

VII - SEPTIMA TESIS[17]

«La solidaridad con las personas de edad existe porque el vínculo intergeneracional no se ha roto. Puede incluso pensarse que el alargamiento de la duración de la vida y la modificación de los ciclos vitales deberían incitarnos a reflexionar sobre el lugar que las personas de edad pueden ocupar en nuestra sociedad, y sobre su contribución a la prosperidad económica y al bienestar social. La solidaridad entre las generaciones es más cultivada a través de asociaciones y de iniciativas privadas que desde el Estado. Sin embargo, todo lo que concurre en el desarrollo de las relaciones entre generaciones nutre la solidaridad familiar y permite la lucha contra el aislamiento y la exclusión de los ancianos.

La edad avanzada viene acompañada por una mayor dependencia. La vida se hace difícil, no solamente para la familia o para el cuidador principal, sino también porque las enfermedades crónicas crean necesidades específicas que exigen estructuras adecuadas y un personal competente.

---

16 Teniendo en cuenta lo anterior, el Constituyente de 1.991 expresó esa voluntad y clamor popular en una disposición, consagrando de esa manera una definición amplia de la seguridad social, lo cual es manifiesto al revisar los antecedentes de la norma en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se expresó:

"Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado.

En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio nacional.

La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica.

La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 dice: "Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social..."

Desde el punto de vista de la cobertura de la Seguridad Social una concepción amplia permite el derecho a toda la población; una más estrecha (sic) únicamente a los trabajadores".

Vistos los antecedentes de la norma constitucional, conviene hacer algunas precisiones en cuanto al concepto y fines de la Seguridad Social.

En forma general, se define la Seguridad Social como "un conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado, para garantizar todos los cuidados médicos necesarios, así como para asegurarles los medios de vida en caso de pérdida o reducción importante de los medios de existencia, causados por circunstancias no propiamente creadas voluntariamente".

Esta definición pretende precisar que el concepto de Seguridad Social no sólo interesa a los Fines del Estado, entendido éste como la institución organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares.

En: Guzman F. Redondo H. La reforma de la seguridad social en salud en Colombia: El desastre de un modelo económico. Edit Juridica Diké. Medellin. 1997

17 Ibid Pelluchon P 176

El hospital, que se caracteriza por la división en disciplinas y especialidades, no es realmente el mejor lugar para las personas de edad. Los hogares de ancianos, que ofrecen atención médica, suelen estar alejados de los centros de las ciudades y separan a las personas de edad del resto de la sociedad, llevándolos a veces a la depresión y agravando el sentimiento que tienen de no servir para nada.

Los cuidados médicos relativos a la edad avanzada, así como el acompañamiento psicológico de las personas reciben ayuda, en la mitad de los casos ésta es brindada por su entorno, en especial por las mujeres. Con base en este hecho, sostienen que la solidaridad familiar no ha desaparecido, pero ello no impide pensar que el vínculo intergeneracional deba ser cultivado y fomentado en el plano político, constituyéndose en objeto de medidas transversales.

La vejez[18] es un fenómeno biológico, social y psicológico, y constituye una experiencia metafísica. No solamente la disminución del vigor y del control del propio cuerpo nos recuerdan que la unión del cuerpo y la mente es un enigma, sino que, además, al declinar, la ambición y la codicia dan lugar a algo distinto.

Al envejecer, el individuo deja de perseguir los objetivos que ocupan la mente de los adultos. Pierde algo de su pugnacidad, pero está más dispuesto a gozar su existencia y a disfrutar el presente, sobre todo en los períodos en que el dolor y las pequeñas miserias del cuerpo lo dejan tranquilo.

Además de esta manera de ver las cosas o de "dejar ir" que compensa la pérdida del vigor y acompaña el retiro de la vida activa, la vejez requiere ciertas virtudes.

Entre estas virtudes, se señala en primer lugar la valentía y la capacidad de tomar distancia con respecto a los propios miedos o no dejarse poseer por ellos, pero también la sabiduría que excluye la nostalgia y el arrepentimiento excesivo y supone un cierto conocimiento de sí mismo. Sin duda es necesario haber hecho las paces consigo mismo y haber perdonado a los otros para no ser devorado por el remordimiento o el resentimiento.

Hay otras cualidades o maneras de ser que se desarrollan en el ocaso de la vida. Éstas permiten a las personas envejecer bien y compartir con los demás su manera de ver

18 Ibid Pelluchon P 179

el mundo: la simplicidad, que incluye la capacidad de "viajar ligero", y el humor que florece tanto más libremente cuanto la seriedad y la voluntad de tener éxito propias de los adultos van perdiendo su importancia. Esas cualidades no garantizan la ausencia de angustia ni eliminan el miedo al dolor y a la muerte, pero ayudan a los ancianos a terminar su existencia con mayor serenidad y gratitud. Les permiten entrar en una fase de su vida que es tan interesante como la que conocieron cuando en ella predominaba el temor de no tener éxito, su carrera y la educación de sus hijos.

VIII- OCTAVA TESIS[19]

«El segundo argumento contra la prolongación de la vida no tiene que ver con sus efectos en la sociedad y en la renovación generacional sino que concierne a la capacidad de una persona para soportar una vida demasiado larga.

"Existen límites para aquello que nuestro cerebro puede almacenar y seguir acumulando".

Incluso si nuestro cuerpo pudiera permanecer en buen estado es posible que nuestra memoria se desgastara y que no pudiéramos comprender lo nuevo, convirtiéndonos en extranjeros en nuestro propio mundo.

Una vida muy larga sería o bien una vida en el pasado, sin un verdadero presente, o bien una vida sin pasado, es decir que los recuerdos se borrarían o deberían ser borrados periódicamente.

El sentimiento de urgencia que produce ser conscientes de la posibilidad de la imposibilidad de nuestra existencia, como dice Heidegger, nos lleva a comprometernos y a hacer elecciones que dependen de nuestras prioridades.

La perspectiva de tener el tiempo contado puede invitarnos igualmente, desde un punto de vista más epicúreo, a disfrutar el momento presente. Por el contrario, un tiempo muy largo en el que, por así decirlo, se diluye la perspectiva del propio fin produce un sentimiento de cuasi eternidad.

Mientras que la ausencia y la brevedad de la vida nos hacen ver el carácter precioso de las cosas y de los seres, el sentimiento de cuasi eternidad que nos daría una vida

19 Ibid Pelluchon P 182

(demasiado) larga con buena salud, nos haría creer que no dependemos de los ciclos de la vida y que podemos pasar de una cosa a la otra con total impunidad.

También es posible preguntarse si el deseo de vivir subsistiría tras una lista demasiado larga de reveses, pérdidas y fracasos. Los mecanismos de defensa que emplearíamos para sobrevivir a las decepciones favorecerían una actitud displicente caracterizada por la insensibilidad con respecto a los seres y a los acontecimientos. O bien, tendríamos que olvidar.

La facultad activa del olvido, de la que Nietzsche dice que es vital porque permite dar paso a lo nuevo en lugar de ser abatido por el peso del pasado, tiene límites. La repetición del olvido, al cabo de un cierto tiempo, trae consigo la irresponsabilidad. Un tiempo demasiado largo y una vida dispersa no permiten en realidad ver la propia vida como un todo.

Así pues, no son solamente los valores comunes que sostienen una sociedad los que deben ser reformulados con el fin de establecer lo que queremos hacer en el campo de la práctica y de la investigación médica.[20]

También debemos retomar la interrogación filosófica sobre la condición humana. Ninguna sociedad es neutra con respecto a estas cuestiones.

Pensar que en las leyes no hay ninguna toma de posición sobre el ser humano, ni tampoco una apuesta sobre su porvenir, resulta ilusorio. Es necesario entonces examinar las prácticas médicas a la luz de una comprensión de la condición humana que hasta ahora ha sido el fundamento de nuestras instituciones y de nuestro tipo de sociedad. Tal comprensión explica el significado que damos a la libertad y a la relación entre nuestra voluntad y lo que no elegimos, ya sea que se trate de nuestros límites temporales (muerte, vejez), de nuestra disposición biológica o de lo que nos es heredado. Las fuentes morales de lo político implican plantear esta interrogación sobre nuestra relación con lo dado.

20 Ibid Pelluchon P 183

IX - CATEGORIAS

1 - LIBERTAD

A - DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOETICA[21]

La posibilidad de existencia libre del hombre está dada por su capacidad para decidir con conocimiento de causa y posibilidad de acceso a la satisfacción de sus necesidades.

En el primer estadio de la cultura de la humanidad, las fuerzas de la naturaleza y la economía actuaban sobre el hombre de forma ciega para este y la libertad solo llegaba a "elegir entre opciones dadas por ese orden natural". Una vez que el desarrollo histórico de la conciencia social del hombre le permitió percatarse del efecto transformador de su actividad sobre la realidad y sobre el mismo (periodo renacentista, utopistas), la libertad avanza a un nuevo estadio, elección con conocimiento de causa o de la necesidad. Cuando los grupos progresistas y los menos corruptos, porque viven de su trabajo y no del ajeno, toman conciencia de la posibilidad de las mayorías de existir para sí mediante la restauración de la estructura económica, jurídica y moral de la sociedad, logrando justicia distributiva, equidad y educación para ejercerla como responsabilidad del Estado en un nuevo orden económico-social y moral, se engendra una nueva etapa de progreso moral.

Aparece una nueva forma de existencia de la libertad como "actividad que permite al hombre conocer causas y necesidades, valorar y priorizar opciones y disponer de equidad de acceso a soluciones".

B - DICCIONARIO DE FILOSOFIA DE FERRATER MORA[22]

algunos modos como se ha entendido el concepto de libertad: como posibilidad de autodeterminación; como posibilidad de elección; como acto voluntario; como espontaneidad; como margen de indeterminación; como ausencia de interferencia; como liberación frente a algo; como liberación para algo; como realización de una necesidad.

---

21 Diccionario latinoamericano de bioética / dir. Juan Carlos Tealdi. –Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008 PP pp 415 y ss

22 FERRATER MORA, José. Diccionario de filosofía. 5ta. Edición. Buenos Aires: Montecasino Suramericana, 1964. pp.49

Junto a ello el concepto en cuestión ha sido entendido de diversos modos según la esfera de acción o alcance de la libertad; así, se ha hablado de libertad privada o personal; libertad pública; libertad política; libertad social; libertad de acción; libertad de palabra; libertad de idea; libertad moral, etc. etc.

El concepto de libertad es, pues, sumamente complejo

2 - DERECHO

A - DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOETICA

El derecho a la asistencia médica es el derecho a recibir servicios médicos de tipo preventivo, diagnóstico, terapéutico, paliativos o de rehabilitación de profesionales e instituciones de salud, ya sean públicos o privados. No siempre el hombre tuvo derecho a la asistencia médica en caso de enfermedad, pues las sociedades primitivas, prehistóricas, se las arreglaron sin el derecho, regulando la vida social sobre la base de costumbres que tenían un contenido mítico-mágico bien acentuado.

En estas sociedades tampoco puede hablarse de medicina propiamente dicha ni de servicios médicos, pues lo que existen son prácticas curativas basadas en la experiencia empírica, en la magia y en la creencia de que las enfermedades eran causadas por agentes o fuerzas sobrenaturales malignas de diversos géneros. La medicina es un resultado de la civilización y tiene que ver con la racionalización del conocimiento de la naturaleza de las enfermedades y las prácticas curativas. En Occidente este progreso debe verse en estrecha relación con la aparición de la concepción filosófica del mundo, alrededor de los siglos VII y VI a. C., que en sus inicios fue eminentemente naturalista o fisiológica.[23]

B - DICCIONARIO DE FILOSOFIA DE FERRATER MORA[24]

Por algo que está dentro del derecho se entiende lo que está conforme a algo o, mejor dicho, lo que está de acuerdo con una regla, lo que la acata o cumple sin desviaciones, rodeos o vacilaciones.

---

23 Diccionario latinoamericano de bioética / dir. Juan Carlos Tealdi. –Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008 PP pp 247y ss

24 FERRATER MORA, José. Diccionario de filosofía. 5ta. Edición. Buenos Aires: Montecasino Suramericana, 1964. pp.421

Esta significación es más evidente en términos como o(rqo/j, right, Recht, que aluden directamente a esa conformidad, en tanto que el término español es siempre más bien el Derecho, esto, el conjunto de cuanto es legítimo. Para algunos, lo que es de derecho es lo que es justo; otros afirman la independencia mutua de la justicia y el Derecho, y otros, finalmente, llegan a subordinar al Derecho la justicia, sosteniendo que algo es justo porque se ajusta al Derecho.

El derecho se opone, por una parte, al deber en el sentido de que mientras el primero corresponde a lo que puede ser exigido, el segundo se refiere a lo que debe cumplirse. Por otra parte, lo que es de derecho se opone a lo que existe de hecho, entendiendo por el primero lo que debe ser de una manera determinada, lo que funciona en virtud de normas, y por el segundo lo que es así, prescindiendo de que deba o no serlo.

Lo que es de derecho se entiende, finalmente, en muy diversos sentidos, pero alude casi siempre a lo que moralmente debe ser una cosa, en cuyo caso lo que ocurre conforme al derecho se opone en ocasiones a lo que transcurre conforme a la Naturaleza.

3 - SALUD COMO DERECHO HUMANO

A - DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOETICA[25]

Enfocando la situación jurídica subjetiva del interesado como derecho a la salud, la pobreza deja de ser una excusa eximente de responsabilidad por el incumplimiento de un deber para convertirse en fuente de un derecho subjetivo para obtener los servicios y los materiales necesarios para cuidar de su salud y ser asistido en caso de enfermedad, sin los cuales quedaría incumplido el deber, pues el incumplimiento del deber de cuidar su salud por falta de medios adecuados se califica ahora como incumplimiento de la obligación del Estado correlativa al derecho a la salud.

En vez de exigirle al pobre que cuide su salud a su costo, es ahora el pobre quien puede exigirle al Estado (o al ente competente) que ponga a su servicio los medios necesarios para satisfacer el derecho a cumplir con el deber de cuidar de su salud o de asistirse en caso de enfermedad.

---

25 Diccionario latinoamericano de bioética / dir. Juan Carlos Tealdi. –Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008 PP pp 244 y ss

Esta exigencia del pobre contra el Estado (o contra la institución que corresponda) deriva del reconocimiento de un derecho a la salud inherente a la personalidad humana y como tal subyacente a toda la regulación internacional o constitucional de la materia.

La gente tiene la convicción colectiva de que existe un derecho a la salud, no solamente un deber de ese contenido. Resulta una idea inhumana que alguien no tenga derecho a la salud, que tenga el deber de cuidarla y que si no puede cuidarla ello solo sirva como excusa para no ser responsabilizado por ello. Si se establece un sistema basado en que cada individuo debe sufragar (pudiéndolo hacer) los gastos de prevención y asistencia, entonces ha de completarse el sistema estableciendo que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Asistencia que no es sólo médica, pues incluye también la asistencia de otras profesiones con incumbencia paralela a la medicina, por ejemplo la psicología, la fisioterapia, la enfermería, la asistencia social al núcleo familiar del enfermo.

La legislación en materia de derecho a la salud y a la asistencia del enfermo, con sus complementos antedichos, es ocasión importante de aplicación de los principios bioéticos generalmente reconocidos, tanto en lo que significa opción entre posibles criterios legales alternativos como en la aplicación de tales criterios en cada caso concreto.

B - DICCIONARIO DE FILOSOFIA DE FERRATER MORA

No hay consideración temática

4 - VALORES

A - DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOETICA

No hay artículo al respecto

B - DICCIONARIO DE FILOSOFIA DE FERRATER MORA[26]

diversos autores que se han ocupado del problema de los valores han llegado a atribuir a éstos las características siguientes:

1. El valer.

En la clasificación dada por la teoría de los objetos, hay un grupo de éstos que no puede caracterizarse por el ser, como los objetos reales y los ideales.

De estos objetos se dice, según la expresión de Lotze, que valen y, por lo tanto, que no tienen ser, sino valer. La característica del valor es el ser valente, a diferencia del ser ente y del ser válido, que se refiere a lo que tiene validez. La bondad, la belleza, la santidad no son cosas reales, pero tampoco entes ideales.

Los objetos reales vienen determinados según sus clases por las notas de espacialidad, temporalidad, causalidad, etc. Los objetos ideales son intemporales. Los valores son también intemporales y por eso han sido confundidos a veces con las idealidades, pero su forma de realidad no es el ser ideal ni el ser real, sino el ser valioso.

La realidad del valor es, pues, el valer. Aunque esta tesis tiene un aspecto excesivamente forma] y hasta aparece como el resultado de una definición circular, algunos autores han intentado poner de relieve que en la definición del valor como forma sustantiva del valer hay un contenido preciso. Así ocurre, por ejemplo, con Louis Lavelle cuando dice que en tal forma sustantiva del valer se supone que una conciencia aprueba o no algo.

Por eso el valor de algo supone una diferencia entre lo posible y lo real. Desde este punto de vista, el valor no reside tanto en las cosas como en la actividad de una conciencia, pero ello no equivale a hacer depender el valor de las representaciones. El valor se refiere a la existencia pues “lo que vale no puede ser sino la existencia misma en tanto que se quiere y quiere sus propias determinaciones”. Por eso, al entender de dicho autor, la teoría de los valores es una profundización —no una sustitución— de la metafísica, en tanto que (como ha dicho Aimé Forest) es “una aptitud para aprehender valores”.

2. Objetividad.

Los valores son objetivos, es decir, no dependen de las preferencias individuales, sino que mantienen su forma de realidad más allá de toda apreciación y valorización.

---

26 FERRATER MORA, José. Diccionario de filosofía. 5ta. Edición. Buenos Aires: Montecasino Suramericana, 1964. pp.868

La teoría relativista de los valores sostiene que los actos de agrado y desagrado son el fundamento de los valores. La teoría absolutista sostiene, en cambio, que el valor es el fundamento de todos los actos.

La primera afirma que tiene valor lo deseable. La segunda sostiene que es deseable lo valioso. Los relativistas desconocen la forma peculiar e irreductible de realidad de los valores.

Los absolutistas llegan en algunos casos a la eliminación de los problemas que plantea la relación efectiva entre los valores y la realidad humana e histórica. Los valores son, según algunos autores, objetivos y absolutos, pero no son hipóstasis metafísicas de las ideas de lo valioso. La objetividad , del valor es sólo la indicación de su autonomía con respecto a toda estimación subjetiva y arbitraria.

La región ontológica "valor" no es un sistema de preferencias subjetivas a las cuales se da el título de "cosas preferibles", pero no es tampoco una región metafísica de seres absolutamente trascendentes.

3. No independencia.

Los valores no son independientes, pero esta dependencia no debe entenderse como una subordinación del valor a instancias ajenas, sino como una no independencia ontológica, como la necesaria adherencia del valor a las cosas. Por eso los valores hacen siempre referencia al ser y son expresados como predicaciones del ser.

4. Polaridad.

Los valores se presentan siempre polarmente, porque no son entidades indiferentes como las otras realidades. Al valor de la belleza se contrapone siempre el de la fealdad; al de la bondad, el de la maldad; al de lo santo, el de lo profano. La polaridad de los valores es el desdoblamiento de cada cosa Valente en un aspecto positivo y aun aspecto negativo. El aspecto negativo es llamado frecuentemente disvalor.

5. Cualidad.

Los valores son totalmente independientes de la cantidad y por eso no pueden establecerse relaciones cuantitativas entre las cosas valiosas. Lo característico de los valores es la cualidad pura.

6. Jerarquía.

Los valores son no indiferentes no sólo en lo que se refiere a su polaridad, sino también en las relaciones mutuas de las especies de valor. El conjunto de valores se ofrece en una tabla general ordenada jerárquicamente.

5- VIRTUD

A- DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOETICA

No hay articulo al respecto

B - DICCIONARIO DE FILOSOFIA DE FERRATER MORA[27]

Definida del modo más general, la virtud es respecto a una cosa lo que completa la buena disposición de la misma, lo que la perfecciona; en otros términos, la virtud de una cosa es, propiamente hablando, su bien, pero no un bien general y supremo, sino el bien propio e intransferible. Virtud, podría decirse, es aquello que hace que cada cosa sea lo que es. Tal noción de virtud es prontamente trasladada al hombre; virtud es entonces, por lo pronto, el poder propiamente humano en cuanto se confunde con el valor, el coraje, el ánimo. La virtud es lo que caracteriza al hombre, y las definiciones de la virtud atienden en tal caso a lo que consideran el carácter específico del ser humano.

Este carácter está expresado, según Aristóteles, por el justo medio; se es virtuoso cuando se permanece entre el más y el menos, en la debida proporción o en la moderación prudente.

27 FERRATER MORA, José. Diccionario de filosofía. 5ta. Edición. Buenos Aires: Montecasino Suramericana, 1964. pp.910

ALGUNAS TESIS DE CORINE PELLUCHON EN RELACION CON LA BIOETICA Y EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

PARTE 2

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administracion en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota
Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestria en Bioetica. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federacion Medica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Ética Medica
Vicepresidente. Colegio Medico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Medico Juridico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi
Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmologia. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. U Militar Nueva Granada
Capitan de Navio. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada
Especialista en Bioetica. Universidad El Bosque
MSc en Bioetica. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Magister en Bioetica. U El Bosque

I- PRIMERA TESIS

«Las críticas dirigidas a Rawls tras la publicación de Teoría de la justicia en 1971, y, luego, de Liberalismo político, en 1993, ponen en evidencia las fragilidades del liberalismo. Éstas son particularmente visibles en la bioética. Los filósofos llamados comunitaristas cuestionan la prioridad de lo justo sobre el bien que se encuentra en

la política en las democracias liberales. Estas últimas son, en realidad, repúblicas procedimentales».[1]

Antes de mostrar las consecuencias morales y políticas de poner entre paréntesis concepciones sustanciales del bien, recordemos las otras dos ideas que son solidarias de este supuesto. Estas ideas están relacionadas. La primera tiene que ver con la concepción del yo y del sujeto práctico. La segunda se refiere al ideal de neutralidad del Estado liberal y al enfoque en los derechos subjetivos que lo caracteriza.[2]

II - SEGUNDA TESIS

«Los utilitaristas pierden de vista la dimensión política de la justicia y no se dan cuenta de la aspiración y las reivindicaciones a las cuales está ligada, no son del mismo orden que los deseos y la búsqueda del interés personal. "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales". Y, dado que se trata de encontrar los principios que definirán las reglas de distribución de los derechos civiles y sociales en una sociedad justa, Rawls apelará a la ficción de un espectador desinteresado, que se ha hecho imparcial gracias a un velo de la ignorancia que lo vuelve ciego con respecto a su situación social, sus talentos personales y sobre las otras ventajas que podría tener dentro de la sociedad».[3]

Así, utilizando una estrategia que reduce el riesgo al mínimo, ese espectador imparcial, que se encuentra en la posición original, adoptará los dos principios de la justicia sobre los cuales se llegaría a un acuerdo razonable.

En primer lugar, "cada persona debe tener un derecho igual al sistema más extendido de libertades básicas iguales para todos que sea compatible con el mismo sistema para los otros". Esas libertades básicas son "las libertades políticas (derecho al voto y

---

1 Pelluchon Ibidem p 123

2 Las teorías libertarias se ocupan de los derechos a la libertad social y económica, invocando procedimientos justos. La fundamentación de estas teorías es el grupo de leyes del mercado que operarían en principios materiales como la capacidad económica para pagar por los servicios de salud. Se protege ante todo la propiedad privada y la iniciativa individual, quitándole a la salud el carácter de derecho fundamental. Eso sí, las actuaciones respectivas son reguladas por las normas y el orden social. Se considerarían entonces los procesos justos, pero no los resultados justos. Algunos de los teóricos de estas ideas ocupan posiciones intelectuales francamente repulsivas. Para Nozick, por ejemplo, es injusto exigir mayores impuestos a los más pudientes por el solo hecho de tener más dinero y más aún, si con esos impuestos el Estado beneficia a los indigentes y a los desempleados. Los sistemas de salud entonces son de libre acceso y sostenido por recursos privados de cada grupo social. El estado no puede quitarle a los ricos solamente por darle a los pobres.

Las teorías comunitarias, por su parte, se basan en tradiciones y costumbres de la comunidad, en contratos sociales de la comunidad y en delimitación de estándares fijados por ella misma. Se acentúan los principios de responsabilidad del individuo con la comunidad y de la comunidad con el individuo, con base en el concepto de solidaridad. Justicia entonces, es la g
arantía de la provisión de servicios llenando unas metas sociales. Lo que se debe a cada individuo y cada comunidad se basa en los niveles o estándares de cada uno. Para los daneses la solidaridad es un principio social y algunos de sus principales objetivos son los ancianos, los discapacitados y los pacientes psiquiátricos. El tratadista Ezekiel Emmanuel propone la formación de numerosas pequeñas comunidades con sus propios estándares. En: Guzman F y cols, El concepto de Justicia. Gaceta Trib Nal de Ética Medica. Sept 2013. Pp 142 y ss

3 Pelluchon Ibidem P124

derecho a participar en política y a ocupar un cargo público), la libertad de expresión, de reunión, de pensamiento y de conciencia; la libertad personal frentea la opresión psicológica y la agresión física; el derecho a la propiedad personal y a la protección respecto al arresto y la detención arbitrarios".

El segundo principio de la justicia difiere sobre la manera como las desigualdades sociales y políticas deben ser organizadas: … Este segundo principio se aplica a "la distribución de los ingresos y de la riqueza, pero también a las organizaciones que utilizan diferencias de autoridad y de responsabilidad"[4]

III - TERCERA TESIS[5]

« Rawls… denuncia el atomismo de los utilitaristas y convierte a la noción de justicia en una noción pública que hace imposible reducir la equidad a la suma de los intereses individuales. Sin embargo, su teoría también está ligada a una concepción atomista de la identidad que priva al liberalismo de recursos morales que permiten juzgar, caso por caso, el contenido de los derechos y evaluar una acción moral en términos de los vínculos que remiten a nuestra responsabilidad como padres, ciudadanos y miembros de una u otra comunidad. »[6]

La idea de la prioridad de lo justo sobre el bien y la concepción de un yo anterior a los fines que escoge promueven una concepción voluntarista de la persona, que no está sujeta más que a los fines y roles que ella misma elige. Estos roles pueden incluir a otras personas, pero la insistencia de Rawls en definir, siguiendo a Kant, el yo como un agente moral, capaz de escoger un plan de vida y de cambiarlo, favorece más un pensamiento del dominio que una filosofía en la que la responsabilidad limitaría la libertad desde el interior, en la medida en que el sujeto ya no sería considerado independientemente de sus deberes particulares.

---

4 Rawls formula un contractualismo que no pretende la existencia de un contrato histórico original, sino uno hipotético: sus fines son encontrar los principios fundamentales que han de regir la sociedad. Estos son los principios de justicia: a ellos llegaría cualquier persona si, racionalmente y en una situación de libertad e igualdad, se viera ante una elección para definir los términos fundamentales de su asociación. Regularán todos los acuerdos subsiguientes, las maneras en que se dará la cooperación social, y las formas de gobierno.

Cada sujeto merece ser tratado de manera libre e igual, en dicha situación hipotética, dado que tiene las llamadas facultades morales: una concepción del bien (imaginar la manera en que cada cual quiere vivir su vida, la cual es diferente para cada individuo, constituyendo lo que es bueno, y no lo que es moral), y un sentido de la justicia (cada cual puede cooperar con los demás si ello va en su propio beneficio; esto es, una cooperación ventajosa).

Dadas la diferentes concepciones del bien, "lo bueno" no puede generalizarse; ante ello, no puede llegarse a un acuerdo sobre dicho factor, dada la pluralidad existente en la sociedad. Pero para poder vivir en comunidad se necesitan unos acuerdos mínimos: de allí que los asociados deban ponerse de acuerdo sobre lo justo. En: Guzman F y cols, El concepto de Justicia. Gazeta Trib Nal de Ética Medica. Sept 2013. Pp 142 y ss

5 Ibid P 126

6 Los utilitaristas destacan una serie de criterios mixtos para propósitos de maximizar la utilidad pública. Es obtener la mayor utilidad social para el mayor número de individuos. Para ellos la justicia es la obligación de capital importancia para la utilidad social. La justicia establece por convención los derechos de los individuos. Sin embargo, estos conceptos utilitaristas podrían justificar la negación de atención medica costosa a los más enfermos, con el consiguiente deterioro económico que afectaría la atención de los demás miembros de la sociedad. Moreno S. Tendencias en la aplicación de la justicia distributiva. Trabajo Maestria de Bioetica. U Bosque. 2013

IV - CUARTA TESIS[7]

«Finalmente, esta concepción de la persona es solidaria de una cierta teoría del Estado, considerado como una estructura que se limita a la defensa de los derechos. Las dos ideas que se encuentran en el centro del liberalismo –a saber, la prioridad de lo justo sobre el bien y la concepción de un sujeto práctico anterior a sus fines y sin lazos de pertenencia–se articulan a una tercera: "Precisamente porque somos sujetos libres e independientes, capaces de escoger nuestros propios fines, necesitamos de una estructura de derechos que sea neutral respecto de todo fin. »[8]

Pero este ideal de neutralidad del Estado tiene un costo moral y político que pone en evidencia las fragilidades del liberalismo y de la república procedimental. El ejemplo del derecho a la libertad de expresión y de manifestación, ilustra bien los límites de la prioridad de los justo sobre el bien. Éste permite ver todo lo que se pierde cuando se afirma que, en nombre del ideal de neutralidad, es necesario poner entre paréntesis todo juicio moral sobre los fines y sobre el contenido de los derechos, que en una u otra situación, promueven. En efecto, la doctrina liberal implica que no se imponga ningún límite al derecho a manifestarse, salvo si la seguridad de los individuos se ve amenazada y si la manifestación lesiona físicamente a alguien. El respeto del derecho a la libertad de expresión supone, pues, que los grupos neonazis y los activistas que en los años 1950 y 1960 marcharon junto a Martin Luther King sean tratados igual. No sólo la comprensión liberal de la ofensa es estrecha, escribe Sandel, puesto que no se considera que el discurso de odio de los nazis pueda hacer daño a los sobrevivientes de los campos de concentración o a sus descendientes, sino que, además, el contenido de la manifestación nunca es tenido en cuenta.

---

7 Ibid P 127

8 Libertad es la capacidad de autodeterminación. Determinarse es definirse con conocimiento de causa, es desear que una razón específica se convierta en la razón de actuar en un momento dado. Unificar el concepto con base en plataformas filosóficas específicas ha resultado complicado a lo largo de la historia. Mientras los primeros griegos eran deterministas, los estoicos preconizaban que la esencia de la libertad consistía en despojarse de cualquier necesidad externa para reducir las dependencias a su mínima expresión. Para Aristóteles, dentro de la tendencia natural del hombre a la felicidad, las acciones libres son aquellas que se efectúan sin coacción ni ignorancia.

San Agustín es uno de los primeros en plantear el problema del libre albedrío o posibilidad de elegir, concepto que fue transformado por Santo Tomás, para quien libertad es la posibilidad de elegir algo trascendente con la ayuda de Dios. A este respecto, quien logra un entronque entre los conceptos de libertad y voluntad es Duns Scoto.

En opinión de Spinoza el hombre no es libre, pues está determinado por la causalidad de las cosas. Por lo tanto, solamente existe la libertad del conocimiento. Entretanto, Leibnitz plantea que el ser humano escoge entre alternativas que condicionan un resultado, dentro de un número limitado de hechos futuribles cuyo resultado solamente Dios conoce Para Kant,: dentro del mundo de la racionalidad, el hombre pertenece a la libertad o del conocimiento moral, mientras que para Hegel la libertad es la autodeterminación racional del ser.

Por último, entre los pensadores modernos destacan Bergson (El ser humano es libre, pues la conciencia obedece a reglas diferentes a las del resto de la naturaleza), Marx (El hombre es libre cuando cambia la determinación que le condicionan la sociedad y la naturaleza), Jaspers (El hombre se hace a sí mismo dentro de la libertad en los momentos de elección), Sartre (El ser libre es solitario) y Ortega y Gasset (El hombre es forzosamente libre). En: Guzman F y cols, El concepto de Justicia. Gazeta Trib Nal de Ética Medica. Sept 2013. Pp 142 y ss

V - QUINTA TESIS[9]

« Se puede decir que las creencias religiosas son dignas de respeto, no en razón de su contenido, lo cual sería un juicio teleológico, sino porque son el producto de una elección libre y voluntaria. »[10]

Una interpretación semejante, acorde a la idea de la prioridad de lo justo sobre el bien, desestima sin embargo la naturaleza de las convicciones religiosas y pierde de vista el papel que desempeña la religión en la vida de aquellos para quienes la observancia de sus deberes es un fin esencial a su propio bien. “Lo que hace a la creencia religiosa digna de respecto no es el modo de adquirirla sino su lugar en una vida buena, los rasgos del carácter que promueve o su tendencia a cultivar hábitos y disposiciones que forman buenos ciudadanos”. Ya sea que se esté de acuerdo o no con ese juicio sobre el papel de la religión en una democracia, no deja de ser cierto que la identificación de la libertad religiosa con la libertad en general (con la capacidad de elegir) refleja “la confusión entre la búsqueda de las preferencias y la realización de los propios deberes”

VI - SEXTA TESIS[11]

«La justificación moral del derecho a la libertad religiosa está en relación con un juicio: “La defensa de un derecho no puede desligarse completamente de un juicio sustancial sobre la importancia moral de la práctica que este protege”. Aún más, la afirmación de un derecho no habría sido posible, en un principio, sin un juicio moral. La cuestión de la esclavitud y el debate de 1858, ilustran la imposibilidad de afirmar la prioridad de ciertos valores políticos sin hacer referencia a la moral, e incluso a la religión. »

Durante la Guerra de Secesion Norteamericana, Stephen Douglas afirmaba que era necesario poner entre paréntesis las controversias morales y religiosas ligadas a la cuestión de la esclavitud con el fin de mantener un acuerdo político a nivel federal. Se atenía así a la soberanía popular: “Poner el peso del poder federal en la balanza, ya sea a favor de los estados que quieren la libertad o de los que quieren la esclavitud”

---

9 Ibid P 129

10 Quizás la mejor aproximación al concepto sea la que hace referencia a la libertad como la facultad de realizar algo por si mismo, partiendo de la capacidad de autodeterminación del ser humano, que le confiere el poder de efectuar acciones determinadas con base en la razón y la voluntad, pero siempre respetando el bien común como limitación. El acto libre se acompaña del brillo de la inteligencia, el control de la conciencia y el dominio de la voluntad. Conf Introduccion al Derecho. U Militar. Bogota 2015

11 Pelluchon Ibid P 136

violaría los principios fundamentales de la Constitución y generaría el riesgo de una guerra civil. La única manera de actuar era, según él, respetar "el derecho de cada estado y de cada territorio a decidir por sí mismos sobre esas cuestiones". Abraham Lincoln respondió que sería razonable poner entre paréntesis la moralidad de la esclavitud solamente si pensáramos que ésta no era un mal. Si, por el contrario, la esclavitud es un mal moral, entonces la neutralidad política no es defendible. "El debate entre Lincoln y Douglas no era, en primer lugar, un debate sobre la moralidad o la inmoralidad de la esclavitud, sino sobre la cuestión de si había que poner entre paréntesis una controversia moral con miras a un acuerdo político". A pesar de que no era un abolicionista, Lincoln pensaba que el gobierno debía tratar la esclavitud como un mal moral y, como el Partido Republicano, estimaba que era necesario tomar medidas para que no se siguiera extendiendo.

El debate de 1858 muestra que en discusiones políticas como las que se dieron a raíz de la esclavitud, no es posible poner entre paréntesis las concepciones sustanciales del bien. No solamente las políticas públicas deben expresar más bien que evitar un juicio moral sobre la esclavitud sino que, además, ninguna concepción política de la justicia, ni siquiera la de Douglas, es neutra.[12]

VII - SEPTIMA TESIS[13]

«Para comprender en qué se han convertido la mayoría de los comités de bioética y, de manera general, la política en nuestras democracias es preciso retomar un paralelo sorprendente, pero característico de nuestra época. La idea de neutralidad del Estado liberal que priva a lo político de aporte de las concepciones sustanciales del bien va de la mano de una situación en la que el individuo se halla cada vez más separado de sí mismo, de los otros y de la fuente de la moralidad, y cada vez más atrapado en una red compleja de normas y de decisiones que no dependen de él. Así mismo, la capacidad del individuo de participar en los asuntos públicos y su iniciativa nunca se han visto tan amenazadas o ridiculizadas como en los últimos diez años, durante los cuales las decisiones han sido el resultado de varias comisiones independientes que se supone han de crear las condiciones de una política común imparcial. »

---

12 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 . 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 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.

Pero, de la misma manera, como el criterio de bien o mal se apoya en lo que el individuo aprendió durante toda su vida, la moral es apenas una operación intelectual que le indica a la persona si el acto es bueno o malo, con apoyo en el propio concepto de bondad o maldad que su cerebro posea. En: Guzman F, Moreno S, Arias C. Diferencias entre derecho, moral, buenas costumbres y reglas de trato social. Gazeta Trib Nal de Ética Medica. Oct 2012. P 273

13 Ibid P 143

Este paralelo está justificado porque la razón de esta pérdida de sustancia, que a veces es llamada pérdida de sentido, es la misma: se trata del supuesto liberal que transformó la república en república procedimental, presupuesto que es preciso deconstruir antes de proponer una filosofía política que permita utilizar, en una sociedad pluralista y secular, los recursos morales de los que nos priva la ética procedimental.

El contenido que la noción de autonomía tenía cuando se convirtió en un valor supremo ha sido vaciado, hasta el punto de no ser más que la expresión de una preferencia y emparentarse con aquello que, a falta de algo mejor, está autorizado o no puede ser impedido. Así, las decisiones tomadas sobre cuestiones fundamentales concernientes al futuro del hombre y de nuestra sociedad son fruto de un compromiso que ya no tiene mucho que ver con el consenso por superposición ni con el armazón conceptual gracias al cual Rawls construyó esta noción.

Personalidades venidas de horizontes diversos y que se supone deben representar el pluralismo de la sociedad democrática se reúnen para debatir cuestiones de bioética con la obligación de atenerse a una especie de ética de la discusión que conduce a cada quien a decidir acerca de lo justo haciendo abstracción de su visión metafísica del mundo y enfocándose en las reglas o procedimientos de la deliberación.

La idea de acogerse al principio de permiso, presentada como la condición de la justicia en una democracia, se encuentra en el centro de la ética minimalista.

Más allá de la perplejidad que suscita la idea de que una solución adecuada y una política prudente puedan emerger de la reunión de individualidades múltiples que deben ponerse de acuerdo sobre lo mínimo, es preciso volver sobre el supuesto que ha instalado, al mismo tiempo que la ética de la autonomía, cuyos límites con respecto a la relación médicopaciente y en la sociedad hemos visto, una especie de fascinación por los comités de bioética.[14]

14 Los comités de ética médica y conducta profesional hospitalarios son esenciales para el funcionamiento de cualquier institución de salud. Ellos se constituyen en garantes del cumplimiento de los reglamentos internos del hospital pero, por encima de todo, en defensores de un actuar profesional que cumpla con las normas de excelencia académicas y científicas, así como en responsables del cumplimiento de las leyes colombianas.

Algunas de sus funciones son: Proteger a los pacientes, evaluar transgresiones a la Lex Artis, juzgar actos contra la moral general, juzgar la conducta con los colegas, proteger la institución, defender a los subalternos, imponer el predominio de la ley en todo acto profesional, ceñirse a normas procesales, educar a los profesionales, dictar políticas y analizar casos éticos. Guzman F. Carta Quirurgica FSFB. Junio 2005. Bogota

VIII - OCTAVA TESIS[15]

«extraña situación en la que nos encontramos cuando se trata de legislar en materia de bioética. Es como si la suspensión de toda moral sustancial y la idea de la prioridad de la justicia sobre el bien determinaran por anticipado las soluciones en materia de bioética. Esta situación resulta tanto más paradójica en cuanto la ética procedimental, fruto del liberalismo político, se sostiene sobre el ideal de neutralidad del Estado y plantea, por principio, que las soluciones no pueden ser determinadas por adelantado…»

Y, en la medida en que esta ética –procedimental en su método y minimalista en su contenido– ofrece pocos medios para prohibir o siquiera limitar lo que es posible hacer técnicamente, la única voz que se escucha para resistir al poder tecnológico viene de aquellos que se apoyan en una moral proveniente de su religión o usan argumentos que presuponen la fe. Se produce así un diálogo de sordos o un bricolaje político que busca satisfacer a un campo, no ofender al otro demasiado de inventar estrategias de compensación.

Sin embargo, existe una tercera vía, como lo hemos sugerido cuando hablábamos de lo que implica el paso al nivel teleológico del juicio médico. Precisaremos esta vía, que es la de la filosofía política, poniendo en evidencia los límites de la prioridad e la justicia sobre el bien en el ámbito de la distribución de los bienes de la salud. Pues ese supuesto explica la impotencia de las políticas en materia de bioética y no permite tratar problemas concretos referentes a la justicia distributiva.

15 Ibid Pelluchon P 145

LA INCORRECTA CONCEPCIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA ILÍCITA EN LA ACTUAL CODIFICACIÓN PROCESAL.

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

Cuando surge la vocación y la voluntad gubernativa de sustituir una determinada codificación, existen varias alternativas para seleccionar dentro del proceso legislativo que se inicia, y entre esas varias posibilidades se encuentra la de hacer una elaboración normativa de conformidad con los antecedentes históricos de nuestras propias leyes, introduciendo modificaciones que busquen la superación de los problemas que originan la necesidad del cambio; la de copiar legislaciones extranjeras, sin beneficio de inventario; o la de adecuar realidades legislativas de otros países, buscando que el híbrido se ajuste nuestra realidad social y a nuestra cultura jurídica.

Nos decidimos en nuestro criterio, de manera equivocada por la copia de una legislación extranjera, sin que los responsables de tal decisión tuvieran en cuenta la sabiduría de la frase de Gaitán cuando criticando esta vieja costumbre nacional nos enseñó: " No es lo mismo legislar para la rubia parsimonia de los nórdicos de Europa, que para el exaltado apasionamiento de los hijos del trópico ". Y es que si bien nos apropiamos del código procesal de Puerto Rico, en realidad de verdad nos introducimos en el sistema procesal norteamericano, permeado con la cultura jurídica anglosajona, y con su particular sistema del " Common Law ".

" Debemos a la teoría del " Common Law ", nos dirá Esser además del ensanchamiento de horizontes que supone el habernos liberado del monopolio del poder legislativo

político, el desarrollo de una " escuela analítica " sociológica de la jurisprudencia, que ha aplicado con todo rigor el programa de una " de la creación judicial y que, por encima de esto, considera de modo general al derecho no como una continuidad estática, sino, desde el punto de vista de la profesión judicial como algo que se encuentra siempre " in statu nascendi ", estudiándolo, pues, tal como " opera ".

Para la concepción anglosajona del Derecho, apunta Puig Brutau, el " statute ", o la ley ha de interpretarse de manera restrictiva, como si fuera un privilegio, porque lo que constituye propiamente el derecho, ius o law, es el Derecho común formado por las declaraciones de los tribunales…." A este respecto nos dice más recientemente, y siguiendo esta línea argumental, De La Vega Benayas , que " el Common Law ", Derecho común estricto) no es un derecho consuetudinario, sino un Derecho formado y " formulado " judicialmente a lo largo de la historia y plasmado en un extenso conglomerado de resoluciones judiciales de casos concretos, de los cuales extraen los jueces, por vía del mecanismo jurídico del " precedente " los principios fundamentales que permiten resolver los nuevos litigios y evolucionar el Derecho. La teoría de aplicación en el " Common Law " se basa en el principio " star decisis ", y en la consiguiente sujeción al precedente; es ésta la que ha dado y da continuidad y uniformidad al Derecho judicial inglés. El " Common Law ", será la costumbre manifestada a través de la jurisprudencia de jueces y tribunales"[1]

Con esta decisión política, dejamos atrás, esa rica veta que nos había venido nutriendo jurídicamente, la cultura continental europea y adoptamos una, completamente extraña a nuestras instituciones, imposibles de encajar por más esfuerzos que se realizan porque mientras la una tiene como central la ley, la otra gira alrededor de las decisiones judiciales.

Queriendo olvidar la necesaria armonía o congruencia entre el contenido de las normas, y la cultura de la Nación, el sistema procesal acusatorio, en el humor negro de nuestro pueblo se convirtió en: " El sistema procesal aplazatorio ", porque una es la cultura a nivel de valores cívicos, y la disciplina del cumplimiento de los nórdicos de Europa, y otras bien diferentes, las que ejercen su soberanía sobre nosotros.

1 La Jurisprudencia. ¿ Fuente de Derecho ?, Félix M. Calvo Vidal, Págs. 93 y 94, E. Lex Nova, Valladolid, 1992.

Cámbianos nuestra fórmula ancestral según la cual no puede dictarse sentencia condenatoria: "…..sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado "; por una desconocida y ambigua expresión según la cual no se puede dictar sentencia condenatoria sin que exista el: " convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable "; canjeamos nuestra vieja fórmula interpretativa de las pruebas, según la cual, " las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica ", para adoptar una serie de criterios precisos para cada prueba, pero omitiendo señalarlos para la inspección y para la prueba de referencia; olvidamos reglamentar la prueba indiciaria, como si la misma no existiese, desconociendo la inmensa trascendencia que ella tiene, pero a pesar de ello seguir utilizándola como medio de prueba no reglamentada; y seguimos con un mediocre proceso en el que se sigue probando con el endeble y cuestionable testimonio.

Finalmente trocamos toda nuestra reflexión histórica sobre las nulidades, para casarnos con una expresión extraña a nuestra tradición jurídica introducida como ***"cláusula de exclusión"*** , fórmula gramatical equivocada en nuestro criterio, porque el legislador ha debido seguir el modelo constitucionalmente trazado en relación con la prueba ilícita, cuando acuñó la expresión representativa de la inexistencia jurídica al establecer que: ***" Es nula de pleno derecho,……."***.

Se trata de un sistema procesal que pese a estar rigiendo hace más de doce años, no ha mostrado sus virtudes, ni sus logros; hace escasos meses que el Fiscal General, confesó ante el pueblo colombiano que el sistema estaba colapsado y que cada bienio las existencias procesales aumentaban en un 10 %, sin que existieran expectativas de solución; para esa carga que año tras año se amontona en los anaqueles judiciales, creando incertidumbre, desesperanza e incredulidad entre los ciudadanos, porque no existen expectativas de solución para las personas en ellos involucradas, porque no existe opción temporal para que los mismos pudieran ser resueltos, antes que el inexorable reloj que marca el tiempo, determine la prescripción de los mismos.

LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.

Es una expresión ajena a nuestra cultura, porque se trata de una creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, derivada de sus ancestros anglosajones, que surge como una necesidad de los parámetros establecidos en las Cuarta, Quinta, Sexta y Décimo Cuarta Enmiendas a la Constitución de ese país en las que se dispone:

“ ENMIENDA CUARTA.

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

“ ENMIENDA QUINTA

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización. (Lo destacado no lo es en el texto).

“ ENMIENDA SEXTA.

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público, por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda. (Lo destacado no lo es en el texto).

ENMIENDA DÉCIMO CUARTA. (julio 9, 1868)

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. *ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.*
..... ”.

Como consecuencia de tales innovaciones constitucionales, los crímenes en el país del Norte, deben ser resueltos por medio de un jurado, que hoy debe estar integrado por doce ciudadanos, porque el juez en su sentencia se debe limitar a desarrollar el veredicto emitido por este conjunto de personas.

En tales circunstancias procesales, el juez, actúa como un árbitro cuidando que las formas propias y el debido proceso sean respetados, y en materia probatoria, frente a unos ciudadanos que de manera general carecen de cualquier formación jurídica, debe controlar que la prueba esgrimida por la acusación y la defensa se ajuste a la legalidad que rige el adelantamiento del juicio, y cuando advierta la existencia de una prueba ilegal o ilícita, está en el deber de informarle al jurado que se trata de una prueba que contraviene el ordenamiento legal y consecuencialmente no la deben tener en cuenta para emitir el respectivo veredicto, es decir, les solicita que excluyan en su decisión esa prueba ilegal.

La cláusula de exclusión (*exclusionary rule*) al decir del procesalista argentino Edmundo S. Hendler se remonta a un juicio fallado por la Suprema Corte Federal en 1914, (Weeks v. United Estates).[2]

El autor antes citado considera que: *"La filosofía que inspira el principio fue evolucionando también con la jurisprudencia. Concebida originalmente como una regla sobre admisibilidad de pruebas establecidas en función de atribuciones reglamentarias de la Corte Suprema, fue caracterizada posteriormente como una herramienta disuasiva de inconducta policial y, finalmente, como encaminada a la preservación de la integridad de los procesos judiciales.*[3]

Con posterioridad a la jurisprudencia citada, se han dictado multitud de sentencias, teniendo como tema central, el de la prueba ilícita, y como es apenas lógico entenderlo, han ido modificando de manera sucesiva y permanente los conceptos anteriormente emitidos, que es lo que normalmente sucede con la jurisprudencia, porque con el cambio de los integrantes de las Cortes, por las modificaciones culturales, sociales y tecnológicos van mutando las realidades sociales y normativas, y ello conlleva de manera necesaria la evolución y modificación de la jurisprudencia.

---

1 Derecho Penal y procesal de los Estados Unidos. Edmundo S. Hendler, pág 200. E. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996. U. S. 383; 34 S. Ct. 341; 58 L. Ed. 652

2 Derecho Penal y procesal de los Estados Unidos. Edmundo S. Hendler, pág 200, 201. E. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

Muchos de éstas variantes jurisprudenciales han surgido de dos claros objetivos, desalentar a los agentes policiales de realizar investigaciones claramente arbitrarias y desconocedoras de la normatividad procesal, principalmente, en cuanto al desconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos; y evitar que muchos crímenes y delincuentes queden en la impunidad como consecuencia de estos desafueros policiales y " tecnicismos jurídicos ", como los denominan, los enemigos del garantismo penal.

Con similar criterio se manifiesta el jurista español Fidalgo Gallardo en su extraordinaria monografía. " Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ ":

"A partir del caso Weeks v. States, decidido en 1914, el más Alto Tribunal estadounidense ha dictado una abigarrada multitud de sentencias, que han ido añadiendo o quitando elementos a la regla, precisando los presupuestos de su aplicación y el ámbito sustantivo al que se al que se extiende, definiendo más agudamente sus perfiles, o reconsiderando los fundamentos y resultados de anteriores decisiones a la luz de las circunstancias sobrevenidas.

…….

Ese carácter no planificado de la formación del Derecho jurisprudencial, que se desarrolla a fuerza de reacciones aisladas frente a supuestos concretos, resalta especialmente en el caso del conjunto de reglas y principios que se cobijan bajo la rúbrica general de la exclusionary rule. Tanto por lo que hace a los fundamentos constitucionales de la regla como a sus perfiles concretos, la improvisación y los vaivenes en el criterio jurisprudencial han sido la seña de identidad de un proceso que fue comparado por el Juez Potter Stewart como la construcción de una montaña rusa con las cabinas ya en marcha, en la que se añaden nuevas piezas a los railes justo a tiempo de evitar la catástrofe, y por tanto con las imperfecciones y las incoherencias provocadas por la prisa. Tanto es así, que ha llegado a afirmarse que el conjunto de reglas jurisprudenciales que configuran la regla de exclusión es un auténtico caos, y que a lo máximo que puede aspirarse actualmente es a intentar al menos que ese caos esté controlado.[4]

4 Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, págs. 50, 51, E. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

La teoría anglosajona del " fruto del árbol venenoso ", son el fundamento para consagrar la cláusula de exclusión en el artículo 23, al determinarse:

"**ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.** *Toda prueba* obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

Esta norma rectora se redacta en concordancia con lo establecido en el último inciso del artículo 29, y hacemos esta afirmación en cuanto a que se trata de una afirmación que no da lugar a excepciones de ninguna naturaleza, porque *"Toda prueba…"* que se obtenga con violación de las garantías fundamentales *"….. será nula de pleno derecho……",* y consecuencialmente deberá ser excluida del proceso.

No debe olvidarse que las normas rectoras tienen un valor superior sobre todas las otras normas que integran la codificación. Con la Superioridad valorativa de las normas constitucionales y de las normas rectoras, es claro que no hay espacio para que el legislador haya querido consagrar excepciones a éste principio de la Carta Política.

La Corte Constitucional declaró exequible éste artículo, mediante sentencia C-591 de 2005, con ponencia de la H. M. Clara Inés Vargas H., pese a que la norma no fue demandada. Efectivamente la ciudadana Stella Blanca Ortega Rodríguez, demandó los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 291, 242, 302, 522 (parciales) y 127, 232, 267, 284, 455, y 470 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. La demanda fue admitida en relación con esas normas, mediante auto del 5 de octubre de 2004.

Las consideraciones que llevaron a la declaratoria de exequibilidad del artículo 23 fueron las siguientes:

"De entrada advierte la Corte, que ***esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.***

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, se ajusta al artículo 29 Superior, razón por la cual lo declarará exequible por el cargo analizado.

En el Capítulo VIII de la demanda, se enuncian como demandados los artículos 232 y 455. En la fundamentación de inconstitucionalidad del artículo 232 demandado, se menciona el artículo 23, para apoyar la argumentación en contra del primer artículo, pero sin que el mismo fuera demandado. En la misma fundamentación se dan los argumentos de inconstitucionalidad del artículo 455, de la siguiente manera:

"En primer lugar el artículo 232 hace referencia a que cuando el registro se encuentre viciado por carecer de algún elemento esencial genera la invalidez de los elementos probatorios que dependan directa y exclusivamente del registro, dando a entender que los elementos probatorios que no dependan directamente, es decir los elementos indirectos, si mantendrán su valor, lo que es inconstitucional porque de acuerdo con el inciso 5 del artículo 29 toda prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho, sin que el constituyente distinga entre la prueba directa y la indirecta. ***Además el artículo 23 que desarrolla la cláusula de exclusión, en primer lugar no hace diferencia, entre directa e indirecta, y en segundo lugar no habla de que ese principio tenga excepciones legales; y no dice ninguna de esas dos cosas sencillamente porque al final del trámite legislativo su contenido se ajustó a la Constitución.***

Por otro lado el artículo 455 debe ser declarado en su totalidad, porque allí se consagran unos criterios para que la prueba ilegal pueda tener valor, cuando, vuelve a repetirse, de acuerdo con el inciso final del artículo 29 no hay excepción a la prueba obtenido con violación al debido proceso, su consecuencia es que es nula de pleno derecho, es decir, inexistente. (Lo destacado no lo es en la demanda).

La decisión de constitucionalidad que finalmente se produce en relación con el artículo 23 es por aplicación de la teoría jurisprudencial de la integración de la unidad normativa, al considerarse:

" De manera reiterada la Corte ha señalado que en el juicio de constitucionalidad la integración de la unidad normativa procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones[67].

En este sentido esta Corporación ha señalado lo siguiente :

"(...) ***la unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado"*** *[68].*

Ahora bien, en el presente caso, es claro que para efectuar el análisis de los cargos planteados en la demanda contra la expresión "directa y exclusivamente" del artículo 232 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 455 ejusdem, resulta indispensable integrar la proposición normativa[69] con los artículos 23 y 457 del nuevo C.P.P., por cuanto para pronunciarse de fondo sobre los contenidos normativos que han sido demandados, es preciso examinar en su conjunto la regulación que trae la nueva normatividad procesal penal sobre la prueba ilícita derivada.

En efecto, un examen aislado de las expresiones y disposición legal demandadas carecería de sentido si no se toman en consideración los mencionados artículos de la Ley 906 de 2004, normas legales referentes a la cláusula de exclusión y a la nulidad por violación a garantías fundamentales."[5] (Lo destacado no lo es en el texto).

Las consideraciones que se formularon para fundamentar la exequibilidad de los artículos 23 y 455, se iniciaron con un análisis de los antecedentes legislativos relativos a la reglamentación de la prueba ilícita, destacándose con particular énfasis que tanto en el trámite de la Cámara, como en el Senado, se había destacado que para aplicar la regla de exclusión debían de considerarse los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable " y los demás que establezca ley ".

De lo anterior se concluye:

" De igual manera, que una prueba se consideraría ilegal si se había aducido o conseguido con violación a las formalidades legales; en tanto que en materia de la prueba derivada de la prueba ilícita se acogieron algunos de los criterios sentados,

5 *Sentencia C-591 del 2005. M. P. Clara Inés Vargas H.*

de tiempo atrás por la Corte Suprema de los Estados Unidos, es decir, el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable. Así mismo, se evidencia que fue la voluntad del legislador aquella de aplicar la regla de exclusión a las pruebas directas como a las derivadas, con fundamento en los criterios anteriormente señalados. (Lo destacado no lo es en el texto).

La demandante como ya se había advertido también demandó la expresión " directa y exclusivamente ", del artículo 232, en el que se establece que si la orden de registro y allanamiento ordenada por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de los requisitos esenciales de validez, esta irregularidad cubre de invalidez la diligencia y los elementos materiales probatorios y evidencia físicas que dependan *"directa y exclusivamente",* del registro o allanamiento[6].

Las expresiones demandadas fueron declaradas contrarias a la Carta con fundamento en las siguientes consideraciones:

" Ahora bien, la expresión legal cuya declaratoria de inexequibilidad se demanda desarrolla un caso específico de aplicación de la regla de exclusión, en materia de registros y allanamientos. En tal sentido el artículo 232 de la Ley 906 de 2004 dispone la invalidez de la diligencia de allanamiento y registro, y en consecuencia los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor y serán excluidos de la actuación, cuando quiera que la orden expedida por el fiscal haya violando alguno de los requisitos esenciales previstos en el Código de Procedimiento Penal, establecidos en la ley.

Es decir, la diligencia de registro y allanamiento deberá practicarse: (i) con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva[82]; (ii) deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o partícipe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con lo que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo[83]; (iii) los

---

6 ARTÍCULO 232. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación<2>.

motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado[84]; (iv) la orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados[85]; (v) existen unos objetos no susceptibles de registro[86]; (vi) la ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento[87]; (vii) la diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la ley[88]; (viii) se debe tener en cuenta la regla particular si se trata de un allanamiento especial[89]; (ix) procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley[90]; (x) se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan, de la cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan[91].

De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

Pero, la disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera directa y exclusiva de ella carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro y allanamiento. ***En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente.***

Obsérvese que la razón de la inconstitucionalidad declarada es que si la la diligencia en su ordenación no reúne los requisitos esenciales de validez, esta irregularidad mancha de ilicitud toda la prueba o evidencia física que se encontrare en la realización de la diligencia.

Demandado como fue el artículo 455, por considerar la demandante que la disposición

constitucional contenida en el artículo 29 no admite excepciones, para que la prueba ilícita cualquiera sea su naturaleza pueda ser validada en cuanto a las pruebas que de ella se puedan derivar.

La Corte declaró la norma ajustada a la Carta con las siguientes consideraciones:

" Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable "y las demás que establezca la ley", para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible[92] atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso[93]; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito [94];

Sobre el particular esta Corporación en sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa[95], examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:

" Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. ***Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.*** *Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original" (negrillas agregadas).*

En relación con la temática del vínculo atenuado, es importante destacar que quiérase o no se quiera, el mismo nombre de la teoría jurisprudencial, y su enunciado normativo entre nosotros, está aceptando que existe un vínculo entre la prueba ilícita original y la derivada y si existe ese vínculo causal entre la ilicitud y la prueba derivada al tenor del artículo 29 de la Carta, es una prueba que vulnera el debido proceso constitucional y a la que consecuentemente se le debe aplicar la cláusula de exclusión.

No podemos entender el criterio de nuestro Juez Constitucional, que declara la contrariedad constitucional de la expresión ***" directa y exclusivamente"*** del artículo 232, según la cual, las pruebas indirectas y no exclusivas del registro y allanamiento no se podrían tener en cuenta por ilícitas, es declarada contraria a la Constitución, es decir, se termina aceptando que las pruebas indirectas y las no exclusivas del allanamiento, se consideran contrarias a la Constitución; criterio que se modifica al declararse la exequibilidad del artículo 455, al determinarse que los criterios

de modulación de la prueba ilícita derivada y de manera concreta la del vínculo atenuado, si son compatibles con la Carta. Y frente a consideraciones contradictorias en nuestro criterio, no podemos menos que preguntarnos qué diferencia hay entre una prueba indirectamente proveniente de una actividad ilícita y una derivada con vínculo atenuado. Qué reglas de medición ?, qué criterios de diferenciación para que en un caso el juez califique una prueba como derivada indirectamente y le aplique la cláusula de exclusión y al mismo tiempo admita como prueba lícita y con capacidad probatoria, aquella derivada de actividad ilícita pero con vínculo atenuado ?. Y lo más grave de éste grave problema jurisprudencial es que las dos decisiones hacen parte de una misma sentencia.

Esa Corporación ha admitido que estos criterios de modulación de la cláusula de exclusión son verdaderas excepciones a la misma. Así se lo consideró:

"En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada.[7]

En relación con el artículo 457 de la Ley 906, que establece antitécnicamente como causal de nulidad la violación del derecho a la defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, y es antitécnica porque el derecho a la defensa hace parte del debido proceso y hubiera bastado la mención de éste último, de la misma manera que es pleonástica la expresión " en aspectos sustanciales ", porque si se está hablando de la violación del debido proceso ésta, siempre será en aspectos sustanciales.

---

7 Sentencia SU-159 del 6 de marzo del 2002. M. P. Manuel J. Cepeda E.

En el segundo inciso se consagra una oración gramatical inintelegible, porque se establece que los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento. Es inintelegible, porque es evidente que el juicio oral no puede iniciarse mientras existan recursos de apelación en materia probatoria.

Esta expresión gramatical inintelegible, fue aprovechada por nuestro juez constitucional para declarar condicionalmetne exequible la expresión: "...salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento", justificando la decisión con la siguiente consideración: " … en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, *y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial* y se enviará a otro juez distinto ".

Es una expresión equívoca, porque podría entenderse, que solo se podrá hablar de prueba ilícita, cuando la misma haya sido obtenida a través de la consumación de esos actos delictivos, cuando sabemos bien que en la realidad no es así, y tal expresión errónea, deriva de las consideraciones que se hicieron en la sentencia SU-159 de 2002 con ponencia del H. M. Manuel J. Cepeda E., donde se pretende hacer una artificiosa clasificación entre pruebas inconstitucionales y las ilícitas.[8]

Es claro que si del debido proceso hace parte el cumplimiento imperativo de las formas propias del juicio, la prueba que se practique o allegue sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de validez será no solo prueba ilícita, sino prueba inconstitucional; de la misma manera, que cuando en su práctica se vulneran derechos fundamentales de los sujetos procesales, igualmente estaremos en presencia de una prueba ilícita y consecuencialmente en prueba inconstitucional.

Se incurre en nuestro criterio en un grave error interpretativo por nuestro juez constitucional porque olvida uno de los principios o reglas que deben ser tenidos en cuenta en la declaratoria de las nulidades, y no es otro que la nulidad es mecanismo de naturaleza residual o mecanismo de excepción, según el cual la nulidad es el último recurso al que debe acudir el juez para tratar de resolver la problemática

8 Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado[39]. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.[40]

surgida de una actuación irritual, y la nulidad solo debe cubrir el menor espacio procesal posible, solo el que sea necesario para corregir la irregularidad que provoca la declaratoria de la nulidad.

Dada la trascendencia política de este principio, si existen soluciones diversas a la nulidad, a ellas debe acudirse; o en otros casos si la irregularidad solo afecta a uno de los procesados (solo respecto a él se vulneró el derecho a la defensa; o solo en relación con un delito se incurrió en la irregularidad (la formulación de los cargos respecto del mismo es anfibológica); la nulidad debe ser decretada de manera parcial, solo en relación con ese procesado o con ese delito. Si la irregularidad solo afecta a un medio probatorio, se declarará la nulidad del mismo, o mejor, se le aplicará la cláusula de exclusión; si solo afecta una parte del proceso, se delimitará que la nulidad comprende de tal parte del proceso, a tal otra parte.

El error que se critica deriva de una u otra forma de las consideraciones de la Sentencia SU-159 de 2002, en la que se afirma que si la prueba deriva de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, se debe producir la nulidad total del proceso. Sin embargo, en la misma sentencia se atenúa la afirmación anterior al sostenerse:

" La Corte constata que en varias sentencias, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no todo desconocimiento de las formalidades que establece el legislador para el decreto y la práctica de una determinada prueba, hace necesaria su exclusión. Para la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de irregularidades menores, que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no resulta imperativa su exclusión.[9] También ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que en el evento en que una prueba viciada deba ser excluida del proceso, ello no supone necesariamente la nulidad de todo lo actuado, pues sólo cuando se trata de una prueba esencial, cuya incidencia dentro del proceso o en la decisión sea tal que sin ella no se hubiera llegado a la sentencia condenatoria, procede la anulación de todo lo actuado.[10]

---

9 Ver, por ejemplo, el PROCESO No. 10373, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Carlos E. Mejía Escobar, Aprobado Acta No. 195, 16 de diciembre de 1998. En este fallo, los impugnantes cuestionan la legalidad de testimonios solicitados por la defensa y practicados sin la presencia de su defensor. La Corte encontró que tal irregularidad no incidía en la estructura del proceso, ni en su resultado (la sentencia), ni afectaba el derecho a la defensa, pues los funcionarios judiciales encargados de recepcionar los testimonios tuvieron en cuenta que se trataba de una prueba solicitada por la defensa con el fin de demostrar el lugar en el que se encontraban los procesados, por lo que no se imponía su exclusión del acervo probatorio al no desconocer el derecho a la defensa. Según la doctrina seguida por la Corte Suprema, si se presenta un vicio sustancial en la práctica de la prueba, la prueba afectada debe ser excluida del acervo probatorio, pero ello no implica necesariamente la anulación de todo lo actuado. Adicionalmente cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia ha recogido en varios de sus fallos la tesis de la inexistencia de las pruebas ilícitas. Ver por ejemplo,

PROCESO Nº 13545, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Carlos E. Mejía Escobar, Aprobado Acta No. 02, 18 de enero de 2001. La recurrente alega que las pruebas (la confesión de la autora intelectual y los testimonios grabados de los autores materiales de un homicidio), en las cuales se comprometía a la actora como autora intelectual del homicidio, fueron obtenidos sin la presencia del defensor de ésta y por ello fueron consideradas como pruebas ilegales y excluidas del proceso. Sin embargo, a juicio de la impugnante, tales declaraciones ilegales a pesar de haber sido excluidas, se tuvieron en cuenta como indicios de su responsabilidad. La Sala rechazó el cargo por considerar que tales pruebas habían sido declaradas inexistentes y correctamente excluidas del acervo y que la responsabilidad de la actora surgía de otras pruebas válidamente aportadas al proceso. En relación con la existencia de pruebas nulas dentro del proceso, dijo la Sala lo siguiente: "El señalamiento del censor en punto a la expresión 'Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso' no puede adoptarse en su tenor literal, pues el instituto de las nulidades no opera de pleno derecho, sino en la medida en que opere el respectivo juicio de valor, lo que no ocurre en tratándose de los juicios de existencia de las pruebas, donde aquella que no reúne los presupuestos de formación para nacer a la vida jurídica, simplemente no existe. (...) Importa sin embargo destacar que es deber del juzgador, al momento de evaluar el recaudo probatorio, apreciarlo en su totalidad para esclarecer así lo que es objeto de su conocimiento, pero igualmente puede desestimar en su mérito probatorio aquello que no le brinde la certeza de lo que pretende probar. (...)"

En la sentencia de constitucionalidad que se analiza se hacen individualizaciones referidas a algunos de los hechos delictivos más graves que se cometen, en muchas ocasiones, con el propósito de obtener pruebas para ser utilizadas en un proceso:

"Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.[11]

Y la verdad es que en materia de nulidades no se pueden dar soluciones o reglas de carácter general, sino que se debe dejar al juez en libertad, para que de acuerdo al acerbo probatorio de cada proceso, de conformidad con la gravedad de la irregularidad cometida, o de los derechos fundamentales vulnerados, determine de conformidad con su sano criterio, las consecuencias y alcances de la nulidad, que precise la intensidad de las consecuencias procesales ocasionadas por la ilicitud, haga claridad si la decisión cubre únicamente la prueba ilegal, una parte o la totalidad del proceso. Finalmente se dan las razones de constitucionalidad del artículo 455, pero con argumentos elusivos, porque no se enfrenta el argumento fundamental de la demanda, y es que la redacción gramatical del último inciso del artículo 29 de la Carta, no admite excepciones y que los criterios jurisprudenciales de los tribunales norteamericanos para atenuar los efectos negativos de la cláusula de exclusión son verdaderas excepciones a tal principio constitucional. En tal sentido se consideró:

10 Ver por ejemplo, PROCESO Nº 12231, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Fernando E. Arboleda Ripoll, Aprobado Acta No.103, 16 de junio de 2000. En este fallo, los impugnantes cuestionan la legalidad de un reconocimiento en fila de personas practicado sin que los acusados fueran asistidos por un defensor de oficio y en consecuencia solicitan la anulación de todo lo actuado. En esa oportunidad sostuvo la Sala que cuando tal vicio de legalidad se produce "la solución para esos casos no consiste en la anulación de lo actuado (...), sino en la exclusión de la prueba al momento de fallar, oportunidad en la que se establece el cumplimiento de las formalidades previstas para la aducción del medio en relación con el que se predica el yerro, respecto de lo cual suficiente y difundida ha sido la jurisprudencia de esta Corte".

11 Sentencia C-591 del 2005. M. P. Clara Inés Vargas H.

"Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto[12]."

Las diferentes jurisprudencias que ha ido creando la Corte Suprema de los EE.UU. a partir de aquella inicial decisión de 1914, en relación con la prueba ilícita y la cláusula de su exclusión, como ya lo habíamos dicho con anterioridad, ha ido evolucionado en los más diversos sentidos, en algunas ocasiones se ha sostenido la tesis absoluta de aplicación de la cláusula de exclusión de cualquier prueba practicada irregularmente, en contravía de las previsiones constitucionales o legales, pero en otras ocasiones, ha flexibilizado el concepto, para admitir la validez y por tanto la no exclusión de pruebas ilícitas y el caso más claro es la de la jurisprudencia de la buena fe, según la cual, si se realiza un allanamiento por ejemplo de manera irregular, pero el policial que lo realiza está convencido que actúa correctamente la prueba no será excluida por ilicitud.

Hay una profunda diferenciación entre la tesis normativa acogida en nuestra Carta Política, y el contenido de la jurisprudencia norteamericana, porque mientras en nuestro concepto constitucional se califica de nula de pleno derecho la prueba practicada en contravía de los postulados del debido proceso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE. UU., ha derivado de una tesis de rechazo total a la prueba ilícita, a otra, más flexible, que ha estado orientada a hacer pedagogía policiva, para evitar que en el futuro sigan cometiendo arbitrariedades en la persecución delictiva.

La ley, como norma subalterna de la Carta Política[13], no puede establecer excepciones a un tema consagrado en la Constitución, respecto al cual no se consagraron excepciones. Es decir, el rechazo del Constituyente a la prueba es de carácter absoluto

12 Sentencia C-591 del 2005. M. P. Clara Inés Vargas H..

13 ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

y no hay lugar a otra interpretación frente al claro mandato gramatical de rechazo a cualquier forma o expresión de la prueba ilícita:

" Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.".

Cuál ?, toda la prueba que haya sido ordenada, practicada o allegada con violación de la preceptiva constitucional o legal, y esto comprende la irritualmente practicada, de la misma manera, que la que se realiza con vulneración de uno cualquiera de los derechos fundamentales de una persona.

La expresión por tanto comprende tanto la prueba en sí misma ilícitamente practicada, como la derivada de ésta, es decir el concepto que traduce en el aforismo anglosajón, del fruto del árbol venenoso.

Esta expresión gramatical no consagra, ni admite excepciones al mandato allí establecido, y si ello es así, es claro que la ley, como norma subordinada no podría crear excepciones que el Constituyente no consagró.

El imperativo mandato constitucional es obedecido y comprendido por el legislador en la norma rectora consagrada en el artículo 23, al consagrarse la cláusula de exclusión:

"Toda prueba *obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.*

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

Esta norma de mayor valor prevalente[14], que las otras que componen la legislación es igualmente desconocida con el contenido del artículo 455, puesto que allí se consagran excepciones al principio constitucional que se estudia.

Las razones de constitucionalidad que se dieron para declarar el artículo 455 como acorde con la Carta Política fueron los siguientes:

14 ARTÍCULO 26. PREVALENCIA. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.

“ Finalmente, la demandante acusa el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que se encuentra ubicado en el Capítulo III “Práctica de la prueba”, Título VI “Ineficacia delos actos procesales”, y regula el tema de la nulidad derivada de la prueba ilícita, señalando que para los efectos del artículo 23, es decir, para la aplicación de la cláusula de exclusión allí consagrada respecto de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, se deben considerar los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y los demás que establezca la ley”.

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y las demás que establezca la ley”, para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible[92] atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso[93]; y (v) el

descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito[94]; Sobre el particular esta Corporación en sentencia SU- 159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa[95], examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:

" Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenua el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. ***Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados****. Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original"* (negrillas agregadas).

En este orden de ideas, si durante la práctica de una diligencia de allanamiento y registro se encuentran elementos probatorios y evidencia física, que no guardan relación alguna con la investigación que se adelanta ni con el objeto de la diligencia, el fiscal deberá relacionarlos y ponerlos a órdenes de la autoridad competente para efectos de abrir unas nuevas diligencias judiciales, ya que no constituyen prueba alguna de responsabilidad del indiciado o imputado.

Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto,

lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.[15]

La teoría anglosajona del fruto del árbol envenenado (fruit of the poison oustree doctrine), es una concepción garantista sobre el contenido y alcance de la prueba ilícita, porque se considera como tal, no solo la prueba originaria, por haberse obtenido con violación de derechos fundamentales del ciudadano, por haber sido lograda en contravención del principio constitucional imperativo del respeto a las formas propias de cada juicio, sino que comprende igualmente a las que de ella se deriven. Sería el caso concreto del allanamiento realizado por la policía judicial, pero sin haber estado previamente ordenada por el fiscal o por el juez de garantías, cuya irritualidad cubre con el manto de la ilegalidad, todas las evidencias y medios de prueba que se encuentren en la realización de dicho allanamiento.

Recurramos a la doctrina para que nos proporcione una idea clara y precisa en relación con la doctrina de los frutos del árbol envenenado:

"Bajo la denominación de doctrina del fruto del árbol envenenado (fruit of thepoisonoustree doctrine), se recoge el cuerpo de reglas jurisprudenciales según las cuales los materiales probatorios obtenidos lícitamente pero como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidos previamente en violación de los derechos constitucionales del acusado, están igualmente viciados y deben ser también inadmitidos en la fase decisoria del proceso penal.

La doctrina del fruto del árbol envenenado descansa por tanto sobre un argumento relacional; para considerar una determinada prueba como fruto de un árbol envenenado hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuándo la ilegalidad primera es condición sine qua non y motor de la obtención posterior de las pruebas derivadas, que no se hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria.[16]

---

15 Sentencia C-591 del 2005. M. P. Clara Inés Vargas H.

16 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 434, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

Es importante destacar el concepto del autor citado, que con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano sostiene que la prueba excluida no es solamente la de carácter material, sino cualquier otro medio de prueba que se pueda obtener por medio de la actividad ilícita. En tal sentido sostiene:

"Con respecto a los tipos de materiales probatorios que pueden ser considerados frutos de un árbol envenenado, la Corte Suprema ha precisado que los frutos de un árbol envenenado no son únicamente las pruebas de tipo material – objetos tangibles, sino también las de tipo lógico o intelectual – declaraciones, información, etcétera – que permiten seguir líneas de investigación que conduzcan a nuevas pruebas. Un ejemplo ilustrativo de este principio es Wong Sun v. Unite Status, donde la Policía irrumpió en un domicilio particular sin autorización judicial, efectuando un registro por tanto inconstitucional, del que resultó, no sólo la confiscación de pruebas materiales y el arresto de un sospechoso, sino la obtención de declaraciones incriminatorias que permitieron seguir líneas de investigación adicionales. La Corte en Wong Sun aplicó la doctrina del árbol envenenado excluyó las declaraciones, pues " unas pruebas verbales que derivan tan inmediatamente de una entrada ilegal en un domicilio y de un arresto ilegal son tan " fruto " de la ilegalidad cometida por la Policía, como los ordinarios frutos tangibles de la intrusión sin autorización judicial. En la misma línea, en el caso Brown v. Illinois, una confesión incriminatoria fue invalidada por derivar de un arresto ilegal originario.[17]

La evolución jurisprudencial norteamericana arranca a partir de la sentencia ya destacada de 1914, y la tesis inicial de la cláusula de exclusión ha ido derivando, cada vez más, a la búsqueda de teorías que permitan la utilización de la prueba ilícita como fundamento de condena de los delincuentes, por ello, lo que se ha denominado como criterios moderadores de la teoría de la cláusula de exclusión, constituyen en su mayoría en verdaderas excepciones a la misma.

Entre nosotros esos criterios moderadores, constituyen verdaderas excepciones al principio constitucional de la inexistencia jurídica de la prueba ilícita, en la declaratoria de las nulidades derivadas de la prueba obtenida en contravía de la normatividad, son los siguientes en la legislación procesal colombiana:

17 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 436, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

A) El vínculo atenuado;

B) La fuente independiente; y

C) El descubrimiento inevitable.

El vínculo atenuado, (attenuated connection principle), la fuente independiente (independent source doctrine) y el descubrimiento inevitable (inevitable discovery rule) constituyen verdaderas excepciones a la doctrina del árbol envenenado (fruit of the poison oustree doctrine), porque finalmente la prueba manchada por la ilicitud va a ser tenida en cuenta, va a ser valorada y va a ser fundamento de la sentencia final.

Lo que se pretende con estos criterios de atenuación o de moderación de la teoría que se analiza es evitar que algunos hechos delictivos pudieran llegar a quedar en la impunidad, o que sirvan como criterios disuasivos para que la fuerza policial desista de realizar investigaciones con fundamento en la arbitrariedad y el desconocimiento de los principios constitucionales, pues es bien conocido de todos la manifiesta tendencia de todas las policías del mundo, de investigar con fundamento en la arbitrariedad, el capricho o la corrupción de sus miembros.

A) El vínculo atenuado (attenuated connection doctrine).

Para que se pueda dar aplicación a la teoría del fruto del árbol envenenado, es indispensable que exista una clara relación entre la actividad ilegal y la prueba, debe presentarse una relación causa efecto entre la actividad ilícita y la prueba derivada de la misma. En el caso de la conexión atenuada, se da o se presenta cuando la actividad ilegalmente realizada no alcanza a viciar la prueba derivada de la misma. Lo anterior dentro del criterio jurisprudencial norteamericano.

Se hace la anterior precisión, porque en nuestro criterio, partiendo del principio constitucional que fundamenta nuestra reflexión, desde que exista una relación entre una actividad delictiva o la práctica irritual con la prueba, ésta queda manchada por la ilicitud y partiendo del concepto constitucional, debe ser declarada nula, de nulidad absoluta. Si se habla de " vínculo ", es porque de manera necesaria existe una relación de causa-efecto entre la prueba ilícita inicial y la derivada.

Al decir del profesor Oscar Julián Guerrero Peralta:

" La determinación de cuándo se entenderá que la conexión ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional sea sin

embargo admisible, se realizará caso por caso por los Tribunales. En un intento por concretar estos vagos parámetros, la doctrina ha deducido de los pronunciamientos jurisprudenciales los factores cuya concurrencia puede coadyuvar a esa determinación, sin que la mera presencia de uno de ellos pueda provocar por sí mismo que la mancha resulte purgada:

Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: Cuanto más tiempo haya transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas, más posible es que los Tribunales estimen que la " mancha " ha quedado suficientemente atenuada como para que no se justifique la aplicación de la regla de exclusión.

Acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: Este factor de atenuación hace referencia, por decirlo así, a la " longitud " de la cadena de causas y efectos. Cuantos más acontecimientos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad primera y la prueba derivada, más probable será que el Tribunal considere que el fruto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta al árbol del cual proviene.

Gravedad de la violación originaria. Cuanto más grave y flagrante sea la violación de derechos que está en el origen de la posterior obtención de las pruebas derivadas, más difícil será que los Tribunales acepten la admisibilidad de éstas. Parafraseando la metáfora de la Corte, cuanto más envenenado esté el árbol, más difícil será que los frutos estén sanos.

Naturaleza de la prueba derivada: La naturaleza de la prueba derivada también puede influir en la eventual disipación de la mancha de ilegalidad primera. Concretamente, en United Status v. Ceccolini, la Corte Suprema mantuvo que sería más fácil entender atenuada la mancha originaria cuando la prueba derivada son confesiones del sospechoso que cuando son pruebas materiales, dado que en la obtención de confesiones con todas las garantías hay un trascendental elemento de voluntariedad. Argumentación que tiene un evidente nexo de unión con la realizada al hilo del factor de la gravedad de la violación originaria.[18]

18 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 441 y ss, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

Lo grave de ésta doctrina es que no existe un parámetro que de manera más o menos certera nos diga, cuál es el límite que indique o señale a partir de qué momento el vínculo ya no es tan atenuado para poder aplicarle la cláusula de exclusión, y cuando es atenuado, para poder valorarla y utilizarla como fundamento de una sentencia de condena. Se trata de decisiones eminentemente criteriológicas y valorativas, donde cualquiera que sea lo decidido habrá un fundamento dialéctico para defenderlo y hacerlo válido, puerta que abre sus naves, para que el juez decida finalmente como quiera, incluso mediante la utilización del capricho, la arbitrariedad o la corrupción.

Estamos en presencia de un criterio eminentemente valorativo, que mucho daño le ocasionará a la justicia colombiana y a los jueces de la Patria.

No olvidemos la disposición constitucional que determina que todo cargo público debe tener claramente detalladas sus funciones en la Ley o el Reglamento[19], norma comprensible en un Estado de Derecho, en el cual la autoridad deviene directamente de la Ley y el funcionario debe guiar su conducta dentro de las autorizaciones y las estrictas prohibiciones consagradas en la norma, porque si el servidor público actuase guiado únicamente por su propio criterio y sus decisiones estuviese orientadas por su libre arbitrio, es obvio que la estructura del Estado de Derecho estaría desapareciendo.

Es lo que sucede con el criterio de precisión del vínculo atenuado, para efectos de determinar si la prueba derivada de la ilícita está muy contaminada con la ilicitud originaria o sólo muy poco afectada con la misma. No existen reglas que delimiten la voluntad del juez, quien finalmente tomará la decisión probatoria que quiera, con fundamento en su libre arbitrio.

B) La fuente independiente. (Independent source doctrine)

Aunque aparentemente las pruebas derivadas se originan de una actividad ilegal, derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial, o del funcionario judicial se encuentras ajustadas a todas las formalidades normativas y den tales circunstancias es obvio que no es aplicable la doctrina del árbol envenenado.

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

Es claro que en este caso no se trata de una excepción a la doctrina mencionada, porque se está en presencia de un caso en que la prueba no es la consecuencia de una ilegalidad, es decir no es el fruto del árbol venenoso.

Fidalgo Gallardo en relación con este criterio de moderación de la doctrina anglosajona sostiene:

"Si efectivamente no hay entre la ilegalidad originaria y la prueba cuya obtención se pretende relacionar con esa ilegalidad, no tiene sentido extender la exclusión a pruebas obtenidas observando todas las garantías constitucionales. Pero la doctrina de la fuente independiente no es un principio que sirva únicamente no desmontar argumentaciones peregrinas e infundadas de la defensa. Por el contrario, suele invocarse en supuestos en los que la prueba en cuestión fue obtenida en base en supuestos en los que la prueba en cuestión fue obtenida en base a dos fuentes, de las cuales una estaba viciada y la otra no. En estos supuestos, aunque la fuente ilegal hubiese obligado por su parte a excluir la prueba derivada, si la obtención de la misma prueba también se realizó a partir de otra fuente adornada de todos los requisitos constitucionales no procederá aplicar la doctrina del fruto del árbol envenenado. En palabras de SilverthorneLumber Co. V. UnitedStates, los datos que hayan podido ser probados como cualesquiera otros.[20]

C) El descubrimiento inevitable. (Inevitable discovery exception)

Este otro criterio moderador de la doctrina del fruto del árbol envenenado se da, cuando a pesar de haberse presentado una actuación ilegal, igualmente surja evidente, que pese a esa actividad ilegal, de todas maneras el hecho, conducta o circunstancia probada ilegalmente, hubiera podido ser demostrada por medios legales, caso en el cual la prueba derivada sería admisible.

Se abandona el campo de las realidades probatorias que es el único que puede caber en el ámbito del proceso penal, para ingresar en el campo de las predicciones futurísticas, que es lógico imaginarlo, abre el campo a todo tipo de hipótesis, ninguna de las cuáles podrá ser probada, y que por tanto permitirá al juez formular las hipótesis más atrevidas bien sea porque quiera condenar, o porque quiera absolver y en éstos

20 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 439, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

casos es obvio, que no es el Estado y la ley quienes resuelven definitivamente el proceso, sino el criterio eminentemente subjetivo del juez, y su decisión finalmente dependería de su mayor o menor capacidad de predecir el futuro, - capacidad que nadie tiene -, que abre también el campo al capricho, de unos, a la arbitrariedad de otros, o a la corrupción de otros más, porque en el mejor de los casos, es el criterio ilimitado del juez, el que campeará en éste tipo de decisiones, porque no existen límites de ninguna naturaleza para marcarle límites, ni señalarle parámetros.

El autor antes citado en relación con este criterio nos enseña:

" Esta llamada excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery exception) fue asumida por la Corte Suprema en 1984 en el caso Nixv.Williams, aunque los Tribunales inferiores en jerarquía habían venido aplicándola rutinariamente la regla de tiempo antes.

A esta precisión de la fruit of the poison oustree doctrine también se le denomina en ocasiones la doctrina de la fuente independiente hipotética (hypothetical independent source doctrine), pues efectivamente, esta doctrina necesariamente implica la aceptación de una hipótesis, diferente en su clase con respecto a la aceptación de hechos que motiva la aplicación de la regla de la fuente independiente. Suele aplicarse cuando la conducta policial violatoria de los derechos constitucionales tuvo lugar " en el curso de una investigación en marcha que tuvo como resultado el descubrimiento de pruebas que hubiesen sido posteriormente obtenidas de todos modos mediante actuaciones policiales rutinarias.

Las ilegalidades en tales casos, por tanto, simplemente tuvieron el efecto de acelerar el descubrimiento.

Corresponde a la acusación probar la conjetura de que los materiales probatorios obtenidos de forma derivada hubiesen acabado siendo descubiertos inevitablemente por medios lícitos, por el estándar de la preponderancia de las pruebas.[21]

La aplicación de éste criterio moderador, para efectos de admitir la prueba ilícita conlleva de manera necesaria, que se hagan inferencias sobre lo que hubiera podido

21 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 443, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

ocurrir desde el punto de vista investigativo, si como consecuencia de la arbitrariedad policial, no se hubiera descubierto el hecho, la autoría o la responsabilidad, con fundamento en claras pruebas ilícitas. Es obvio que esas inferencias futuristas nunca van a poder ser demostradas, porque con la prueba ilícita obtenida se demuestra la responsabilidad penal del procesado y con ello acaba la investigación y el proceso.

Nos parece que la admisión particularmente de éste criterio de moderación para valorar la prueba ilícita, constituye un verdadero peligro para la vulneración no solo del debido proceso, sino del desconocimiento de la estructuras fundamentales que dan bases de sustentación al Estado de Derecho, porque es incentivar la imaginación de los jueces, para que en determinados casos de prueba precaria echen mano de la prueba ilícitamente producida y se de cómo argumento de responsabilidad, que de haberse continuado con la investigación por los canales indicados por el debido proceso constitucional, de todas maneras se habría llegado al mismo objetivo: el descubrimiento de la verdad

Es importante señalar algunas hipótesis sobre la prueba ilícita derivada, como referencias ejemplificativas del fenómeno estudiado:

A) Una unidad investigativa del C.T.I. realiza una interceptación telefónica a una serie de abonados telefónicos presuntamente vinculados en una organización delictiva dedicada al narcotráfico. La interceptación se realiza sin orden judicial escrita previa a la realización de la misma. Al ser sometido a interrogatorio el imputado se le ponen de presente las grabaciones y al sentirse descubierto confiesa e involucra a todos los miembros de la organización.

La confesión se convierte en una prueba ilícita derivada, porque es indiscutible la relación causal entre la interceptación ilícita y la confesión, porque es perfectamente claro que si el imputado se da cuenta que no existen pruebas contra él, ni contra miembros de la organización habría negado su participación en los hechos delictivos investigados.

B) Miembros de la policía judicial realizan el allanamiento de un domicilio en un inmueble rural, sin que exista orden judicial escrita que hubiera ordenado tal diligencia. En la misma encuentran armas de uso privativo de las FF. AA sin salvoconducto y propaganda alusiva a un movimiento levantado en armas. Sometidos a interrogatorio los miembros de esa familia, confiesan pertenecer a un moviendo subversivo.

La confesión de estas personas se constituye en una prueba ilícita derivada, porque es evidente su relación de causa a efecto, porque la confesión deriva como una

consecuencia de saberse sorprendidos de su actividad por las evidencias encontradas en su domicilio.

C) Miembros de la policía judicial de la policía Nacional, someten a " versión libre y espontánea " a una ciudadano de quien creen pertenece a una organización delictiva dedicada al hurto de camiones de carga.

En vista de que el capturado niega su pertenencia a tal banda lo someten al suplicio de la bolsa de polietileno, al cabo de varias horas y a punto de sentirse asfixiado el capturado confiesa e indica donde se encuentra escondida la última tractomula hurtada. La policía encuentra en el sitio indicado el vehículo hurtado con la totalidad de la mercancía. La confesión y la evidencia del vehículo y la mercancía se constituyen en prueba ilícita derivada, porque es innegable su relación causal entre el árbol envenenado (interrogatorio con tortura) y el fruto venenoso de ese árbol (la confesión y la evidencia del vehículo y la mercancía decomisada).

D) Los miembros del G.A.U.L.A., realizan la investigación del secuestro de un industrial y en tales diligencias capturan sin orden previa y escrita de autoridad judicial a un ciudadano que no se encuentra en situación de flagrancia y tampoco en situación de captura administrativa. Sometido a un interrogatorio amenazante, porque nunca se atenta contra su integridad física, la persona finalmente confiesa su pertenencia a la organización que tiene al ciudadano secuestrado.

La confesión del ciudadano es una prueba ilícita derivada de la actividad ilegal de la captura sin orden judicial y de un interrogatorio coaccionante que es el que finalmente lleva al ciudadano a aceptar su participación en el hecho delictivo. La relación causa a efecto, entre la ilegalidad y el resultado de la prueba es indiscutible.

E) Un ciudadano es sometido a versión " libre y espontánea " y un hábil interrogador de la policía, con la utilización de preguntas capciosas y sugestivas[22] logra obtener que finalmente el imputado confiese su actividad delictiva en una organización dedicada a la falsificación de dólares.
La confesión es una prueba ilícita derivada, porque se constituye en el fruto venenoso del árbol envenenado (confesión con utilización de un interrogatorio

22 CAPCIOSO. Engañoso, fraudulento, doloso. Con artificio o disimulo. Con pretensión de sugerir o comprometer lo que a uno mismo beneficia y a otro perjudica.
PREGUNTAS CAPCIOSAS. Aquellas en que, para descubrir la verdad, se emplean artificios, suposiciones falsas o mentiras. Tienden a que el interrogado rompa su reserva al creer descubierto lo que oculta o a llevarlo a la confusión con supuestas contradicciones. Están prohibidas en los interrogatorios judiciales, por la deslealtad y porque la justicia debe luchar contra el mal con nobles armas.....siempre que no se llegue a la ingenuidad.
Una modalidad de lo capcioso puede encontrarse en la respuesta, singularmente cuando se vale de la misma pregunta. Ejemplo insuperable en la materia se encuentra en el interrogatorio de Poncio Pilatos a Cristo, cuando le pregunta. " ¿ Eres tú el rey de los judios ? ", a lo que contesta: " Tu lo dices ". A un lado el aducido conocimiento sobrenatural del pensamiento ajeno, el silencio posterior del interrogador consigue la afirmación capciosa. (San Marcos, XV,2).
SUGESTIVO. Que entraña sugestión o sugiere una actitud. Revelador. Sensual; con referencia especial a mujeres llamativas o de vestir insinuante.
PREGUNTAS SUGESTIVAS. Las que contienen en si la respuesta que a las mismas ha de darse; y en forma directa, en que se denominan claras, o de modo encubierto, en que se dicen paliadas.
Los códigos y leyes procesales de España, Italia, Hungría, Grecia, Noruega, los de varios cantones suizos, todos los iberoamericanos, entre otros, prohíben las preguntas sugestivas y también las capciosas.
Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas. Tomos II, VI y VII E. Heliasta. Buenos Aires. 1996

ilegalmente formulado).

F) Miembros de la policía judicial del C.T.I. con autorización judicial previa interceptan comunicaciones de varios abonados telefónicos por tener informaciones que se dedican a diversas actividades ilícitas.

Al no encontrar ninguna conversación que los involucre criminalmente, los miembros de la policía judicial los someten a interrogatorios separados, dándolos a entender a cada uno que los demás ya confesaron y además los involucraron como miembros de la organización delictiva. Uno de los interrogados, convencido de que lo que dicen los agentes es cierto, al sentirse descubierto confiesa y termina involucrando a los restantes miembros de la banda.

Tanto la confesión, como la incriminación de los restantes miembros de la banda se constituyen en prueba ilícita derivada, porque la relación causal con la actuación ilegal es inocultable. La segunda consecuencia de la prueba ilícita es la nulidad parcial o total del proceso.

Pese a que en una jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia que la exclusión de la prueba ilícita no generaba ninguna otra consecuencia[23], en su momento advertimos que no se trataba precisamente de una afirmación prudente de la Corporación, porque era indispensable considerar caso por caso para poder llegar a una determinada conclusión, porque si bien es cierto, que en algunos casos, la exclusión de la prueba ilícita no produce ninguna otra conclusión, se dan igualmente algunos casos en los cuales, la decisión sobre el medio probatorio genera otras consecuencias, entre ellas la nulidad del proceso, como acertadamente lo ha reconocido la Corte Constitucional[24].

Y como si no fueran suficientes las deficiencias e inconsistencias destacadas la norma, deja abierta la posibilidad para que el legislador colombiano adopte como normas procesales, otras excepciones de la jurisprudencia norteamericana, al determinarse en la parte final del artículo 455: "…..y los demás que establezca la ley ", aparte que nos parece claramente contrario a la Constitución, porque no contento el legislador con haber creado las anteriores excepciones al principio constitucional, deja abierta

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

Ahora bien, la consecuencia jurídica de la prueba inconstitucionalmente obtenida no es otra que su definitiva y estricta exclusión, como corresponde a la expresión "es nula de pleno derecho", la cual, como también ha sido reiterado, sólo afecta la prueba de espurio origen, no así al proceso a la cual ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto de vista disciplinario y aun penal respecto del funcionario que la practica, aporta, permite o admite. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación del 8 de julio de 2004 M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, radicación 18451.

la puerta para que el legislador, con posterioridad pudiera crear nuevas excepciones.

Una de ellas, es la excepción de buena fe, que fue mencionada reiterativamente en la Asamblea Nacional, cuando se discutió el principio que genera estas reflexiones.

A) La excepción de buena fe. Good faith exception.

La cuarta enmienda de la Constitución de los EE.UU., es una norma garantista, dirigida a tutelar los derechos de la persona y todo lo relacionado con su intimidad, para evitar que pudieran ser objeto de pesquisas o aprehensiones arbitrarias. Para evitar tales abusos de poder se dispone que las órdenes judiciales para ingresar a la intimidad domiciliaria de los ciudadanos y de sus archivos, solo pueden expedirse con un motivo verosímil, por informes que estén debidamente corroborados por medio de juramento y individualicen con detalle el lugar que debe ser registrado o las cosas que deben ser objeto de decomiso. En tal sentido dispone esta reforma constitucional:

ENMIENDA CUATRO

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

Con fundamento en tal precepto, los policiales solo pueden realizar tales diligencias previo mandamiento escrito de autoridad judicial y el mismo solo puede producirse como está dispuesto, con fundamento en evidencias verídicas sobre la existencia de evidencias importantes para la investigación en un proceso penal o la existencia de personas requeridas por la justicia, informes que deben estar respaldados con el

24 Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vinculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto bse han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso , sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, "motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza."

juramento del funcionario que rinde la información.

Con fundamento en tal realidad constitucional se ha aceptado jurisprudencialmente una excepción a la cláusula de exclusión de la prueba ilícita, en aquellos casos en los que el funcionario policivo haya realizado un allanamiento confiando de buena fe que la orden judicialmente expedida es válida y legalmente expedida, pero que posteriormente la misma es anulada, casos en los cuales se ha considerado que los derechos ciudadanos no se vulneran, precisamente por la buena fe con que actúa el funcionario policial.

En relación con esta temática Fidalgo Gallardo ha sostenido:

" La excepción de buena fe (goodfaithexception), introducida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia UnitedStates v. León, consiste en que, en aquellos casos en los que un agente de Policía haya llevado a cabo un registro y obtenido pruebas confiando de buena fe en la validez de una autorización judicial previamente obtenida que posteriormente es declarada nula, los derechos procesales constitucionales contenidos en la Cuarta Enmienda de la Bill of Rights no podían entenderse violados, y por tanto no procederá aplicar la regla de exclusión.

Procede aclarar de antemano que la excepción de buena fe tiene un carácter claramente sustantivo, no procesal, ceñido además al concreto ámbito de la Cuarta Enmienda de la Bill o Rights, y no afectando por tanto el ámbito de las Enmiendas Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal.

Porque de la aplicación de la excepción resulta que, si concurre buena fe en el agente de Policía que actuó apoyándose en la autorización judicial nula, su conducta no podrá entenderse violatoria de los derechos individuales en materia de searches and seizures. Es a partir de ahí de donde resultará que en esos supuestos tampoco procederá la entrada en escena de la regla de exclusión, pues no cabe aplicar un remedio para una violación reputada inexistente.[25]

Iniciamos estas disquisiciones, manifestando que la problemática de la prueba ilícita era bastante polémica, porque de manera general los jueces se veían enfrentados

25 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 444 y ss, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

a una disyuntiva nada fácil de solucionar, porque de un lado está el necesario obedecimiento a la ley y el respeto irrestricto a las garantías constitucionales, pero de otro lado surge la vocación eficientista y por sobre todo, en muchas ocasiones los reatos morales de por " aparentes tecnicismos " permitir la libertad de unos delincuentes y la más probable impunidad frente a un caso.

Es por estas razones que en muchas ocasiones los jueces se inventan los argumentos y se llenan de razones para buscar no darle aplicación a la cláusula de exclusión y creemos que la excepción de la buena fe a la imposibilidad de valorar la prueba ilícita, es precisamente una clara manifestación de esta tendencia eficientista o de reatos morales y éticos del ciudadano que en ese momento porta la investidura judicial, preocupado porque en su convicción íntima, considera probada la responsabilidad del delincuente, pero por otro lado encuentra que la misma está probada por prueba ilícita, casos en los cuáles ponen a volar la imaginación para inventar argumentos para concluir en la no aplicación de la cláusula de exclusión.

Creemos que precisamente la excepción de la buena fe, es una expresión de esos esfuerzos desesperados de la judicatura de impedir que en determinados casos se concrete la impunidad. El criterio anterior es compartido por Fidalgo Gallardo quien se refiere a un desapego del Tribunal Supremo norteamericano hacia la cláusula de exclusión a partir de la década de los ochenta.[26]

La creación de la teoría de la cláusula de exclusión se justifica con fundamento en los efectos disuasorios que tales determinaciones debían producir en los funcionarios que habían actuado arbitrariamente, pero en criterio de la Corte norteamericana al haber actuado el funcionario de buena fe, la aplicación de tales efectos disuasorios no tendría ningún efecto y la aplicación de la exclusión probatoria no aportaría beneficios capaces de compensar los costos que conlleva la inadmisión de medios de convicción que podrían ser fundamentales en la demostración de la responsabilidad criminal. En relación con este tema el autor últimamente citado ha sostenido:

"....la regla de exclusión se justifica, según la actual concepción de la Corte Suprema, por su efecto disuasorio de conductas violatorias de los derechos constitucionales por la fuerzas del orden. Por su parte, presupuesto de la excepción de buena fe es la ausencia de intencionalidad torcida por parte del agente de Policía. Pues bien, en los supuestos en los que el Policía concreto actuó de buena fe, según el razonamiento de la Corte, la aplicación de la regla de exclusión no surtiría ningún

26 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 445, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003..

efecto disuasorio, y por tanto su aplicación no aportaría un beneficio capaz de compensar por los costos aparejados a la inadmisión de materiales probatorios que podrían ser decisivos para probar la culpabilidad.[27]

Debe recordarse que esta excepción, al igual que la cláusula de exclusión probatoria, son creaciones jurisprudenciales que surgen de la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Supremo Norteamericano da a la Constitución Federal y particularmente de la interpretación de la Sección novena, numerales 2 y 3 del artículo primero, sección novena[28], artículo 3[29], de las cláusulas cuarta, quinta, sexta, octava[30] y decimocuarta, en las que se consagran especiales y trascendentes garantías a favor de los ciudadanos de ese país. Y se hace la precedente precisión, porque jurisprudencialmente se consideró que la cláusula de exclusión tenía una justificación disuasoria o preventiva, es decir, que los funcionarios que en la persecución del delito y de los delincuentes que se sintiesen tentados de actuar arbitrariamente para poder obtener una segura condena contra los criminales perseguidos se diesen cuenta que se trataba de pretensiones inútiles, porque tales pruebas no iban a ser tenidas en cuenta por los jueces norteamericanos.

Entre nosotros, por el contrario la cláusula de exclusión es absolutamente positivizada, puesto que deviene de un principio constitucionalmente establecido y es claro que mientras en la jurisprudencia norteamericana éstos principios han sido aceptados para crear un efecto disuasivo en el comportamiento policial, entre nosotros el debido proceso se consagra como un medio defensivo de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, y en tales circunstancias en el momento en que

26 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 445, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

27 Las " pruebas ilegales ": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Carlos Fidalgo Gallardo, pág 446, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

28 Artículo 1º. Novena Sección. El Congreso no podrá prohibir antes del año de mil ochocientos ocho la inmigración o importación de las personas que cualquiera de los Estados ahora existentes estime oportuno admitir, pero puede imponer sobre dicha importación una contribución o derecho que no pase de 10 dólares por cada persona.

1.El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión.

2.No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto.

29 ARTICULO TRES. Primera Sección. Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo.

Segunda Sección. El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o mas Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

1. En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso.

2. Todos los delitos serán juzgados por medio de un jurado excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales, y el juicio de que se habla tendrá lugar en el Estado en que el delito se haya cometido; pero cuando no se haya cometido dentro de los límites de ningún Estado, el juicio se celebrará en el lugar o lugares que el Congreso haya dispuesto por medio de una ley.

Tercera Sección. La traición contra los Estados Unidos sólo consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiéndoles ayuda y protección. A ninguna persona se le condenará por traición si no es sobre la base de la declaración de los testigos que hayan presenciado el mismo acto perpetrado abiertamente o de una confesión en sesión pública de un tribunal.

1. El Congreso estará facultado para fijar la pena que corresponda a la traición; pero ninguna sentencia por causa de traición podrá privar del derecho de heredar o de transmitir bienes por herencia, ni producirá la confiscación de sus bienes más que en vida de la persona condenada.

30 ENMIENDA OCHO. No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas.

se afecten los principios normativos que precisan las formas propias de producción de cada prueba, o los derechos fundamentales de los protagonistas del proceso, de manera necesaria, estaremos en presencia de una prueba ilícita que de conformidad con la voluntad constitucional es nulidad de nulidad absoluta.

No debemos olvidar que en nuestro sistema jurídico impera un principio de legalidad estricto y todo debe estar positivizado para que los jueces tomen sus decisiones de conformidad con las previsiones normativas; al contrario de lo que sucede en EE. UU. donde el principio de legalidad es laxo o amplio, en cuanto se rige por una Constitución, unas leyes determinadas, pero concepción jurídica en el cual el sistema de precedentes jurisprudenciales tiene poder creativo del derecho. Es importante igualmente precisar que la República se creó como un Estado democrático de Derecho, en el cual el ejercicio del **ius puniendi,** se ejerce dentro de los más estrictos límites del debido proceso constitucional, sin olvidar que este Estado de Derecho está " fundado " sobre la dignidad humana.

En las circunstancias precedentes al consagrarse la " nulidad de pleno derecho " (inexistencia jurídica) de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, constituye una prohibición que se consagra con miras a que se constituya en una garantía de los derechos fundamentales del ser humano sometido a proceso, y con el objetivo teológico de concretar en la realidad los objetivos para los cuales se dictó la actual Constitución y para la obtención de las finalidades superiores señalados al Estado Colombiano. La norma que es motivo de análisis no solo contiene los problemas de contradicción constitucional, sino que su título y contenido son incoherentes, tal como procedemos a demostrarlo:

" ARTÍCULO 455. NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. Si se analiza el título de la norma: " Nulidad derivada de la prueba ilícita ", da a entender que en el contenido de la misma se va a definir, indicar, o precisar cuál es la prueba que se debe considerar como derivada de la prueba ilícita.

Si se analiza el contenido, se observa de inmediato que no aparece ninguna definición o descripción de la prueba derivada de la ilícita, y lo que se enumera enunciativamente son los criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar si la cláusula de exclusión se aplica o no a la prueba derivada de la ilícita. Son problemas que surgen de la copia, sin beneficio de inventario de legislaciones foráneas, que son extrañas a nuestra realidad normativa y contrarias a nuestra realidad social y a nuestra cultura jurídica.