

Santafé de Bogotá, D. C., diciembre primero (1) de mil novecientos noventa y cinco (1995){PRIVADO .}

SALA PLENA SESION No. 451 DEL TREINTA DE NOVIEMBRE (30) DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995)

Magistrado Ponente: Dr. JAIME CASASBUENAS AYALA

Providencia No.48

VISTOS.

Por sentencia del 19 de Septiembre de 1.995, el Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia, solicitó sanción de cinco años de suspensión en el ejercicio de la profesión al Dr. Guillermo Bayer Montoya.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 23 de 1.981, dentro de los quince días siguientes ha corrido traslado a ésta Corporación para que se pronuncie de fondo en relación con la decisión que ahora es objeto de consulta.

Se resolverá lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

HECHOS

Los vecinos del consultorio # 102 ubicado en la calle 57 # 77B-100 de la ciudad de Medellín, mediante llamadas telefónicas

(Página No. 2 continuación providencia No.48)

alertaron a los funcionarios del DAS en el sentido de que allí se estaban practicando abortos.

Con tal información fueron comisionados los agentes Carmen Amelia Ortiz y Duberney Vivas quienes se hicieron presentes en el consultorio del Dr Guillermo Bayer Montoya haciéndose pasar como amantes y con el deseo de hacer abortar pues la señora se encontraba embarazada.

Luego de discutir el precio recibieron cita para realizar el aborto el 9 de marzo de 1.993 a las 10.30 de la mañana y nó antes, porque previamente a las 9.00 debía de atender otra paciente.

En las condiciones precedentes obtuvieron la orden de allanamiento y para el día de la cita observaron la salida de una pareja, dando la mujer signos evidentes de encontrarse muy enferma, personajes que fueron retenidos poco después de abordar un taxi, recibiendo la confirmación por los mismos -

Beatriz Helena Zuluaga y Fernando Jiménez Giraldo - que se acababa de practicar un aborto.

De manera paralela la pareja de agentes del DAS que había pedido la cita, cumplieron con la misma, y cuando el médico se prestaba a realizar las maniobras abortivas el consultorio fué allanado, capturado el médico y se decomisaron diversos instrumentos médicos que sin ser aptos para la realización de prácticas

(Página No. 3 continuación providencia No. 48)

abortivas, sí pueden ser utilizadas con tal fin.

ACTUACION PROCESAL

El proceso por faltas a la ética médica fué iniciado por auto del 4 de mayo de 1.993, luego de perfeccionada la investigación se cerró por auto del 1. de marzo de 1.995 y se formularon cargos por auto del 13 de julio del presente año.

Se realizó la diligencia de descargos con la presencia del apoderado judicial del Dr. Bayer Montoya.

RESULTADOS Y CONSIDERANDOS

Fueron trasladadas las pruebas practicadas por la justicia penal en el proceso en que finalmente el actual imputado disciplinario fué condenado a la pena principal de 22 meses de prisión como responsable del delito de aborto.

La validez y capacidad probatoria de las mismas es indiscutida, puesto que el traslado de pruebas practicadas en un proceso jurisdiccional o administrativo está validado por la propia ley, y se prevee en el artículo 255 del C. de P. P..

El defensor del imputado descalifica como inválidas las mismas por no haber sido ratificadas en este proceso, pero debe recordarse que en relación con el tema se deben seguir los

(Página No. 4 continuación providencia No.48)

lineamientos trazados en el artículo 185 del C. de P. C. que dispone que: " Las pruebas practicadas validamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella ".

Es claro que al haber sido vinculado al proceso penal el Dr Bayer Montoya desde antes de su iniciación mediante versión libre y espontánea y posteriormente por indagatoria, tuvo

siempre la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas y practicadas, y por ello de conformidad con el procedimiento civil no era pertinente el tener que ratificarlas en este proceso para que tuvieran validez.

En criterio de esta Corporación las pruebas aportadas a este proceso son contundentes para efectos de demostrar que el imputado Dr Bayer Montoya ha incurrido en prácticas médicas atentatorias de las normas legales que regulan el lícito ejercicio de la medicina.

Las pruebas en su contra son las siguientes:

1) Las llamadas que dan noticia los funcionarios del DAS en mediante las cuales se les informaba que en ese consultorio se practicaban abortos.

2) La confesión de Beatriz Elena Zuluaga y de José Fernando Jiménez en el sentido de haber acudido a ese sitio para que se

(Página No. 5 continuación providencia No. 48)

le practicara un aborto a la primera de las mencionadas y que efectivamente se le realizó momentos antes de ser capturados.

3) El testimonio de la agente del DAS Carmen Amelia Ortiz, quien haciéndose pasar como Claudia Garcés y en compañía de su compañero José Duberney Vivas, presentándose como amante de la

primera, para efectos de que le realizara un aborto y la respectiva transcripción de la grabación que se tomó en el interior del consultorio, de cuyo contexto surge con claridad el compromiso del profesional médico en la realización de prácticas abortivas. Este testimonio fué rendido inicialmente para obtener la orden de allanamiento por parte del fiscal competente, diligencia que finalmente se llevó a efecto con la presencia de este funcionario del ente acusador.

4) El testimonio rendido dentro del proceso por los agentes Carmen Amelia Ortíz y por José Duberney Vivas donde se ratifican de como acudieron a dicho consultorio para la práctica de un aborto y recibieron una cita para el 9 de marzo en la mañana cuando debía de realizarse.

Informan igualmente como el allanamiento y la captura se producen cuando el profesional aquí implicado se preparaba para la realización de las prácticas abortivas.

5) La transcripción de la grabación que no fué controvertida, ni tachada por el Dr Bayer Montoya, ni por su representante legal, sino que por el contrario es avalada por éste último, puesto que la mención para decir que de su contexto surge el claro propósito del médico de convencer a la supuesta y disfrazada

(Página No. 6 continuación providencia No. 48)

paciente de que no abortara.

En esta grabación se verifica la existencia de una conversación entre una paciente y el médico imputado en la que este da una cita para la realización de un aborto.

Debe enfatizarse que el contenido de la misma está debidamente ratificado por el informe y declaración juramentado de dos funcionarios oficiales como son los agentes del DAS que participaron en el operativo.

6) La misma declaración no juramentada del médico que si bien niega realizar abortos, da una versión que en sus partes centrales coincide en lo declarado por los otros sindicados y testigos y que incluso no niega haber cobrado esa suma de honorarios profesionales, porque ante una pregunta del instructor contesta: " Pues si eso dicen, debe ser así "

Lo anterior unido a la actitud dubitativa que asumió el profesional en su indagatoria que lo llevó incluso en una ocasión finalmente a no contestar lo que se le preguntaba, se considera por esta colegiatura como una confirmación de lo afirmado en otros medios testimoniales.

7) Por el hecho de haber sido condenado anteriormente por la falta disciplinaria de hacer propaganda profesional en una especialidad que no tiene por no haber realizado los correspondientes estudios universitarios. Y esa especialidad es precisamente la ginecología, que lo coloca en excepcional circunstancia profesional para poder garantizar una nutrida

(Página No. 7 continuación providencia No. 48)

clientela en las prácticas ilegales que realiza.

Si bien es cierto que existen constancias de que el profesional aquí implicado estuvo procesado y detenido igualmente por un delito de aborto, e incluso pareciera que efectivamente en 1.983 fué condenado por el delito de aborto, como así lo reconoce el propio defensor en transcripción que se hace de la sentencia del Tribunal de Etica de Antioquia cuando fué condenado por hacer publicidad profesional en relación a una especialidad (ginecología) que no está debidamente acreditada con el título de una Universidad; también lo es, que al no contarse con la copia de la sentencia condenatoria, tal antecedente no le puede ser tenido en cuenta de conformidad a lo previsto en el artículo 248 de la C. N. que dispone " Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

El defensor del imputado reclama que el proceso penal y consecuentemente el disciplinario tuvieron un procedimiento viciado en cuanto afirma: " Fue un montaje de los agentes del DAS, que no puede tenerse como prueba válida, desde el punto de

vista legal, toda vez que fué allegada con fraude y con una prefabricada concepción inculpativa"

Es claro que pretende protestar el abogado defensor contra lo que en la práctica policiva y judicial francesa se ha conocido como

(Página No. 8 continuación providencia No. 48)

el agente provocador y en la anglosajona como entrampamiento.

Esta discutida y polemizada práctica tiene su origen remoto conocido en las épocas del Cardenal Richelieu, como ministro de la política del monarca Luis XIV, cuando la policía secreta era comandada por el Marqués de Argenson, que infiltraba agentes camuflados en las organizaciones políticas de oposición para conocer sus propósitos y actividades y así poder conseguir pruebas para poderlos procesar. Estos agentes recibieron el apelativo de " agents provocateurs " y como se dijo más adelante conocidos en la práctica judicial anglosajona como entrampamiento (Doctrine of entrapment), una de sus formas o modalidades, hoy autorizada y conocida entre nosotros como " entrega vigilada" en virtud de las previsiones de la Convención de Viena de 1.988 sobre represión del narcotráfico, ratificada entre nosotros por la ley 67 de 1.993.

Es evidente que la gama de alternativas que esta práctica puede originar son múltiples y algunas de ellas francamente ilegales y reprochables, porque no podría concebirse que el Estado se volviera delincuente, incitando a un ciudadano a que delinca, para luego someterlo a proceso.

Al fin y al cabo el Estado y el Derecho, han sido creaciones del hombre, concebidas en su propio beneficio y por tanto es imposible concebir un Estado que en el ejercicio de su poder represivo desconozca la dignidad del ser humano, o que utilice

(Página No. 9 continuación providencia No. 48)

mecanismos de persecución penal que atenten contra la moral y la ética de la nación sobre la que ejerce su poder.

Pero lo anterior no puede llevar al rechazo de su utilización cuando el objetivo es la obtención de pruebas para poder someter a proceso a quien se sabe por diversas fuentes probatorias que ha delinquido, o que lo está haciendo. Es por eso que de conformidad a lo expresado por Stempel, la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos solo admite al agente provocador de la policía cuando proporciona una ocasión para la delincuencia, pero con la evidencia de que el individuo ya está predeterminado a cometer el hecho punible, pues en caso contrario el provocado

estaría eximido de responsabilidad penal al haber actuado en tales circunstancias de incitación.

En la doctrina nacional es el Dr Reyes Echandía quien hace un estudio bien interesante de las diversas hipótesis en que puede darse la figura del provocador y al respecto sostiene: " El agente provocador puede actuar de tres maneras: a) oculta y solapadamente en forma que propicie el hecho típico sin que el autor material se entere de la trampa que le ha sido tendida, como cuando el dueño de un almacén deja marcados unos billetes que son luego sustraídos - como estaba previsto- por el empleado de quien sospechaba y que en enseguida es capturado por la policía; b) tomando parte formalmente en el hecho punible en el que hace intervenir al provocado en calidad de autor, como cuando el agente del F2 se infiltra en una banda de narcotraficantes y

(Página No. 10 continuación providencia No. 48)

adquiere cocaína del jefe de la misma ; c) o de manera abierta y directa mediante mecanismos de instigación propiamente dicha (consejo, proposición, convencimiento).

" Frente a la primera modalidad creemos que la conducta del agente provocador es atípica porque no está ligada causalmente en el plano jurídico a la del autor, ni se integra con ella; se limitó simplemente a preparar el escenario en el cual podía o no

actuar el provocado según su propio arbitrio; podríamos decir que en esta hipótesis la provocación es implícita.

"En relación con la segunda, la situación jurídica es idéntica, aunque en este caso la atipicidad de la conducta del agente provocador radica en que carece de objetividad jurídica; en el ejemplo propuesto, la unidad infiltrada por la policía no afectó el bien jurídico de la salubridad pública al comprar la cocaína a la persona que pretendía capturar".

" Respecto de la tercera modalidad, opinamos que el agente provocador no es autor intelectual del hecho punible ejecutado por la persona a quien provocó, porque tal hecho punible no puede atribuírsele como suyo; su pretensión no fue la de realizar la conducta típica valiéndose de aquel sujeto sino de lograr que este ejecutara su delito, de manera que no quedase impune; no compartimos, por eso, la solución que en sentido contrario prohíjan Manzini y Zaffaroni, entre otros. Nos parece, en cambio, que el agente provocador debe ser tenido como sujeto activo del

(Página No. 11 continuación providencia No.48)

tipo autónomo de instigación o de proposición para delinquir (art 188 C. P.), ya que para su configuración no es

necesario que el agente quiera hacer suyo el hecho punible cuya comisión se propone".

Como se ve en definitiva, la permisibilidad de la figura lo es, en tanto se utilice como medio para la búsqueda de pruebas de delincuencias que se están cometiendo o que están en vía de realización y fué esta la manera como la figura del agente provocador fue utilizada en el caso que aquí se debate, porque se tenían informaciones telefónicas, confirmadas por averiguaciones de inteligencia que en dicho sitio efectivamente se realizaban abortos y la actividad de los agentes del DAS fué la de simples productores de prueba para la demostración del hecho delictivo que se estaba cometiendo y de la responsabilidad de su autor.

El defensor igualmente ha argumentado que un aborto no puede ser demostrado por medio de prueba testimonial porque en su criterio " Es un hecho que necesariamente conlleva una prueba científica, clínica o médica, como que debe existir pleno conocimiento previo del estado de embarazo ".

Nada más equivocada la argumentación del defensor, porque debe recordarse que el legislador estableció en el Código de procedimiento actualmente vigente no solamente la no taxatividad de los medios de prueba (art 248), sino la libertad probatoria, (art 253) y la sana crítica (art 254) que implica la libre

(Página No. 12 continuación providencia No. 48)

y racional apreciación de los medios de convicción por parte de los jueces.

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

Finalmente la apreciación probatoria de conformidad con las reglas de la sana crítica, quiere decir que el juez no tiene porque regirse por valoraciones probatorias previamente establecidas en la ley, sino que en el análisis individual y conjunto de la totalidad de los medios de convicción el

(Página No. 13 continuación providencia No. 48)

funcionario, respetando las reglas de la experiencia, de la naturaleza y de la lógica las valora de conformidad con su recto criterio y llega a una convicción.

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

En las condiciones anteriores para este Tribunal la prueba obtenida de tal manera, como lo fué para la justicia ordinaria que lo condenó por el delito de aborto, es perfectamente válida y por tanto tiene capacidad probatoria para la demostración de la práctica médica en contravía de las normas éticas y para la demostración de la responsabilidad del imputado.

Es por las consideraciones precedentes que se debe acoger la solicitud de máxima sanción fomulada por el Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia de suspender por un período de

cinco (5) años al doctor Bayer Montoya en el ejercicio de la profesión médica, sanción que se considera justa dados los antecedentes disciplinario del imputado, por la gravedad de la falta cometida que no solamente constituye un falta disciplinaria si no un delito.

Las normas éticas vulneradas, además de las mencionadas por el Tribunal de primera instancia, - arts 1 numeral 1, 2, 12, 34 y 6 de la ley 23 de 1.981 - es la prevista en el numeral 6 del

(Página No. 14 continuación providencia No. 48)

artículo 54 que dispone que el profesional médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

- 1.....
- 6 Aborto.
- 9....."

Es claro que si el aborto aparece reprimido en la legislación penal colombiana como delito, todo médico debe abstenerse de realizar este tipo de prácticas, excepto claro está cuando las circunstancias y la vida de la embarazada, o del hijo por nacer

así lo aconsejen dentro del más estricto criterio científico y de las necesidades terapéuticas del caso.

TENIENDO EN CUENTA LAS CONSIDERACIONES PRECEDENTES,
EL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA,
EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR responsable al doctor GUILLERMO BAYER MONTOYA por la violación de la Ley 23 de 1981 de conformidad con las consideraciones precedentes.

(Página No. 15 continuación providencia No. 48)

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se lo suspende del ejercicio de la profesión médica por un período de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de esta decisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

JAIME CASASBUENAS AYALA

ERIX BOZON MARTINEZ

Magistrado Ponente

Presidente

Magistrado

HERNANDO GROOT LIEVANO

Magistrado

DARIO CADENA REY

Magistrado

JOAQUIN SILVA SILVA

Magistrado

EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Asesor Jurídico

MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO

Abogada Secretaria General