Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Bogotá, julio veintiocho (28) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1282 DEL VEINTIOCHO (28) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: Proceso No. 846 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander
Contra: MEDICOS DE LA CLINICA URGENCIAS LA SAMARITANA LOS PATIOS
Denunciante: Señor ANGEL MARIA ARIAS PARADA
Asunto: RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE PROVIDENCIA PRECLUTORIA (Primer archivo. Antes: Inhibitoria)

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 65-2015.

VISTOS

El Tribunal Seccional del Norte de Santander resolvió, el 14 de abril de 2015, no abrir investigación formal en contra de los Médicos de la Clínica Urgencias La Samaritana Los Patios, por no encontrar meritos para iniciar investigación formal, con base exclusiva en la lectura de la historia clínica de la paciente LEIDY CAROLINA ACEVEDO LOPEZ, representada por su esposo, el señor ANGEL MARIA ARIAS PARADA.
El quejoso interpuso ACCION DE TUTELA contra el Tribunal de primera instancia con el fin de buscar le sean concedidos los recursos de reposición y apelación en contra de la decisión del juez acquo.
El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta amparó el Derecho Fundamental al Debido Proceso del denunciante y ordenó al Tribunal Seccional conceder dichos recursos. Acatando entonces la decisión del juez de Tutela, el Tribunal analizó el recurso de reposición despachándolo de manera negativa para el quejoso y concedió la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica el 23 de junio de 2015.
Esta superioridad recibió el expediente el 3 de julio de 2015 y mediante sorteo al azar, correspondió el negocio jurídico al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 1 de junio de 2010, el señor ANGEL MARIA ARIAS PARADA, identificado con cedula de ciudadanía numero 88.311.248 de Los Patios, presentó queja ante el Instituto Departamental de Salud del Norte de Santander, en relación con la atención médica brindada a su esposa, la señora LEIDY CAROLINA ACEVEDO LOPEZ, de 25 años, identificada con cedula de ciudadanía numero 60.445.417 de Los Patios, quien fue hospitalizada el 23 de mayo de 2010 en la institución URGENCIAS LA SAMARITANA de Los Patios, con el objeto de someterse a la cirugía denominada Pomeroy (ligadura de trompas de Falopio como método de control natal), la cual fue efectuada el Lunes 24 de mayo de 2010, siendo dada de alta el mismo día de la operación. El medico a cargo fue el ginecólogo JORGE VARGAS CUBEROS.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Ese mismo día y los tres siguientes tuvo que ser llevada de urgencias a la misma institución donde fue intervenida, por cuadro clínico abdominal el cual, luego de las múltiples consultas de urgencias, hizo tomar la decisión de ser remitida al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, en donde el viernes 28 de mayo fue intervenida para drenaje de peritonitis de origen urinario, secundaria a ruptura de la vejiga, lo cual ocurrió en el acto operatorio.

Los especialistas de la última intervención fueron los cirujanos ADOLFO BAUTISTA y RICARDO MARTINEZ. El anestesiólogo el doctor CHAUSTRE.

El Instituto Departamental de Salud inició proceso de investigación en el presente caso, con auto de apertura de junio 2 de 2010. Asimismo, se encuentra a folios 17 recto y 20, auto fechado junio 2 de 2010, en donde se ordena la practica de unas pruebas.

Posteriormente se encuentra a folios 73 a 75, un concepto de Auditoria firmado por los doctores Juan C Zuluaga y Alvaro E Castañeda, auditores médicos de la Oficina de Vigilancia y Control del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, en donde se encuentran presuntas fallas de tipo administrativo y médico en la atención de esta paciente.

Se anota además que en el folio 75 del cuaderno principal, fechado 30 de mayo de 2011, se encuentra el concepto firmado por estos auditores médicos, en donde expresan que debe trasladarse la queja ante el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander

Esta queja fue enviada al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander el día 18 de septiembre de 2013, es decir, tres años y cuatro meses después de instaurada ante el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Y dos años y medio después de haber sido recomendado su envío ante el Tribunal Seccional de Ética Médica por dicho Instituto.

El Tribunal Seccional envió el oficio 263 de septiembre 20 de 2013 (folio 85) al quejoso, acusando recibo de la queja presentada y advirtiendo que: ñlas diligencias se encuentran en secretaría para ser repartidas en el momento procesal oportunoò.

Curiosamente, en los folios 86 a 88, con fecha Marzo 31 de 2015, es decir año y medio después del acto procesal consignado en el párrafo anterior, se halla lo que denomina ese tribunal como ñInforme de conclusionesò, de tres paginas, en donde reconoce de manera expresa que lo único que se hizo fue una revisión de historia clínica de este caso y en donde el ñinvestigadorò doctor CARLOS SANABRIA expresa (Folio 87, párrafo 6):

ñ6. Durante el acto quirúrgico de Pomeroy se puede presentar evento adverso como en este caso de ruptura accidental de la vejiga. No es un acto deliberado o malintencionado por parte del medico, sino un incidente que aunque prevenible se puede llegar a presentar, por tal motivo en el consentimiento informado la paciente firma después de satisfacer todas sus dudas sobre complicaciones del acto quirúrgicoò

Y concluye en el folio 88:

ñUna vez analizados los sucesos y los documentos anexos, no se encuentra transgresión al código de ética médicaò.

Luego, en los folios 89 a 94 del expediente, se encuentra una ñprovidenciaò firmada por la sala plena del tribunal seccional, en donde transcribe este ñInforme de Conclusionesò y además efectúa una serie de elucubraciones que incluyen:

- ñé en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:é é é ò
- ñé hubo preocupación por la atención y la salud de la pacienteé ò
- ñé no fue desatendida ni abandonadaé ò
- ñé sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atencióné ò

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- ñé los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el medico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teóricoé ò

Frente a esta ñperla científico jurídicaò, el quejoso interpuso acción de tutela ante el Juez de Circuito de reparto de Cúcuta, debido a la negativa a conceder los recursos ante semejante decisión.
El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso y ordenó al tribunal de primera instancia conceder los recursos de reposición y apelación respectivos en el actual proceso (folios 115 a 122)
El Tribunal Seccional de Ética médica de Norte de Santander concedió dichos recursos. Analizó la reposición, negando la revocatoria de la decisión ético disciplinaria y concedió la apelación. Para tales efectos, remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para su resolución.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- IRREGULARIDADES PROCESALES EN EL PRESENTE CASO

Esta superioridad se permite resumir las irregularidades presentadas en la siguiente forma

A- El Tribunal Seccional efectuó lo que denomina ñInvestigaciónò, teniendo en cuenta solamente lo consignado en la historia clínica.

Recordemos lo que se expresó en párrafos anteriores así:
Curiosamente, en los folios 86 a 88, con fecha Marzo 31 de 2015, es decir año y medio después del acto procesal consignado en el párrafo anterior, se halla lo que denomina ese tribunal como ñInforme de conclusionesò, de tres paginas, en donde reconoce de manera tácita que lo único que se hizo fue una revisión de historia clínica de este caso y en donde el ñinvestigadorò doctor CARLOS SANABRIA expresa (Folio 87, párrafo 6):
ñ6. Durante el acto quirúrgico de Pomeroy se puede presentar evento adverso como en este caso de ruptura accidental de la vejiga. No es un acto deliberado o malintencionado por parte del medico, sino un incidente que aunque prevenible se puede llegar a presentar, por tal motivo en el consentimiento informado la paciente firma después de satisfacer todas sus dudas sobre complicaciones del acto quirúrgicoò
Y concluye en el folio 88:
ñUna vez analizados los sucesos y los documentos anexos, no se encuentra transgresión al código de ética médicaò.
Luego, en los folios 89 a 94 del expediente, se encuentra una ñprovidenciaò firmada por la sala plena del tribunal seccional, en donde transcribe este ñInforme de Conclusionesò y además efectúa una serie de elucubraciones que incluyen:

- ñé en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:é é é ò
- ñé hubo preocupación por la atención y la salud de la pacienteé ò
- ñé no fue desatendida ni abandonadaé ò
- ñé sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atencióné ò
- ñé los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el medico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teóricoé ò

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Ya nos referiremos en esta misma providencia a estos raciocinios

B- Los hechos ocurrieron el 23 de mayo de 2010. La Queja ante el servicio de salud tuvo efecto el 1 de junio de 2010.
Es decir, aquí se presentó una demora de un año

C- Deciden entonces enviar copias al tribunal seccional de ética médica el 30 de mayo de 2011.
Es decir, un año después de haber tomado la decisión de dicho envío. Otra demora de un año

D- Las copias se enviaron al tribunal seccional el 18 de septiembre de 2013.
Es decir, dos años después de haber tomado la decisión. Esto quiere decir que, entre el recibo de la queja y la decisión de envío de copias al tribunal ya había transcurrido un año de demoras injustificadas. Y entre dicha decisión y el envío real al tribunal, se presentó una demora adicional de otro año. Dos años en poder de cuál de las entidades estatales implicadas en el manejo del expediente?

E- Notifican al quejoso el 20 de septiembre de 2013, diciendo que será repartido a su ñdebido tiempoò
Si el siguiente acto procesal tiene lugar mas de un año después de esta notificación: qué es para el tribunal seccional el ñdebido tiempoò?

F- Investigan solamente con base en la historia clínica, sin ratificación de la queja, sin un solo testimonio, sin ningún elemento probatorio de la actuación médica
Desde cuando los tribunales de ética médica toman decisiones basadas en la apreciación subjetiva de alguien sin ingresar en un proceso jurídico? Esta es una clara violación del debido proceso y del derecho a la defensa de ambos extremos de la relación procesal

G- Deciden archivar luego de un ñinforme de conclusionesò efectuado en marzo de 2015.
Es decir año y medio después de una investigación superficial, en donde ni siquiera tienen ratificación de la queja, versión del medico investigado, interrogatorio de testigos de ambas partes, ni otra indagación probatorio de ningún tipo

H- Efectúan especulaciones respecto de la ocurrencia de los hechos, basados en la historia clínica y con interpretaciones apoyadas en supuestos, en planteamientos subjetivos, en actos médicos efectuados por profesionales de los cuales no se conoce ni siquiera si son galenos graduados, y otros exabruptos por el estilo

También contrasta con lo expresado en la defectuosa providencia del acquo cuando dice:

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

providencia No.65-2015

ñé los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el medico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teóricoé ò

I- Dan por sentado que los hechos descritos en los registros de la historia clínica son incontrovertibles, despreciando así la versión de los mismos por parte del denunciante, de la victima y de las personas afectadas por las lesiones ocurridas en un acto quirúrgico de cuya participación ni siquiera se conoce la versión del cirujano o del anestesiólogo.

J- Asumen una posición de responsabilidad objetiva expresamente prohibida por nuestro sistema penal y disciplinario, faltando de nuevo a la ley.

K- Concluyen después de semejante actuación que el archivo no tiene ningún recurso

L- Los entutelan y les ordenan conceder reposición y apelación, con argumentos perfectamente válidos en favor del denunciante. Y al analizar la decisión de tutela no puede quedar otro camino que ir en apoyo del Juez que la emitió.

Con el anterior recuento, consideramos nuestra obligación compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, para que si lo considera conveniente, investigue las causas de injustificadas demoras en el presente proceso, que hoy entraría en el fenómeno procesal de la prescripción, por ineficiencia de varios funcionarios estatales.

II- SE RECIBE ADEMAS, UN ESCRITO POR PARTE DEL PRESIDENTE DE ESE TRIBUNAL SECCIONAL, EN DONDE EXPONE LOS SIGUIENTES MOTIVOS Y CUESTIONAMIENTOS:

1- El archivo de las diligencias se viene cumpliendo de acuerdo a lo pautado por el Tribunal Nacional en sus decisiones

2- La no concesión de los recursos ha originado que las partes continúen interponiéndolos, inclusive a través de ordenes de tutela.

3- Esta posición jurisprudencial de la justicia ética médica ha sido glosada y puede originar conflictos que pueden comprometer la seguridad jurídica.

Ante esto podemos responder que:

1- Existen dos formas de archivo de las diligencias:

a- Una al termino de una investigación preliminar, cuando se decide que la conducta no existió, o que el acusado no la cometió, o que el señalado no es medico, etc. Esta se conocía anteriormente como decisión inhibitoria y hoy

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

en día también se asimila a lo que se conoce como primera forma de archivo.

Pero estamos hablando de una verdadera investigación disciplinaria, es decir, un acto lleno de garantías de imparcialidad, neutralidad, conocimiento verdadero de los hechos, obtención de declaraciones, análisis de documentos, evaluación de la conducta médica y muchos otros.

Lo que ha hecho ese tribunal seccional no es otra cosa que una deficiente lectura de las anotaciones de la historia clínica, sin asumir una posición de real averiguación de las cosas, desconociendo así los derechos de los enfermos, los derechos de los quejosos y los derechos de los médicos implicados

Sus decisiones se han basado en la simple consideración de anotaciones de historias clínicas. Estas bases son insuficientes, defectuosas, sin fundamento jurídico, sin análisis justo y no se compadecen con la dignidad del cargo de investigadores y, muchísimo menos, de magistrados de un tribunal ético disciplinario.

De otro lado, la asesoría que ha recibido del abogado encargado de orientar los casos es científicamente inaceptable, éticamente lamentable y jurídicamente peligrosa.

Esto lo podemos expresar con conocimiento directo de las causas que nos han convencido de lo que aquí decimos.

Este primer acto de archivo SÍ es susceptible de recursos de reposición y apelación, particularmente si se tiene en cuenta la Ley que protege los derechos de las victimas, que pueden convertirse en sujetos de actos injustos y absurdos como una investigación preliminar defectuosa, como en el caso que nos ocupa en esta decisión.

El Tribunal Nacional de Ética Médica recibe estos casos y los analiza, con el objetivo de tomar decisiones como la que aquí, precisamente, habrá de tomarse.

b- La otra forma de archivo de las diligencias es al terminar un investigación formal. Se conoce también como preclusión del proceso o segunda forma de archivo.

Los recursos en este caso no tienen sentido, pues por múltiples razones enunciadas en diversas sentencias de esta superioridad, se ha dicho que los

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

actos calificatorios del proceso, como son la preclusión y su opuesto, el pliego de cargos, no son motivo de recursos por varias razones, entre otras la de evitar la prejudicialidad del acto de segunda instancia, que la obligaría a declararse impedida de volver a conocer del proceso sí vuelve a llegar en sede de apelación nuevamente.

En conclusión, señalamos la confusión existente en ese tribunal seccional respecto de dos actos de archivo de las diligencias: uno después de investigación preliminar (correctamente efectuada), conocido anteriormente como decisión inhibitoria y el cual sí es apelable; y otro después de investigación formal, conocido como acto calificatorio, preclusión o segunda forma de archivo, el cual no es sujeto de recursos, particularmente de apelación.

2- Respecto de la obtención de los recursos a través de acciones de tutela, siempre hemos recomendado los siguientes procedimientos :

A- Cumplir primero que todo la orden del juez de tutela, por la naturaleza misma de esta acción, su urgencia jurídica y la posibilidad de ser sancionado en caso de no contestarse

B- Simultáneamente conceder el recurso ordenado de manera obligatoria, e impugnar la tutela con los argumentos que se encuentran ampliamente diseminados en nuestras jurisprudencias

C- Enviar un escrito ante la Procuraduría General de la Nación para que investigue si la decisión de tutela está basada en ignorancia del juez que la ordene o en mala fe que oriente sus decisiones

D- Denunciar esta decisión ante el Consejo Superior de la Judicatura para que investigue la conducta del juez, con las mismas bases que se solicitan ante el ente anterior (Procuraduría).

Y desde nuestro punto de vista de ciudadanos, tendremos que aceptar que existen apelaciones que sí deben concederse en primera instancia y analizarse en sede Ad quem en la primera decisión de archivo del proceso, basados en los derechos de las victimas, pues la consideración de los actos procesales por parte del superior inmediato será una garantía que evitará que se cometan errores e injusticias tan evidentes como las que acompañan este desafortunado proceso.

3- Respecto a la afirmación que expresa que: ñEsta posición jurisprudencial de la justicia ética médica ha sido glosada y puede originar conflictos que pueden comprometer la seguridad jurídicaò, solamente podemos responder que ocasionaría mas acciones glosatorias y, lo que es peor, acciones legales perjudiciales contra los operadores de la justicia disciplinaria ético médica, aquellas decisiones erradas como las que ha tomado en numerosas ocasiones ese tribunal seccional, muy seguramente por los errores conceptuales de tipo jurídico.

Para demostrar lo anterior, en el acápite que sigue a continuación mostramos algunos ejemplos de dichos errores.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Y no se trata de un error procesal simple: a esta mujer y a su esposo le fueron negadas todas las garantías procesales consagradas en la ley colombiana. No se les dio ninguna oportunidad de expresar su versión de los hechos, no se les permitió tratar de demostrar su dicho, no se les acogió en igualdad de condiciones para luchar en un proceso amparado por la Constitución Nacional, en fin, no se les ampararon esas garantías de un Estado Social de Derecho.

Nos preguntamos entonces de nuevo: Desde cuándo un proceso de cualquier índole se fundamenta en un solo documento probatorio?
Y este ha sido un procedimiento repetitivo en ese tribunal seccional, cuyas ñinvestigacionesò se basan solamente en las notas de historia clínica, rompiendo todos los elementos de un proceso ético disciplinario, sea por mala concepción intelectual de lo que representa el mismo; sea por pereza en ejercer las acciones procesales a las cuales se encuentra obligado; sea por ignorancia crasa de las obligaciones que corresponden a esa entidad como parte del sistema de ñjusticia disciplinaria ético médicaò; sea por lamentable ñasesoría jurídicaò; sea por la razón que seaé é .
Cómo se les ocurre afirmar que una investigación disciplinaria se encuentra fundamentada únicamente en esas notas de historia clínica?
En donde se encuentra la actividad procesal real que acompaña a un verdadero juzgamiento, como lo es el transcurso de un proceso de esta índole?
Cómo basa su decisión en elucubraciones de pobre base científica y de paupérrima argumentación jurídica?
Cómo es posible que se juzgue y se tome una decisión tan delicada como condenar o absolver a un medico apoyados únicamente en hechos descritos en una historia clínica que, por otro lado, puede ser incluso falseada de manera dolosa por cualquier otra persona?
En respaldo de este ultimo punto, mencionamos lo consignado en el folio 133 de este expediente, donde el quejoso expresa muy claramente: ñé se puede evidenciar que dentro de la historia clínicaé .existen dos descripciones quirúrgicasé una con sello y otra sin sello, de la misma fecha y hora y sobre la misma intervención quirúrgica. Lo cual denota una incongruencia respecto a la verdad, donde las letras de diligenciamiento cambian, es decir son distintasò
Y el quejoso expresa en el folio 137 su insistencia sobre esta irregularidad procesal documental, que obliga a solicitar el concurso de la Fiscalía General de la Nación por la sospecha de los posibles delitos de falsedad documental y fraude procesal
Volviendo a estas exóticas actuaciones procesales, debemos preguntarnos si hemos vuelto a los tiempos de la Roma antigua que expresaba en sus fundamentos penales: Res ipsi loquitur (los hechos hablan por si mismos)???
No se vislumbran elementos que obedezcan a la responsabilidad subjetiva a que obliga el ordenamiento en casos de procesos penales o disciplinarios, prohibiendo de manera radical la responsabilidad objetiva.
Como puede apreciarse, estos gravísimos errores procesales son inexplicables e inexcusables, como lo es el conjunto de actos jurídicos llevados a cabo por ese tribunal seccional, al cual ya se le había advertido acerca de estos exabruptos que ponen en tela de juicio la imparcialidad y la razón intelectual de toda la denominada ñjusticia médicaò
Ahora, si estos errores persisten en la forma en que lo han venido haciendo de manera repetitiva, o si por analizar y criticar estas actuaciones indebidas se presenta un problema de tipo administrativo que impida el normal funcionamiento de ese tribunal seccional, se deberá entonces pensar en trasladar los negocios jurídicos de tipo ético disciplinario medico

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

a otro tribunal que asuma el conocimiento de los mismos. Los mas cercanos serian los de Santander, Arauca, Cesar y Bolívar.
La resolución de este tipo de planteamiento de problemas anticipados se encuentra en manos de este tribunal seccional

III- LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION PRELIMINAR

Para justificar de manera académica nuestra posición respecto de la investigación preliminar en el proceso ético disciplinario medico, nos permitimos transcribir el excelente análisis de la Doctora Gladys León, doctora en Derecho y Bioética, Secretaria Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.
Dice la Doctora León:

ñé *Naturaleza de la Indagación Preliminar*
No toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria.
Si hay un autor conocido y existen motivos para investigar la posible comisión de una falta disciplinaria, lo procedente es abrir la correspondiente investigación y, dentro de la misma, practicar pruebas para lograr la determinación de todos los elementos necesarios para definir la responsabilidad disciplinaria. Si por el contrario, se tiene certeza de que el hecho no constituye falta disciplinaria o que la conducta no ha existido, que es atípica, o que la acción disciplinaria no puede iniciarse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad, el Tribunal debe abstenerse de abrir un proceso ético disciplinario mediante una decisión inhibitoria, ordenando el archivo de las diligencias porque no se encuentra mérito para abrir investigación. Pero habrá casos intermedios en los cuales procede la indagación preliminar.
La Indagación preliminar es un instrumento procesal muy útil en el proceso ético disciplinario que debe ser utilizado en los siguientes casos:
a.- Con el fin de individualizar e identificar el autor de una posible falta disciplinaria.
b. Cuando exista duda sobre la procedencia de la apertura del proceso, por cuanto se requiere determinar, con antelación al auto de aceptación de la denuncia (Art. 75 ley 23 de 1981) si el hecho acusado existió, si es constitutivo de falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.
c. Así mismo se utiliza esta figura para determinar en caso de duda la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los Tribunales.
No se trata de un requisito de procedibilidad y por lo tanto no es una etapa obligatoria del proceso.
La Sentencia C-430/97 Corte Constitucional Expediente D-1596 con ponencia del Magistrado Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, sobre la naturaleza de la indagación preliminar señala:
La indagación preliminar disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.
Es decir que la indagación preliminar no hace parte de todos los procesos éticos disciplinarios y tiene objetivos claramente definidos.
La aplicación analógica de la indagación preliminar.
En congruencia con los principios generales del derecho la aplicación analógica procede cuando las normas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.
La Ley 23 de 1981 no contempla expresamente esta figura procesal como si lo hacen el Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2002 en su artículo 150 y la Ley 911 de 2004 que regula los procesos deontológico disciplinarios, para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia en sus artículos 46 y47 .
Dispone la Ley 23 de 1981: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.
*No obstante que en la Sentencia No. C-259/95 la Corte Constitucional estimó que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, **ñ**en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política y que al contrario, este precepto, conduce a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario**ò**, al expedirse la Ley 906 de 2004 ,el panorama jurídico cambia totalmente y es el momento de determinar sobre el modo de aplicar la norma, en congruencia con el proceso descrito por la Ley 23 de 1981, por cuanto el proceso penal de tipo acusatorio*

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

que introduce esta ley con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, no es compatible en todas sus partes, con nuestro actual proceso; aunque es claro que la fase de indagación de investigación preliminar es compatible con nuestro procedimiento, desde el punto de vista de la finalidad buscada en el procedimiento penal, como es la comprobación de si los hechos denunciados y sus circunstancias revisten las características de un delito desde la perspectiva de la tipicidad objetiva de la conducta. Si procede la acción penal y la identificación e individualización de los autores o partícipes de la conducta investigada a partir del recaudo de elementos probatorios.

<u>El termino de duración de la indagación preliminar.</u>

La indagación preliminar no puede tener un término indefinido.

La Corte constitucional en Sentencia C-036/03 que declaró inexequible el termino indefinido que se señalaba para la indagación preliminar regulada por el código Disciplinario único, cuando existía duda sobre la identificación o individualización por el autor presunto de una falta disciplinaria, preciso:

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

En otras jurisprudencias constitucionales se ha establecido que la indefinición temporal de la actuación preliminar afectaba gravemente el derecho al debido proceso del indiciado.

De esta manera la investigación o indagación preliminar tiene un término definido y al vencimiento del mismo deberá dictarse auto inhibitorio, si no se han reunido los requisitos para iniciar el proceso ético disciplinario, o en caso contrario, auto de apertura de proceso.

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

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

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

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

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

<u>Derechos de imputado durante la indagación Preliminar.</u>

Es un deber de los Tribunales garantizar el debido proceso y el derecho de defensa ciñendo sus actuaciones a la más rigurosa imparcialidad y cumplimiento de los principios que informan el arte de juzgar.

De esta manera no cabe la menor duda sobre la obligación de comunicarle, (una vez que se encuentre individualizado) al sujeto de investigación, la existencia de una indagación preliminar con el fin de que ejerza su derecho de defensa, pudiendo controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas dentro de las cuales se encuentra la versión libre que deberá ser recibida por el magistrado que adelanta la indagación preliminar. Bastante ilustrativas sobre el tema resultan las sentencias C-175/01 C-555/01 de la Corte Constitucional.

*Tal y como lo planteaba el Dr. Edgar Saavedra Rojas en demanda conjunta de inconstitucionalidad sobre los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que dio origen a la sentencia C-025/09, el efectivo ejercicio del derecho de defensa **ñ**Puede activarse antes de que se adquiera la calidad de imputado, ya que desde una perspectiva interpretativa incluyente no puede existir una limitante temporal para la materialización del derecho a la defensa, como quiera que es una prerrogativa general y universal que surge a partir del momento mismo en que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso.**ò***

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

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

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

Volviendo al caso presente, la indagación preliminar en este caso fue inexistente.

Cuales fueron los motivos de semejante error procesal? Los pobres análisis del tribunal seccional y sus erróneas conclusiones muestran que, en su criterio, basta la lectura de la historia clínica por parte de los magistrados y el abogado asesor para concluir que hubo o no hubo faltas a la ética y deontología profesionales médicas.

Tan simple raciocinio puede ser comparable a una decisión judicial de tipo penal que se basara exclusivamente en un informe de policía. Este puede ser la clave para definir un proceso y tomar una decisión, pero no sin antes haberlo confrontado con otras pruebas que demuestren o contradigan dicho reporte.

Si esta consideración tan primitiva por parte del juez acquo ético disciplinario medico de Norte de Santander fuera tenida en cuenta de manera general, entonces los tribunales de ética médica serian absolutamente redundantes. Y asimismo lo serian los jueces penales, civiles, administrativos y de cualquier otra índole.

Esta costumbre de esa entidad de fallar basada en las notas de historia clínica únicamente debe ser rechazada por completo. Es la nugatoria de todos los derechos individuales, tanto del demandado como del demandante. Constituye una clara muestra de negligencia judicial.

IV- EL FENOMENO DE LA PRESCRIPCION EN EL PRESENTE PROCESO

El proceso llegó a este tribunal nacional el 3 de julio de 2015, es decir, mes y medio después de haberse cumplido los cinco años del periodo de prescripción procesal para investigaciones disciplinarias.

Quedaría un sabor de amarga injusticia en el presente caso, no porque estemos dando un criterio de inocencia o culpabilidad respecto de quienes participaron en el manejo de este caso, sino por las dilaciones injustificadas que se presentaron en diversas entidades del Estado, que obstaculizaron, entorpecieron y demoraron este proceso.

Y a esto también contribuyó el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander, quien no solamente incurrió en demoras adicionales, sino que de manera negligente y francamente opuesta al espíritu y la hermenéutica exegética de la Ley 23 de 1981, no se desempeñó con la diligencia y rigurosidad que el caso exigía y se apartó de la ley de manera flagrante, a través de una serie de análisis que esta superioridad rechaza de manera enérgica.

En sentencia numero 1764 del Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia, con ponencia de este mismo magistrado (FGM) se expresó:

ñé *Llama la atención la demora, verdaderamente injustificada, de este proceso por espacio de casi cinco años en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, lo cual obedece a numerosos actos procesales dilatorios por parte del acusado y sus defensores, así como a falta de celeridad y eficacia por parte de ese tribunal seccional*

Estas demoras o dilaciones encaminadas a buscar la prescripción de este proceso dejan un amargo sabor de falta de diligencia en el tribunal de primera instancia.

Se llama entonces la atención del juez acquo en este sentido, porque debemos declarar este instituto procesal de la prescripción, obedeciendo los mandatos de la Ley que así nos obliga a actuar.

Simplemente enunciaremos el respaldo procesal que apoya esta obligación de esta superioridad.

I- LA PRESCRIPCION EN EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

RESPECTO DE LA PRESCRIPCION, en providencia numero 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA se expreso lo siguiente

é

ñé *Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:*

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981 . Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

é

En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:

ñ *La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.-*

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años .-

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

ñ *Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.-*

é é .

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar".

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.
é
Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.
*Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexequible el parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución****é ò***

El anterior raciocinio debe reconsiderarse desde el punto de vista legal, en el aspecto de Interrupción de la Prescripción ético disciplinaria, como se considera en el siguiente acápite.

V- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Debe analizarse aquí un aspecto de capital importancia que viene preocupando a los tribunales de ética médica colombianos, tanto seccionales como nacional, respecto de la prescripción que ha sido analizada previamente.

Por muchísimas razones, muchos procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e inefectividad en la resolución de casos de variada índole.

En nuestro sistema profesional medico se presentan varias causas de prescripción, entre las cuales mencionamos solamente algunas:

1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las victimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria.
2- La falta de diligencia por parte de las entidades estatales o privadas que conocen de las posible faltas disciplinarias y se demoran en denunciarlas ante los tribunales disciplinarios.
3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.
4- La excesiva carga de procesos en manos de un numero insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.
5- Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias,

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles, presentación de nulidades inexistentes, etc.

6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

Es una realidad que en la Ley 23, regulatoria del proceso ético disciplinario no existe ninguna previsión normativa relacionada con la prescripción y menos aún, sobre su posible interrupción. Esta laguna legislativa nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la posibilidad de la integración legislativa con normas de otros ordenamientos, para que podamos responder a éste interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas. En el ámbito jurisdiccional, ejerce el ius puniendi, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana1, ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital 2, la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes3, la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles 4, la prohibición del destierro, la cadena perpetua, y la confiscación 5; de

[1] ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, ***FUNDADA EN EL RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA***, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Lo destacado no lo es en el texto).

[2]ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

[3]ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida6; de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones 7, de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad de locomoción8. Igualmente es perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo9, la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse

---

[4]ARTICULO 28. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.
Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

[5]ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.
No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

[6] 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).

[7] ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.
En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.
La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. ***SÓLO PUEDEN SER INTERCEPTADAS O REGISTRADAS MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY.***
Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

[8] ARTICULO 28. Toda persona es libre. ***NADIE PUEDE SER MOLESTADO EN SU PERSONA O FAMILIA, NI REDUCIDO A PRISIÓN O ARRESTO, NI DETENIDO, NI SU DOMICILIO REGISTRADO, SINO EN VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, CON LAS FORMALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LA LEY***.
La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.
En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Lo destacado no lo es en el texto).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

dentro de los parámetros del debido proceso10, la práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites de la legalidad11 y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano12.

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento, 13 que al decir de Escriche, es evitarle al

---

[9]ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

[10]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.

[11] Ley 906 de 2004. 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.

[12]ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[13]*Non bis in ídem*. Estas palabras latinas, que literalmente significan no dos veces sobre lo mismo, contienen un axioma de derecho, cuyo sentido es que por un mismo delito no se ha de sufrir mas que una persecución; es decir, que no puede ser nuevamente acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él; é é é é é é é

Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese esperar asilo sino en la tumba.

Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia, Don Joaquín Escriche, Magistrado de la Audiencia de Madrid, pág 1338 Garnier Hermanos. Libreros Editores. París, Sin año de edición.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo Nro. 2 de 2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contentivo del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional 14.

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua15, y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos16.

Como consecuencia de ésta reforma constitucional y de la subsiguiente ratificación del Pacto de Roma, a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y de guerra

---

[14] 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.

[15] Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. **Artículo 77**. ***Penas aplicables***

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5o del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

B) LA RECLUSIÓN A PERPETUIDAD CUANDO LO JUSTIFIQUEN LA EXTREMA GRAVEDAD DEL CRIMEN Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CONDENADO.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (Lo destacado no lo es en el texto)

[16] Ley 742 de 2002. **Artículo 29**. ***Imprescriptibilidad.*** Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

podrían hacerse acreedores a la cadena perpetua como pena y a la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre y cuando dichas conductas sean avocadas en su conocimiento por la Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de subsidiaridad de su competencia.

Bien se sabe, que dicho Estatuto es complementario de las legislaciones nacionales y por tanto, la Corte Penal Internacional solo adquiere competencia cuando se dan ciertos supuestos expresa y taxativamente contemplados en dicho texto. Si la Corte Penal no adquiere competencia, esos delitos de lesa humanidad, serán conocidos por la justicia nacional y los responsables se harán acreedores a las penas previstas en la ley penal nacional y la prescripción de la acción y de la pena será de conformidad con las previsiones de nuestras leyes.

El vocablo prescripción en su contenido lingüístico en el ilustrado concepto de Cabanellas significa:

> ñ**PRESCRIPCIÓN**. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. ***CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA***. Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra. 17 (Lo destacado no lo es en el texto).

El mismo autor en relación con la prescripción de la acción nos indica:

> **ñPRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. *NO PUEDE EJERCERSE EFICAZMENTE ÉSTA UNA VEZ TRANSCURRIDO CIERTO TIEMPO DESDE HABERSE DELINQUIDO.***
> ***é é .***
>
> Esta caducidad procesal empieza a correr desde la medianoche del día en que se haya cometido el delito o, de ser éste continuo, desde aquel en que cesó de cometerse.[18] (Lo destacado no lo es en el texto).

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

> ñ**PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.** ***LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.*** [19] (Lo destacado no lo es en el texto).

[17] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 373, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

[18] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

[19] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

la providencia No.65-2015

La prescripción es un fenómeno jurídico que se presenta cuando se le vence al Estado en el ejercicio de sus facultades persecutoras un tiempo determinado dentro del cual podía ejercer el legal hostigamiento o ejecutar el castigo impuesto. Si dentro de éste lapso de tiempo, el Estado no puede consumar la persecución o implementar el castigo, cesa su competencia persecutora o sancionadora, como consecuencia del perfeccionamiento del fenómeno de la prescripción de la acción o de la pena.

Con la consumación de la prescripción de la acción, el Estado pierde la competencia para poder seguir investigando o tramitando el juicio, según el caso, por haberse perfeccionado el fenómeno de la prescripción y en tratándose de la prescripción de la pena, pasado el tiempo previsto en la ley, sin que el Estado hubiera podido ejecutar la pena impuesta por medio de sentencia ejecutoriada, pierde la capacidad de poderla ejecutar, precisamente por haberse vencido el tiempo que el legislador le concedió para que la pudiera hacer cumplir.

La prescripción de la acción penal se encuentra prevista en el artículo 83 del vigente Código Penal (Ley 599 de 2000) al determinarse:

> ñ 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.
>
> El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.
>
> (***Artículo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007***). Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.
>
> En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.
>
> Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.
>
> Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.
>
> También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.
>
> En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

La prescripción de la pena aparece consagrada en el artículo 89 del Código Penal al precisarse:

> ñARTÍCULO 89. ***TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL.*** La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años

La acción penal o capacidad del Estado para investigar hechos delictivos o conductas disciplinarias, surge precisamente de la consumación de la conducta tipificada en la ley, bien por acción o bien por omisión, bien por acción delictiva instantánea o permanente.

En tales circunstancias el término de prescripción comienza a contarse desde el día en que se perfeccionó la acción o la omisión mediante la cual se consumó la conducta típica.

En las conductas de consumación instantánea es obvio, que el tiempo prescriptivo de la acción comienza a contarse desde el día en que se realizó la acción o la omisión que produjo el resultado antijurídico. En el caso del homicidio desde el día en que se produce la muerte de un ser humano como consecuencia de la acción o de la omisión realizada por el sujeto agente del delito.

En las conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, a partir del día en que se realizó la última acción delictiva. En el hurto continuado, a partir del día en que se consumó la última sustracción y en conductas permanentes como el secuestro, desde el día en que la persona por cualquier motivo recobra la libertad o fallece dentro del ilícito cautiverio.

En las conductas omisivas el término prescriptivo de la acción comenzará a contarse desde el día en que haya cesado el deber legal de actuar.

La iniciación del término prescriptivo de la acción penal aparece regulado en el actual código penal, en su artículo 84 al determinar:

ñARTÍCULO 84. INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación[20].

[20] ART. 86.ð **Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción.** La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Pero esa tradición jurídica se pierde con las previsiones del artículo 6º de la ley 890 de 2004 que modifica tal concepción y se dispone que la prescripción se interrumpe es con la formulación de la imputación. Es obvio que esta modificación se produce como consecuencia de comenzar a regir el nuevo sistema procesal acusatorio.

> ñ ARTÍCULO 86. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN.
>
> <Inciso 1o. modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.
>
> Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Hoy con la norma disciplinaria vigente 21, y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha dispuesto que la prescripción de la acción disciplinaria comenzará a contarse a partir del auto de apertura del proceso disciplinario.

Lo anterior nos indica que hubo una profunda modificación en cuanto a la forma de comenzar a contarse la prescripción de la acción disciplinaria, porque ya no es desde el momento de la consumación, ni desde la ejecución del último acto, ni desde que cesó el deber de actuar, como se había contemplado en la legislación anterior, sino que el término prescriptivo se comenzará a contar a partir de la fecha en que se dicte auto de apertura de la investigación disciplinaria.

Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios. Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano

---

[21] ARTÍCULO 30. ***TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA***. Modificado por el articulo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. ***CADUCIDAD Y PRESCRIPICIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA***. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:
La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

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

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

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y\o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración 22, al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la ley penal favorable 23, y al principio de integración, para llenar los vacíos que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido[24].

Lo anterior, porque el Código Disciplinario Médico, Ley 23 de 1981, en el artículo 82, ordena que los vacíos existentes en esa norma sean llenados por remisión a las previsiones del Código de Procedimiento Penal. En ésta norma se evidencia la voluntad del legislador, que fue consciente que eran disciplinas con características y principios similares, y por ello ordenó que sus vacíos se llenaran en el ámbito del derecho procesal penal y de ningún otro ordenamiento.

Es evidente que éste tipo de regulaciones normativas no cubren la totalidad de los fenómenos de derecho penal material, ni del derecho procesal penal que se presentan en el adelantamiento de los procesos disciplinarios, vacíos que de manera necesaria, se deben

---

[22] **Ley 599 de 2000. ART. 2º** ***INTEGRACIÓN.*** Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.

Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. ***PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES***. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

[23] **Ley 599 de 2000. ART. 6º** ***LEGALIDAD.*** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.
La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.
La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 6o. ***LEGALIDAD***. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

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

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

[24] **ARTÍCULO 25**. ***INTEGRACIÓN.*** En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

llenar de conformidad con las previsiones penales y procesales señaladas con anterioridad y que aparecen consagradas en los códigos penal y procesal penal, actualmente vigentes.

Lo anterior, porque como ya lo adelantábamos el juez, bajo ninguna circunstancia puede abstenerse de fallar un proceso, argumentando ausencia de normas o vacíos probatorios, so pena de incurrir en una conducta delictiva. La Ley 153 de 1887, en relación con éste tema dispone:

> ñ **ARTÍCULO 48**. **LOS JUECES Ó MAGISTRADOS QUE REHUSAREN JUZGAR PRETEXTANDO SILENCIO, OSCURIDAD Ó INSUFICIENCIA DE LA LEY, INCURRIRÁN EN RESPONSABILIDAD POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA**. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es por las circunstancias normativas precedentes que ha de concluirse que pese a que el artículo 82 solo remite a las normas procesales penales, para efectos de cumplir con el deber de impartir justicia se debe hacer remisión a las normas penales, procesales o disciplinarias que sean necesarias para llenar los vacíos que pudieran existir en éste ordenamiento y que por tal circunstancia, pudieran convertirse en un obstáculo para las decisiones que deben ser tomadas.

Lo anterior, no descarta entonces que para efectos de poder dictar un fallo disciplinario tuviera que hacerse remisión a normas del Código Penal, del Código Disciplinario Único, o de cualquier otra normatividad procesal con la que pudieran llenarse vacíos o lagunas normativas contenidas en el Código Disciplinario.

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudirse a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes 25, y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.
Como una parte del derecho penal material, el derecho disciplinario debe ser concebido y reglamentado dentro de las garantías y características del derecho penal material, pero es obvio, que haciendo parte del derecho administrativo, sus decisiones tienen la opción de ser cuestionadas en el ámbito de la justicia Contencioso Administrativa.

---

[25] ñLey 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Toda la conceptualización propia del debido proceso, con sus derechos y garantías que son propias para el derecho penal son extensibles al ámbito del derecho disciplinario, porque ambos pertenecen al ámbito del derecho sancionador y las únicas diferencias existentes es en relación con las consecuencias punitivas al producirse el juicio de responsabilidad.
Dentro de esa naturaleza compleja del derecho disciplinario ha de concluirse entonces que el trámite de los procesos disciplinarios debe adelantarse con el apego de los principios y garantías propias del derecho penal material y que la decisión final del proceso disciplinario si es susceptible de ser cuestionada ante la justicia contencioso administrativa.
El Derecho Penal Disciplinario en el pensamiento de don Luis Jiménez de Asúa:

> ñ Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena ñ[26].

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

Es importante igualmente destacar que el rigor que en la descripción de las conductas típicas que se exige en el ámbito del derecho penal no se da en el derecho disciplinario, puesto que al decir del maestro Jiménez:

> ñ A nuestro juicio, lo que acontece es que la infracción suele estar formulada inconcretamente, vagamente. En este sentido y por lo mismo que los tipos penales son agotadores, no le falta razón a Max Ernesto Mayer al establecer como características del Derecho Penal disciplinario la ausencia del tipo ñ. [27]

La potestad disciplinaria que posee el Estado deviene directamente de la propia Constitución, puesto que al imponerse una serie de deberes a los funcionarios públicos, se prevé la posibilidad de su sanción para garantizar el correcto y eficiente funcionamiento del Estado en todas y cada una de sus manifestaciones.

La Constitución Nacional en el capítulo destinado a la función pública, precisa y determina quienes son funcionarios públicos y delega en la ley para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.[28]

[26] Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967.-

[27] Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Ob cit. Tomo I pág 44.-.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado 29, y la de éstos y los particulares en el artículo 6º del mismo Estatuto 30, confiriéndose a la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6º del artículo 277 de la C. N.[31].

Por delegación legal del Estado, se faculta a algunas instituciones privadas, con funciones públicas transitorias, para que ejerzan igualmente funciones disciplinarias como ocurre con las corporaciones docentes respecto de los estudiantes, los patrones en relación a las faltas cometidas por los trabajadores de conformidad con un reglamento del trabajo debidamente autorizado por el Ministerio del Trabajo, en la actividad deportiva por parte de las ligas aficionadas o profesionales en relación con las infracciones al reglamento deportivo, por delegación directa de la Ley del Deporte y en las agremiaciones profesionales, para ejercer un control sobre el ejercicio adecuado de esas profesiones que son autorizadas y reglamentadas por el Estado.

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad 32.

La potestad disciplinaria ha sido definida por Julio Pratt, como :

---

[28] Art. 123.- Son servidores publico los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.-

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.-

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.-

[29] Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.-

[30] ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

[31] Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones publicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.-

[32] Art. 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.-

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ñ La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo 33.

Es claro que al ser un derecho sancionador y al poderse afectar derechos trascendentes del ciudadano, como sería por ejemplo excluirlo del ejercicio profesional por un tiempo más o menos largo, que en la actualidad puede llegar a ser hasta de cinco años, es apenas lógico que dicho poder punitivo se encuentre perfectamente regulado para evitar que se pudieran cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos sometidos a tales controles.

Es por ello que en éste ámbito predomina de manera relevante el principio de legalidad, tanto en el área de la definición de las conductas constitutivas de falta disciplinaria, como en el área procesal, en cuanto a los procedimientos que deben seguirse para finalmente poder imponer una sanción disciplinaria.

La Constitución de 1.991 dispuso un muy especial cuidado a los problemas relacionados con la salud, la seguridad social y el desarrollo integral y armonioso de los ciudadanos al establecer una serie de normas que tienen como finalidad fundamental garantizar el pleno y libre desarrollo de la personalidad, dentro del más estricto respecto a la dignidad de ser hombre.

Es por ello que en el artículo 43 estableció que la mujer:

" Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada ".

En el 44 se determinó que:

" Son derechos fundamentales de los niños; la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada.....

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y en el 47 la protección de los minusválidos, mientras que en el 48 se determina la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado; para finalmente establecer en el art 49 que:

" 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,

---

[33] Derecho Administrativo, Julio Pratt, Tomo I. Pág 154. Montevideo 1977.-

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

" Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad."

" La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria ".

" Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad ".

En el art 50 se consagra el derecho de todo niño menor de un año a recibir atención gratuita en todas las instituciones que reciban aportes del Estado cuando no tuvieren cobertura en salud.

Dentro de tales parámetros normativos es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los colombianos, destacándose éste como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el substrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales es claro que se debe dar una mayor protección a la conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.

Es entonces indiscutible que por ser el objeto de estudio y del ejercicio de la medicina la vida humana, se trata de una profesión prioritaria dentro de la vida de la comunidad y por ello el Estado se ve en la obligación de reglamentarla y controlarla con mayor precisión y exigencia que las otras profesiones liberales que están autorizadas en su ejercicio por la Constitución y la Ley.

La ley ética no ha sido concebida con un propósito persecutorio contra los médicos, sino con la laudable finalidad de garantizar un ejercicio responsable de esta profesión y de tal manera obtener la concreta vigencia y cumplimiento de los principios constitucionales antes citados.

Es dentro de este entendimiento que no es posible que pueda concebirse el proceso ético-médico como un instrumento de venganza privada, o un medio de persecución puesto en manos de los pacientes o de sus familiares, para hostigar al profesional de la medicina del cual recibieron sus servicios, ni menos aún que mediante el mismo, pudieran aspirar o pretender obtener el resarcimiento de los perjuicios económicos que afirman haber sufrido como consecuencia de la intervención médica.

El proceso de ética médica pretende ante todo garantizar un cabal, técnico, científico y humanizado ejercicio de la medicina y es por ello que su objetivo fundamental es de naturaleza social y pública, puesto que se convierte en un instrumento de seguridad para todos los integrantes de la comunidad.

Es por su naturaleza de derecho público y de sus objetivos eminentemente sociales, de bienestar general de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, razón suficiente

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

para pensar como inconcebible que pretendiesen constituirse en parte civil para como resultas del proceso obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos.

Constituyen los Tribunales de Ética Médica y en general de ética profesional una necesidad social insoslayable, porque si bien la Constitución consagra la libertad de profesión y oficio, también lo es que al garantizar la vida, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la vivienda y tantos otros derechos, para la preservación de los mismos, debe garantizársele a los integrantes del núcleo social que los servicios profesionales que reciben sean idóneos y prestados con pericia y diligencia.

Es la razón por la cual, pese a la libertad de escogencia profesional el Estado se abroga el derecho de reglamentar y controlar todas las profesiones admitidas normativamente, porque de no ser así los derechos consagrados y garantizados estarían siempre en inminencia de ser vulnerados por un ejercicio profesional en contravía de los lineamientos técnico-científicos y legales.

Son entonces los Tribunales de Ética una necesidad social y un positivo aporte para la dignificación de las diversas profesiones, porque es claro que aun en el caso específico que nos preocupa, un médico deshonesto desdice de su profesión, la mancha y con tal ofensa afecta a la integridad de los miembros del cuerpo médico, porque es bien sabido que el pueblo, cuando ocurren situaciones o circunstancias que lo afectan no particulariza al deshonesto, sino que generaliza, haciendo referencia al cuerpo médico en su globalidad.

Los Tribunales de Ética Médica entonces están concebidos para garantizar el correcto ejercicio de la medicina y cumplido éste propósito, efectivizar los más altos intereses constitucionales de velar por la salud y la vida de los ciudadanos de Colombia.

Creemos que los médicos dentro de tales previsiones no solo deben esforzarse en cumplir personalmente de la manera más estricta con sus deberes, sino que deben poner en conocimiento de las autoridades todo acto médico que deshonre la profesión y que afecte la moral y la honra médica, porque con tal procedimiento no solo están colaborando en bien de la salud y la vida de los miembros de la comunidad, sino que está protegiendo el presente y el futuro de la profesión médica.

Desde ésta perspectiva, ha de concluirse que la ley de Ética Médica es una ley especial, en cuanto contiene los procedimientos sancionatorios para garantizar que los principios constitucionales respecto a la vida y la salud se mantengan incólumes desde la perspectiva del ejercicio profesional médico; respecto del Código Contencioso Administrativo, que es una ley general, puesto que prevé la forma de solucionar los conflictos entre el Estado y la persona y entre los diversos entes conformantes del Estado

La Constitución establece el concepto del debido proceso constitucional en el artículo 29 al disponer:

> ñ 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.-

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

> 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.

El debido proceso es universal y se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es el conjunto de normas constitucionales y legales por medio de las cuales se limita el poder punitivo del Estado, y la autoridad ejercida por quienes ejercen la función represiva del Estado, para efectos de garantizar la vida, la libertad, la dignidad y los derechos fundamentales del ciudadano que podrían verse vulnerados por la actuación abusiva y arbitraria de sus funcionarios.

Es claro que la función represiva solo puede ser ejercida por el Estado, de manera directa por los funcionarios encargados de ejercer la represión y se puede encomendar por disposición expresa de la ley para que en determinados asuntos (de carácter administrativo, docente, laboral, deportivo o profesional) esa función sea ejercida por particulares que de manera general cuando la realizan actúan transitoriamente en calidad de servidores públicos.

El principio de legalidad engloba no solo la necesidad de una previa definición de las conductas que deben ser objeto de sanción, sino que igualmente comprende la previa creación a la realización de la conducta de los jueces que han de investigar y juzgar tales comportamientos, sino la creación igualmente previa de los ritos procesales que han de seguirse tanto en la investigación como en el juzgamiento; y es claro que la legalidad referida a las conductas que son objeto de reproche comprende igualmente el señalamiento de las sanciones que habrán de imponerse en caso de concretarse una cualquiera de tales conductas.

La legalidad constituye la más extraordinaria garantía que el Estado pueda consagrar en beneficio de sus súbditos porque es claro que con ella el ciudadano queda libre de persecuciones que podrían ser implementadas por el propio Estado o de la arbitrariedad caprichosa de sus funcionarios.

Por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 en todos los vacíos existentes en la ley, los mismos serán resueltos con remisión a la normatividad procesal penal.

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidas en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

La diametral diferencia entre las instituciones procesales entre un procedimiento escrito a uno eminentemente oral lleva a que muchas instituciones de la nueva codificación procesal son inaplicables al sistema escrito que rige para el sistema procesal disciplinario, dificultades, que han obligado a que los Tribunales de Ética hayan resuelto la problemática de los vacíos legislativos, acudiendo al Código Disciplinario Único.

Y nos atreveríamos a afirmar que dicha remisión se ha venido haciendo respecto de toda la normatividad penal en general, para efectos de poder resolver por lo menos de manera jurisprudencial algunos vacíos existentes en la ley no solo en lo relacionado con las normas de procedimiento, sino igualmente con las normas del derecho penal material, como ocurre por ejemplo con el vacío existente respecto al período prescriptivo de la acción, que evidentemente por prohibición constitucional no podría concluirse en su imprescriptibilidad y que nos obliga a remitirnos a la legislación disciplinaria ordinaria, por ser la más cercana a las características de éste especial proceso.

El legislador consciente de la naturaleza o característica penal del derecho disciplinario quiso que en los vacíos existentes en la legislación disciplinaria se acudiese a normas de naturaleza penal para llenar sus vacíos y esta voluntad del legislador es entendible, porque siendo el objetivo y las características del proceso penal muy especiales, en cuanto a tratarse de una acción de carácter personal, y teniendo como su función fundamental el análisis y valoración de la conducta humana, era necesario, que las disciplinas derivadas del derecho penal, entre ellas, el disciplinario, llenaran sus vacíos con normas de naturaleza igualmente penal, porque ellas conservan la necesaria filosofía que caracteriza al derecho penal, de una manera diferente a las otras ramas que integran la enciclopedia de las ciencias jurídicas.

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

> ñ Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

la providencia No.65-2015

La anterior norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-083 del 1º de marzo de 1995, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria en la que se sostuvo:

> ñ Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:
>
> "Art. 8. **Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho**" (Subraya fuera del texto).
>
> "Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".
>
> El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, "a falta de legislación positiva". Es la que se conoce en doctrina como costumbre praeter legem, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación sub judice y aquélla sí lo hace.
>
> 6.2.3. La plenitud del orden jurídico.
>
> El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio[34], quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.
>
> Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen[35] en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -verbigratia-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:
>
> "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".
>
> Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.
>
> Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo

[34] La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.
[35] Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

Pero si el juez está avocado a fallar, y además tiene la obligación de hacerlo, ¿cómo lograr, dentro de un Estado de derecho, el objetivo inherente a éste, que no haya conductas oficiales sin soporte normativo y, en consecuencia, que no haya decisiones judiciales arbitrarias?. Cada ordenamiento positivo lo hace a su manera, aunque el derecho comparado muestra significativas similitudes sobre el punto. Lo que sí es claro es que, inescapablemente, en ciertas situaciones límites, un gran margen de arbitrio judicial resulta inevitable.

Compete a la Corte examinar qué mecanismos ha dispuesto el ordenamiento colombiano para conseguir el objetivo enunciado y cómo ha de entenderse su verdadero alcance, muy especialmente a la luz de la Constitución del 91.

6.2.5. El problema, en Colombia a la luz de la Carta vigente.

El artículo 230 de la Carta establece:

"Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". (Subrayas de la Corte).

La pregunta que debe absolverse es ésta: ¿derogó la "norma de normas", mediante la disposición transcrita, al artículo 8° de la ley 153 de 1887, anterior y de inferior rango jurídico?.

Para responder cabalmente a ese interrogante es preciso analizar y precisar el contenido del citado artículo 8°. Vuelve a reproducirse su tenor:

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". (Subrayas de la Corte).

A juicio del demandante, al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8°, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria. Por la misma razón, anuló entonces el art. 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada qué discutir, pues esta Corporación, mediante decisión que hizo tránsito a la cosa juzgada, declaró la exequibilidad de dicha norma. (Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994). Se contraerá, pues, la Sala al examen del artículo 8°.

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley "exactamente aplicable al caso controvertido", enunciaba la analogía ("aquéllas que regulen casos o materias semejantes"), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen36 al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ..." (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexequible el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el

36 Op. cit.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

cual se ordenaba tener "como criterio auxiliar obligatorio" "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional", mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo[37] en su

[37] Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "**La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil".** (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. "...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés[38] al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "....los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió[39], al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "....No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos[40], si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan

[38] Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.
[39] Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.
[40] El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla "nemo auditur ..." que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación.

El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

ñ ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) **Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública**. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si se tiene en cuenta que la normatividades sancionatorias (penal material, procesal penal, disciplinario), son materias especiales, respecto de las normas procedimentales de carácter administrativo, habrá de concluirse que en éste caso particular el vacío existente en la ley debe llenarse con la remisión al Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pues reúne una doble connotación, que tiene la misma naturaleza de la Ley 23 de 1981, por regular ambas procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria. La mencionada ley en relación con la prescripción de la acción disciplinaria dispone:

ñARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPICIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

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

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

PARÁGRAFO. **Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique**. (Lo destacado no lo es en el texto).

La Corporación quiso expresamente citar algunas de las normas constitucionales relacionadas con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social, para destacar la indesconocible trascendencia de la temática, en la que el instrumento disciplinario regulatorio de la profesión médica cumple un rol trascendental para mantener la vigencia y validez de los mencionados principios.

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que respondiese a la trascendental misión encomendada al instrumento procesal disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicio a los intereses generales de la Nación. Sería entonces imposible la aplicación de las previsiones del Código Contencioso Administrativo, que reduciría de una manera ostensible el término prescriptivo, con grave perjuicio para la nación colombiana y de cada uno de las personas que la integran.

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley 41, porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un periodo prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, la apertura de la acción disciplinaria ético médica inició el 20 de septiembre de 2013, como consta en el folio 85 del cuaderno principal de este proceso.
Por lo expresado, se debe interrumpir la prescripción que venia siendo acumulada contando la fecha 22 de mayo de 2010 y se considera que los cinco años de prescripción se reanudan

---

[41] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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

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

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

a partir de la fecha de inicio de la acción disciplinaria: 20 de septiembre de 2013, con lo cual el termino de prescripción se contará hasta el 20 de septiembre de 2018[42].[43]

---

[42] Este asunto de la interrupción de la prescripción fue discutido en el taller respectivo en la reunión de Tribunales el día el 19 de junio de 2015 celebrada en esta ciudad de Bogotá, con participación de varios magistrados de los Tribunales Nacional y Seccionales y varios Abogados Secretarios.
Hay que destacar los aportes intelectuales de la doctora María Mereces Vásquez Piñeros (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá), del doctor Jacob Cuellar Bermúdez (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Etica Médica del Cauca), de la doctora Gladys León Salcedo, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Cundinamarca), de la doctora Vanesa Francisca Guerra Castañeda, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Huila), del doctor Carlos Andrés Bolaño Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Etica Médica del Chocó) de la Doctora Zenit Cabrera Sierra Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bolívar) de la doctora Ramona del Socorro Mosquera (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica del Atlántico) del doctor Juan Carlos Torres Díaz (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Etica Médica de Arauca) y la doctora Alejandra María Zapata Hoyos (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia).

Así mismo de los señores Magistrados del Tribunal Nacional de Etica Médica doctores Germán Gamarra Hernández, Fernando Guzmán Mora y los presidentes de los Tribunales Seccionales doctores; Germán Uriza Gutiérrez (Cundinamarca), Gabriel Puello Suárez (Magdalena), Dora Lilia Baquero Maldonado (Meta), Edgar Villota Ortega (Nariño), Abdiel Castaño Bardawil (Risaralda) Juan Guillermo Barrera Carvajal (Santander) Fernando Guzmán Martínez (Tolima) y Luis Gerardo Salcedo Prieto (Valle del Cauca)

[43] Inició la intervención la Dra. MARÍA MERCEDES VÁSQUEZ PIÑEROS manifestando que en la actualidad son generalizadas las inquietudes en todos los Tribunales Seccionales sobre el tema de la prescripción. Lo anterior porque en la práctica las quejas llegan cuando falta poco tiempo para que ocurra la prescripción, ello aunado a que en algunos tribunales el volumen de procesos es muy alto, por ejemplo en el Tribunal de Bogotá hay 800 procesos activos aproximadamente con las dificultades que implican las citaciones de médicos, testigos, las solicitudes de aplazamientos y en general las maniobras dilatorias de los abogados defensores. Por todas estas y otras razones, el término de 5 años resulta insuficiente en la mayoría de los casos.
Explicó que el término de prescripción que adoptó el Tribunal Nacional de Ética Médica en el año 2002 fue el establecido en el artículo 30 del Código Disciplinario Único, antes de su modificación, es decir 5 años desde la ocurrencia de los hechos.
El citado artículo 30 fue modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, según el cual el término de prescripción de 5 años se empieza a contar a partir del auto de apertura de investigación disciplinaria .
De acuerdo con el concepto del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 2006, con radicado 1100103-06-000-2006-000-64-00 (1757) M.P. Flavio Augusto Ramírez Arce, corren los 5 años de prescripción y se interrumpen cuando hay resolución de cargos.
Señaló que esto es importante porque hay manifestaciones del acto médico que se gestan después de que han transcurrido más de 5 años desde su realización, por eso con un término de 5 años que no tenga interrupción, el derecho de acudir a la justicia disciplinaria en muchos casos se ve cercenado porque cuando se interpone la queja ya han transcurrido los 5 años o están por finalizar. En el caso de los biopolímeros la persona se da cuenta del daño cuando ha transcurrido mucho tiempo. Esto refleja la existencia de una problemática que se debe resolver para dar respuesta a los pacientes que sufren estos inconvenientes, con el fin de no vulnerar el acceso a la justicia.
El Dr. Guzmán Mora manifestó que cuando hay uso de biopolímeros de por medio, se ha demostrado que ni siquiera se cuenta con la respectiva autorización del INVIMA y así el uso fuera legal, es un hecho cierto que los daños por alogenosis empiezan a aparecer después de 7 años de la intervención, cuando ha caducado la acción y ha prescrito la potestad disciplinaria. Entonces, como ya somos conocedores de esta realidad, es necesario evaluar las alternativas que se tengan al alcance para aplicar un término de prescripción diferente, determinando cuál de las leyes existentes nos permite prolongar en el tiempo la prescripción, cuya aplicación pueda estar enmarcada en la Ley 23 de 1981.
Señaló que artículo 13 del Decreto 3380 de 1981 dispone lo siguiente:
ñTeniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médicoò

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Ello quiere decir que en este momento como ya se conoce la problemática, no sería aplicable la citada norma a los médicos que apliquen biopolímeros porque ya se sabe cuál es la consecuencia de su aplicación. Agregó que según su criterio el proceso ético disciplinario debería ser más de tipo penal que civil o disciplinario porque la penalización hace que los actos sean expeditos y las sanciones más estrictas.
Seguidamente explicó la diferencia entre caducidad y prescripción, señalando que caducan acciones y prescriben los derechos. La acción se mira desde el punto de vista de quien puede demandar, es decir, si el interesado no interpone la queja dentro de los 5 años, la acción caduca. Lo que prescribe es la facultad de juzgar o dicho de otro modo, el derecho del estado a juzgar. En todo caso son dos figuras de terminación del proceso.
La prescripción no opera si no se solicita y no es oficiosa. La caducidad si puede ser oficiosa y está dirigida a la salvaguarda del interés público.
Las diferencias entre una y otra muestran que se limita más el derecho de la persona a accionar que el derecho del Estado a impartir justicia.
El Dr. Jacob Cuéllar manifestó que la metodología para abordar el tema de la prescripción de la acción disciplinaria en sede de Ética médica, es partir del artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, que como norma especial impone una remisión clara a las normas de procedimiento penal. Primero: al acudir a la norma procesal, que si bien es de tendencia acusatoria, en el artículo 332-7, establece como causal, el vencimiento de términos, pero más aún si fuéremos más precisos normativamente, el artículo 77 , que dispone las causales de extinción de la acción penal, consagra como causal la prescripción, y este tópico está regulado en la misma normatividad procesal en el artículo 292 sobre su interrupción; norma procesal que nos lleva al artículo 83 del en el código penal, en el que se establece que el termino básico de prescripción de la acción es de cinco años.
En este punto, surge un problema de aplicación de la norma, porque ella indica que la providencia o acto procesal que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación y este acto procesal no existe en la norma especial disciplinaria médica, lo que existe es un PLIEGO DE CARGOS, y la una actuación procesal que existe semejante en la norma procesal penal es el ESCRITO DE ACUSACION, esta actuación no tiene la entidad para interrumpir la acción penal, dicho escrito solo tiene inicialmente un efecto disciplinario en el funcionario investigador, el cual pierde competencia para ese caso concreto, y se extiende el termino por 60 días más para la audiencia pública, si vencido este término, ya surge una causal de preclusión de la acción penal, mas no la prescripción.
Como vemos estas normas no resuelven el problema procesal de la prescripción de la acción disciplinaria, con lo cual nos obliga a aplicar el principio de integración normativa , el cual me indica que debería aplicar en esta materia el código general del proceso, el cual a su vez tampoco nos resuelve el problema, con lo cual, debemos seguir con el proceso de integración, acudiendo a las normas que por su estructura y contenido, regulen materias similares, y es en este punto que se debe proceder a acudir al código único disciplinario, ley 734 de 2.002, en su artículo 21 , norma que de manera clara y precisa, regula el instituto de la prescripción de la acción disciplinaria. En efecto, el artículo 30 de le Ley 734 señala:
"La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.
La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. (é)ò
De acuerdo con ello habría que preguntarse cuál es el alcance del término ocurrencia de la falta.
La Dra. Claudia Patricia Gaviria señaló que pensar en ampliar los términos de prescripción implicaría reformar la ley. Por ello se debe buscar en el Código Penal o en la Ley 734 el término de prescripción que más nos favorezca. Con la reforma introducida por la Ley 1474 a la Ley 734 se cuentan los términos a partir del auto de apertura y con el Código Penal corre desde la ocurrencia de los hechos, por eso, para los Tribunales es más favorable la Ley 734.
El Dr. Jacob Cuéllar, manifestó que se debe tener en cuenta que como en nuestro campo nos rige la Ley 23 de 1981 que es una ley especial y remite al Código de Procedimiento Penal, no se puede entrar a aplicar de entrada la Ley 734. En efecto, hay dos sentencias de la Corte Constitucional (C-259/1995 y la C-259/2005) en las cuales se efectúa un análisis de la Ley 23, específicamente sobre la remisión por el principio de especialidad. En ellas se dice que la remisión es al Código Procesal Penal vigente, en aquello que sea posible y no afecte la naturaleza del proceso disciplinario. Las dos hablan de las reglas procesales y se avala la remisión a las leyes procesales penales.
Si en el Procedimiento Penal no se encuentra la solución se debe buscar en las otras normas, en el orden que establece la Ley 153 de 1887. En esta medida, en el Código de Procedimiento Penal se dice que la caducidad

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

VI- CONCLUSIONES

1- El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander no siguió de manera legal los actos procesales consagrados por la Constitución Nacional, la Ley 23 de 1981 y su Decreto reglamentario 3380 de 1981 respecto de la forma de llevar a cabo el procedimiento ético disciplinario medico allí consagrado
2- Varias entidades del Estado mostraron negligencia respecto de su obligación de agilizar el proceso contenido en este caso
3- Existe la sospecha de falsedad documental de la historia clínica en cuestión
4- Al presente caso lo cobijaría el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que han pasado cinco años desde el ultimo acto medico denunciado
5- Pero en el presente proceso, acudimos a la aplicación del artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo ñLa acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinariaò, por los análisis

---

y la prescripción se cuentan desde la ocurrencia del hecho y se interrumpe con la formulación de la imputación. Aplicando esta norma ganaríamos un tiempo de 5 años. No sería una aplicación desfavorable porque ya existe la norma.
En un primer momento se puede pensar que la formulación de la imputación equivale al pliego de cargos porque se entiende que desde allí empieza el juicio. Sin embargo, una cosa es la denuncia y otra cosa el pliego de cargos, pero lo que tenemos en el proceso disciplinario que se parezca a la imputación es el pliego de cargos.
El Dr. Jacob Cuéllar hizo referencia al Estatuto Anticorrupción aclarando que frente a los actos médicos no se puede predicar que sean corruptos sino incorrectos.
El Dr. Guzmán Mora señaló que existen las siguientes alternativas:
1. Aplicar la teoría de la prescripción en cinco años de manera absoluta
2. Aplicar la ley penal que dice que el pliego de cargos interrumpe la prescripción
3. Aplicar la Ley 734 de 2002

La Dra. Claudia Patricia Gaviria llama la atención de que no es lo mismo acusación que imputación, por eso no cree que sean tan sencillo aplicar esa norma porque no se tendría un acto que se asemeje a la formulación de la imputación en el proceso disciplinario y debemos ser muy cuidadosos con la propuesta a realizar de modo que no sea atacada por los abogados defensores y no la puedan tumbar fácilmente mediante tutela.
La conclusión final en el debate, es que si no se encuentra un acto que se pueda asimilar a la formulación de imputación, se debe justificar de tal manera que nos permita acudir a las disposiciones de la Ley 23 de 1.981, luego por disposición del artículo 82, acudir a la aplicación de la ley procesal penal vigente, norma que no resuelve el problema porque en la ley procesal penal, el acto que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación, la cual no es igual a la resolución de pliego de cargos, por ello al no encontrar una solución en esta norma, se justifica poder aplicar otras normas, para llenar el vacío normativo que presenta la ley 23 de 1981, el orden de aplicación es el código único disciplinario, ley 734 de 2002, por regular materias similares.
Se sugiere que el proceso de fundamentación o de motivación de la resolución que se dicte en este tema tenga este orden de argumentación, con la cual se está justificando la aplicación de la ley 734 d 2.002, frente a la no aplicación de la ley penal y procesal penal, en este tema específico, por lo expresado anteriormente por el DR. Jacob Cuéllar, con lo cual se tiene que la prescripción de la acción disciplinaria médica prescribe en cinco años desde la ocurrencia de los hechos, pero que se interrumpe con la resolución de apertura de la acción disciplinaria, según lo dispone el artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo ñLa acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. ..ò

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

efectuados en el acápite VI de esta providencia, respecto de la Interrupción de la Prescripción.

6- Si la acción disciplinaria en el presente caso se inicio el 20 de septiembre de 2010, se interrumpe la prescripción a partir de esta fecha y comienzan a contarse de nuevo los cinco años de dicho termino, el cual culminará el 20 de septiembre de 2018

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Declarar la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCION DISCIPLINARIA en el presente proceso, por hechos ocurridos el 22 de mayo de 2010, y con inicio de la acción ético disciplinaria el 20 de septiembre de 2013, motivo de la presente actuación. En consecuencia, los términos de prescripción de este proceso comenzarán a contarse a partir del 20 de septiembre de 2013 y por espacio de cinco años, con base en los elementos de la parte motiva de esta providencia, contenidos en el acápite VI: CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION.

ARTICULO SEGUNDO. Revocar la decisión de ARCHIVO DEL PROCESO en el presente caso, por no encontrar dicha decisión ajustada a la Ley.

ARTICULO TERCERO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander iniciar INVESTIGACION FORMAL en el presente caso, con el objeto de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, advirtiendo que si se presentan dilaciones injustificadas adicionales, se tomaran las medidas que el caso exija.

ARTICULO CUARTO. Expresar la profunda preocupación de esta superioridad respecto de la actividad procesal del Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander y de su asesor jurídico, exhortando a sus magistrados a que actúen de manera diligente, eficiente y expedita en los actos procesales del presente caso, ajustándose de manera estricta al ordenamiento jurídico colombiano.

ARTICULO QUINTO. Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue las causas de los fenómenos dilatorios en que incurrieron varias entidades

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

del Estado, en especial el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander.

ARTICULO SEXTO. Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación por sospecha de falsedad documental en el documento de Historia Clínica de la paciente LEIDY CAROLINA ACEVEDO LOPEZ.

ARTICULO SEPTIMO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

ARTICULO OCTAVO. Contra la presente decisión no caben recursos.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ
Magistrado-Presidente

FERNANDO GUZMÁN MORA
Magistrado Ponente

FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ
Magistrado

FRANCISCO PARDO VARGAS
Magistrado

JUAN MENDOZA VEGA
Magistrado
No firma por ausencia justificada

JAVIER MURICIO HIGDALGO ESCOBAR
Asesor Jurídico (Ad-Hoc)

MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO
Secretaria