

Santafé de Bogotá, D. C., enero veintiséis (26) de mil novecientos noventa y seis (1996)

SALA PLENA SESION No. 455 DEL VEINTICINCO (25) DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996).

Ref: PROCESO No. 140 DEL TRIBUNAL DE ETICA MEDICA DE RISARALDA

De: GUSTAVO HENAO SANCHEZ

Contra: Dr. FRANCISCO JAVIER OCHOA JARAMILLO

Magistrado Ponente: Dr. JAIME CASASBUENAS AYALA

Providencia No.01-96 aprobada en Sesión No. 456 del primero (1o.) de febrero de 1996.

VISTOS

Por providencia del 20 de noviembre de 1.995 el Tribunal de Etica de Risaralda determinó que no existía mérito para formular cargos por violación a la ética médica contra el Dr. FRANCISCO JAVIER OCHOA JARAMILLO.

La determinación fué apelada por el apoderado del Sr. GUSTAVO SANCHEZ afectado con la intervención quirúrgica realizada por el acusado.

Debe proceder esta Corporación a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El ciudadano GUSTAVO HENAO SANCHEZ recurrió a tratamiento (Página No. 2 continuación providencia No. 01-96)

oftalmológico con el Dr. FRANCISCO JAVIER OCHOA JARAMILLO, en la ciudad de Armenia quien le indicó la necesidad de intervenirlo

quirúrgicamente como consecuencia de cataratas en ambos ojos. Decidieron conjuntamente que se operaría primero el ojo derecho y posteriormente el izquierdo. Realizada la intervención se presentó una infección que determinó semanas después la extirpación del ojo operado que ya había perdido en su función y que estaba generando infección en otras partes del organismo.

El quejoso formula la imputación porque en su criterio, el médico oftalmólogo incurrió en varias conductas violatorias de la ética médica que concreta en los siguientes hechos:

- a) Haber minimizado los riesgos de la cirugía pues le dijo que se trataba de una pequeñísima intervención, muy frecuentemente utilizada y "sin ningún riesgo".
- b) El no haberle ordenado los exámenes correspondientes que pudieran determinar el estado de salud del paciente, para efectos de ver la viabilidad o no de la operación. Dice que se limitó a un electrocardiograma que le había sido realizado con cuatro meses de antelación.
- c) El haberle vendido un lente intraocular de su propio establecimiento comercial.
- d) El haber demorado el envío del paciente a una clínica especializada de la capital, decisión que tomó por insinuación de los familiares del paciente.

(Página No.3 continuación providencia No.01-96)

Estima esta colegiatura que es imposible un pronunciamiento de fondo, por observarse en la tramitación irregularidades procesales constitutivas de nulidad que afectan la validez del proceso y por

ello deberá producirse la sanción por afectación del debido proceso.

La primera de estas es haberle recibido versión de descargos al imputado bajo la gravedad del juramento, cuando es bien sabido que dicha diligencia debe ser recepcionada sin tal apremio legal y moral, de conformidad con las previsiones del artículo 357 que al respecto dispone: **"Prohibición de juramentar al imputado."**

La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a exhortar al imputado a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se le hagan. Pero si el imputado declara contra otro, se lo volverá a irterrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo".

La anterior garantía procesal se origina en claros principios constitucionales que de ser desconocidos constituyen una real violación del también principio constitucional del debido proceso (art 29).

Es importante hacer un estudio, así sea breve, esclarecedor desde la perspectiva político-constitucional de la razón de ser de tal garantía y para ello conviene recordar que en el artículo 29 del Estatuto Superior se consagran como elementos integrantes del

(Página No. 4 continuación providencia No. 01-96)

debido proceso la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, mientras que en el artículo 33 de la misma obra establece el derecho para todo ciudadano de no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro de

determinados grados de consaguinidad, afinidad o civil y finalmente el art 250 de la Carta en su último inciso se impone como un deber de la Fiscalía investigar tanto lo desfavorable como lo que pueda favorecer a los intereses de los sindicatos.

Además de los anteriores preceptos es importante destacar que la libertad aparece como el transfondo político más importante del ideario consagrado en la Constitución como característica básica de haber querido consagrar una república unitaria organizada como un estado social de derecho y es por ello que la idea libertaria como eje central de toda organización democrática se hace omnipresente a todo lo largo del texto constitucional, con mayor profusión que cualquier otro derecho y es así que las más diversas formas y circunstancias en cuanto al ejercicio de la libertad aparecen consagradas en los artículos 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 26, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39 y 40.

A los anteriores derechos, garantías y formas expresivas de la libertad, se debe agregar la consagración de la inviolabilidad de la vida (art 11) y de la prohibición de la desaparición forzada y toda forma de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (art 12).

(Página No. 5 continuación providencia No. 01-96)

De la conjugación de los anteriores preceptos constitucionales surge de manera inequívoca la razón política de por qué al ciudadano sometido a cualquier tipo de proceso penal, disciplinario, o de tipo administrativo cuando se le recibe diligencia de descargos ésta debe realizarse sin el rito del

juramento.

De la presunción de inocencia constitucional surge claro que la demostración de la responsabilidad corresponde al Estado por medio de los funcionarios de instrucción y de allí que se afirme por procesalistas y constitucionalistas que la carga de la prueba corresponde al Estado, porque si la regla general es que se presume inocente a todos los ciudadanos es claro que es al Estado por medio de sus organizaciones represivas quien debe destruir esta presunción y demostrar la culpabilidad.

De la misma manera se consagra en la Carta el derecho a la defensa tanto en la etapa instructiva del proceso, como en la de juzgamiento y por claros pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha concluido igualmente que en las etapas de indagación preliminar se debe garantizar este derecho.

Lo anterior porque pese a la polémica establecida por los procesalistas con relación a si la diligencia de descargos (versión libre y espontánea o indagatoria) se trata de un medio de prueba o un medio de defensa, la verdad es que esta importantísima diligencia tiene tanto de lo uno como de lo otro,

(Página No. 6 continuación providencia No. 01-96)

porque es un medio de prueba en cuanto a que se trata de un medio de convicción testimonial (sin juramento) pero testimonio al fin y al cabo, que debe ser valorado por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica y en concordancia con los otros medios de prueba; pero al mismo tiempo es un medio de defensa, puesto que es en esa diligencia que el Estado le hace conocer al imputado los cargos que contra él existen, de la misma manera que

las pruebas con las que se encuentran demostrados, para que tenga precisamente la oportunidad de defenderse de los mismos, pues es imposible defenderse de cargos desconocidos, de la misma manera que es imposible hacerlo de cargos gaseosos, amorfos o indeterminados. A los mismos el imputado podrá dar las explicaciones que estime convenientes, e igualmente podrá solicitar los medios de convicción que estime necesarios para su defensa.

Consagra la Carta Política el derecho a no tener que declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro de determinados grados de parentesco consanguineo, afin o civil, libertad que implica, el derecho a guardar silencio, a reconocer la verdad a medias, esto solo en cuanto le convenga, o simplemente a mentir distorsionando la verdad o creando una versión totalmente alejada de la realidad.

Si a los anteriores derechos se agrega el deber que tienen los funcionarios que realizan la represión de investigar lo desfavorable y lo favorable y de respetar la vida y la dignidad

(Página No. 7 continuación providencia No. 01-96)

del ser humano, en cuanto a que constitucionalmente se encuentran prohibidas las pena de muerte, la desaparición forzada y toda forma de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes se habrá de llegar a la clara conclusión que la capacidad represiva del Estado es limitada y que se debe hacer respetando el infranqueable muro que constituye la dignidad del ser humano, debiendose precisar que quien está sometido a proceso es presumido inocente y recaen sobre él todos los derechos y garantías

constitucionales excepto los que se encuentran limitados por su condición de procesado.

Es por eso que la declaración de descargos debe ser completamente libre y consciente y por eso están prohibidas ciertas formas de interrogación tales como la formulación de preguntas capciosas o sugestivas y de la utilización de cualquier forma de violencia (art 290 del C. de P.P.)

De la misma manera que para que la confesión tenga validez probatoria entre otros requisitos, debe haber sido formulada en situación de conciencia y libertad (art 296 del C. de P. P.) y dentro de tales parámetros constitucionales y legales es obvio que como forma de interrogación no solamente está prohibida la utilización de la violencia, tortura moral o física, sino la utilización de la hipnosis, del narcoanálisis o suero de la verdad, del polígrafo o detector de mentiras, y en general cualquier procedimiento físico, psicológico que de cualquier manera afecte la libertad o la conciencia del declarante.

(Página No. 8 continuación providencia No. 01-96)

Dentro de tales parámetros constitucionales es lógico que la versión de descargos sea sin juramento, porque la formulación de éste puede llegar a constituir una forma de presión moral por razones de formación ética o religiosa del imputado, que pudiera llegar a traicionar sus propios intereses para no vulnerar los principios superiores que guían su decurso existencial ético o religioso; y cuando esta axiología moral no existe u ocupa un lugar secundario dentro de los valores respetados por el imputado, surge la presión de tipo legal, puesto que es bien sabido que

faltar a la verdad, total o parcialmente, o callarla, constituye delito de falso testimonio de conformidad con las previsiones del artículo 172 del C. P. que al respecto dispone: "El que en actuación judicial o administrativa bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años."

Es claro que si el imputado es juramentado se verá en un callejón sin salida, o como se dice en la refranería popular entre la espada y la pared, porque mediante el mismo se compromete a decir la verdad y si falta a ella incurrirá en tal conducta delictiva, pero es posible que al decir la verdad para efectos de no incurrir en nueva delincuencia, traicionara sus propios intereses en cuanto confiese el hecho delictivo o reconozca circunstancias que empeoren su situación legal.

En tales circunstancias es una realidad que el juramento

(Página No. 9 continuación providencia No. 01-96)

constituye una forma de apremio, en este momento más legal que moral, que desconoce de manera directa el artículo 33 constitucional, según el cual nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo y de manera indirecta las otras normas de rango superior enumeradas con anterioridad.

En legislaciones anteriores se recurría al juramento como apremio no solo de carácter legal sino religioso y es así como el código procesal de 1938, tenía dentro de sus varias fórmulas de juramentación la siguiente: " A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume usted ante Dios y ante los hombres,

jura usted decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir".

Hoy la fórmula se ha modificado sustancialmente en cuanto antes del juramento se debe amonestar al testigo "acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones" (art 285 C. de P. P.)

Y la modificación tiene su razón de ser porque al haberse consagrado la libertad religiosa es obvio que en el ejercicio de la misma pueden existir ateos, a los que sería imposible juramentarlos con la advocación de la divinidad o porque surgen multitud de expresiones de religiosidad algunas de las cuales podrían estar en contra del juramento, es la razón por la cual

(Página No. 10 continuación providencia No. 01-96)

hoy el juramento implica una responsabilidad puramente legal, pero así sea, es indiscutible que es un apremio y que quien es imputado deberá declarar en forma absolutamente libre, sin ninguna forma o expresión de presión, o apremio.

Debe entonces concluirse que al haber sido juramentado el médico acusado por medio de este proceso disciplinario (f 164) se vulneró claro principio constitucional en sentido contrario (art 33) y de esta manera el debido proceso (art 29). En tales circunstancias es imperioso decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de dicha diligencia, debiéndose precisar que las pruebas practicadas

o aportadas a partir de este momento son perfectamente válidas puesto que han sido practicadas con la garantía del derecho de contradicción.

Como consecuencia de la nulidad decretada el proceso deberá regresar al Tribunal de origen para que se recepcione la declaración sin juramento al imputado y se rehaga el proceso a partir de dicha diligencia.

Pese a la nulidad decretada considera importante esta Colegiatura hacer dos breves reflexiones encunto a quiénes son sujetos procesales en el proceso disciplinario y cuáles son los requisitos formales y sustanciales que debe contener una decisión judicial, lo anterior como criterio magisterial de orientación y dirección, que son algunas de las finalidades de la jurisprudencia, para que en el futuro sean tenidas en cuenta como

(Página No. 11 continuación providencia No. 01-96)

criterio orientador de nuevas decisiones y en lo posible no se incurra en yerros similares.

El objetivo primordial de la legislación de ética médica es ante todo garantizar el ejercicio responsable e idóneo de la medicina, para de esta manera concretar los derechos de la comunidad y del individuo a la vida y a la salud, derechos de rango constitucional que tienen muy claras precisiones en la Carta Política en cuanto lo consagra en varias de sus normas y es así como en el artículo 11 se consagra el derecho a la vida y en el 44 se consagran como derechos fundamentales de los niños: "La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada ..."; mientras que en el 46 se consagra la protección de los ciudadanos de la tercera edad para los que el Estado

"garantizará los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia"; y en el 48 la obligación para el Estado de adelantar "una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran"; y en el 48 la consagración de la seguridad social como un servicio público indescionable e insustituible al determinarse: "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley"; y en el 49 se enfatiza que "La atención de la salud y el saneamiento

(Página No. 12 continuación providencia No. 01-96)

ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

"Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

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

"La ley señalará los términos en los cuales la atención básica

para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

"Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad."; en el 50 la consagración de la atención gratuita para los niños que no tengan protección o seguridad social de algún tipo, de todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

Si a los anteriores preceptos se agrega el también constitucional derecho de libertad de profesión u oficio, consagrado en el artículo 26, el que es limitado al disponer a continuación de su consagración que "La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio

(Página No. 13 continuación providencia No. 01-96)

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 estos deberán ser democráticos.

"La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles."

De conformidad con los preceptos constitucionales antes aludidos es claro que la vigilancia al ejercicio profesional médico dentro de los parámetros de la ética es un deber constitucional del Estado, para de esta manera garantizar en concreto el derecho a la vida y a la salud, a la seguridad social que como ya se vió tiene destacados apartes de la Carta Política.

De conformidad con los planteamientos antes esbozados es preciso concluir que en el proceso disciplinario ético se debaten fundamentalmente intereses sociales y públicos, garantizar a la comunidad el derecho a la vida y a la salud por medio de un ejercicio profesional médico responsable e idóneo; en segundo lugar es claro que se debaten los intereses del profesional de la salud involucrado en el mismo.

Y en tales circunstancias serán sujetos procesales dentro de este procedimiento únicamente los representantes de los dos grandes

(Página No. 14 continuación providencia No. 01-96)

intereses que se debaten en este especial procedimiento: La comunidad, por intermedio del Ministerio Público y el imputado, por sí mismo, y o por medio de su representante legal.

Lo anterior quiere decir que en este proceso no se vela por el interés particularizado del ciudadano que haya podido ser afectado por una mala práctica médica, porque las finalidades de este procedimiento son fundamentalmente sociales y porque el afectado por una actividad médica contraria a la ley o a la ética tendrá los mecanismos que ofrece el proceso penal para ejercer paralelamente la acción civil (en los casos de lesiones u homicidio); o en el proceso civil (responsabilidad civil extracontractual). En estas condiciones es preciso reiterar que el paciente presuntamente afectado con la actividad médica no es parte en el proceso disciplinario, porque como ya se dijo este no ha sido creado como un instrumento de venganza para el paciente, ni como un mecanismo de persecución individualizada contra los

integrantes del cuerpo médico, sino fundamentalmente para garantizar la vida y la salud a través de un sano y correcto ejercicio de la profesión médica.

En reciente decisión de esta Corporación, del 23 de noviembre de 1995, con ponencia del H. M. Dr. DARIO CADENA REY se dijo al respecto: "De conformidad con el artículo 74 de la Ley 23 de 1981 el ciudadano ahora recurrente tenía la capacidad legal para instaurar la queja disciplinaria, puesto que la norma que se comenta dispone que el proceso de ética médica puede iniciarse

(Página No. 15 continuación providencia No. 01-96)

de oficio, a petición de cualquier entidad pública o privada, "o de cualquier persona".

"Es decir que de conformidad con la norma antes citada el ciudadano que así actúa lo hace en calidad de denunciante y por tanto lo acompañan los derechos que para esta clase de personajes ha creado el código de procedimiento penal porque debe recordarse que el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 consagra para efectos procedimentales el principio de integración, esto es, que aquellas actuaciones o situaciones no previstas en dicha ley, para llenar el vacío les serán aplicables las normas procesales penales pertinentes.

"De acuerdo con esta remisión normativa, el denunciante no es sujeto procesal en los trámites penales y sólo se consagra en su favor la posibilidad de apelar el auto mediante el cual el funcionario de instrucción se inhibe de abrir proceso penal de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 327

del decreto 2.700 de 1991, código de procedimiento penal que dispone: "Tal decisión, - la inhibitoria-, se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual procede el recurso de apelación por parte del Ministerio Público, el denunciante o querellante"

"En las condiciones precedentes, como consecuencia de su denuncia, el magistrado instructor abrió proceso disciplinario de conformidad con lo ordenado en el auto del 17 de agosto de

(Página No. 16 continuación providencia No. 01-96)

1995. Si en esta oportunidad la decisión hubiera sido la contraria, es decir, que el Tribunal hubiera estimado que no era del caso abrir proceso disciplinario y por tanto se hubiera inhibido, el denunciante hubiera podido recurrir dicha decisión.

"Pero como el proceso fué abierto y en tales condiciones el denunciante no es sujeto procesal, es claro que ni por sí, ni por medio de apoderado puede recurrir decisiones dentro del proceso de ética.

"Aceptar lo contrario sería violatorio del debido proceso consagrado en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política que determina que este principio político con finalidad garantista, deberá ser aplicado a toda clase de procedimientos judiciales o administrativos, norma Superior que al ser interpretada por los más altos Tribunales del país, como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han determinado que igualmente el debido proceso debe ser respetado en toda clase de procedimientos disciplinarios adelantados contra un ciudadano, así el mismo fuera de carácter

privado, como sucede en los procesos disciplinarios de carácter laboral que se adelantan por el patrono en contra de sus subordinados, o los deportivos o académicos que se tramitan en las instituciones deportivas o estudiantiles.

"Siendo la profesión médica una actividad regulada por el Estado, y siendo las faltas éticas y sus correspondientes sanciones de

(Página No. 17 continuación providencia No. 01-96)

creación legal, al igual que los Tribunales encargados de imponerlas, es lógico concluir que en el ámbito de este especial procedimiento, igualmente debe respetarse el debido proceso y éste implica a nivel de procedimiento sancionatorio, que en el mismo solo pueden intervenir el ciudadano que es objeto de tal procedimiento y quienes sean sujetos procesales.

" Como en el proceso de ética médica el denunciante no es sujeto procesal, es imposible que pueda actuar como tal, y en tales circunstancias esta Corporación debe inhibirse de conocer de la apelación por él interpuesta.

" Debe sí precisarse que esta determinación corrobora lo ya decidido por esta Corporación en providencia del 20 de abril del presente año con ponencia del H. Magistrado doctor MARIO CAMACHO PINTO; pero a su vez implica un cambio jurisprudencial a lo que se había resuelto en otras ocasiones donde se había aceptado la apelación de los denunciantes.

" Lo anterior porque se había considerado en esas oportunidades que de esa manera se daban mayores garantías al ciudadano y a la

comunidad, para garantizar un más eficiente y ético ejercicio profesional de los médicos; pero es una realidad, que existiendo como existe el principio de integración con las normas procesales penales como se demostró en precedencia, es imperativo que esta Colegiatura se rija por las disposiciones legalmente impuestas y si en el procedimiento penal el denunciante o querellante no

(Página No. 18 continuación providencia No. 01-96)

es sujeto procesal y solo puede apelar el auto mediante el cual una autoridad jurisdiccional se inhibe de abrir proceso penal, es lógico concluir que en éste especial procedimiento disciplinario debe regir la misma normatividad y consecuentemente decisiones acordes y paralelas con lo allí dispuesto. Son estas las razones que motivan el presente cambio jurisprudencial."

Se debe dar finamente un último argumento de carácter procesal pero que es perfectamente válido y que corrobora el acierto de la decisión que se toma. Como en este procedimiento rige el principio de integración (art 82 Ley 23 de 1981) se podría argumentar que la persona afectada con la presunta mala práctica médica tiene el derecho de constituirse parte civil como sucede en el proceso penal, pero en este caso esa sería una de las normas que no podría ser aplicada por integración porque debe recordarse que la parte civil tiene como única finalidad justificativa de su intervención en el proceso penal la indemnizatoria, esto es la obtención de un resarcimiento de carácter patrimonial por los perjuicios inferidos por la conducta del imputado, y es claro que esa sería una finalidad imposible de cumplirse en el proceso disciplinario puesto que como ya se demostró, la finalidad de este especial procedimiento es otra y porque no está previsto en el ordenamiento

legal que como consecuencia de una decisión de responsabilidad disciplinaria, en la misma se pudieran tomar resoluciones para buscar la indemnización de los perjuicios que con la conducta del médico condenado se hubieran podido producir.

(Página No. 19 continuación providencia No. 01-96)

Si el afectado con la mala práctica médica no se puede constituir en parte civil, es claro que no es, ni puede ser sujeto procesal y que en tales circunstancias le queda únicamente la posición de denunciante dentro de las limitaciones procesales que estos individuos tienen y claramente precisadas en la jurisprudencia citada en esta providencia.

En las condiciones precedentes fué violatorio el debido proceso que se hubiera aceptado la representación legal por intermedio de apoderado del afectado ciudadano GUSTAVO HENAO SANCHEZ por no ser sujeto procesal y por tanto se debe declarar igualmente la nulidad del auto del Tribunal de Etica Médica de Risaralda del 28 de junio de 1993 por medio del cual se reconoció personería al abogado MARINO RESTREPO MURILLO en representación del ciudadano afectado.

Porque dentro del proceso disciplinario al igual que sucede en el proceso penal el ofendido solo es parte para apelar el auto inhibitorio, o para otorgar poder para que su representante legal lo haga en su nombre.

Finalmente se debe hacer una observación sobre la estructura de la providencia que es motivo de revisión, porque la elaboración de las decisiones judiciales no es libre, ni queda al criterio del funcionario la forma que a ésta quiera dar y es por ello necesario

establecer de manera particularmente referida al proceso disciplinario que las tres grandes decisiones que se toman en este procedimiento deben serlo en su presentación y formalidad, con el lleno de los requisitos formales y sustanciales que para las mismas se exigen en el proceso penal.

Se hace referencia en primer lugar a la resolución por medio de

(Página No. 20 continuación providencia No. 01-96)

la cual se abre proceso disciplinario que deberá tener las formalidades exigidas para este tipo de decisiones en el proceso penal de conformidad con las previsiones del artículo 334 de C.de P. P; y si la decisión es inhibitoria deberá someterse a las exigencias previstas en los artículos 36, 181 y 182 del C. de P.P.

La segunda gran decisión en el proceso disciplinario es la formulación de cargos o la abstención de hacerlo; y si se trata de la primera hipótesis la providencia deberá llenar las formalidades previstas en los artículos 441, 442, 181 y 182 del C.de P.P. Si la decisión es de no formulación de cargos los requisitos serán los previstos en los artículos 443, 36, 181 y 182 del C.de P. P.

La tercera y definitiva decisión que se toma en el proceso disciplinario es la sentencia de responsabilidad o irresponsabilidad, caso en el cual la misma debe contener las formalidades previstas en el artículo 180 del C. de P. P. que se transcribirá a continuación para demostrar que la que es motivo de revisión no llena ni siquiera remotamente las exigencias contenidas en la normatividad que ahora se transcribe -solo en aquello que haga relación al proceso disciplinario-.

Art 180. **Redacción de la sentencia.** Toda sentencia contendrá: 1)

Un resumen de los hechos investigados.

2) La identidad o individualización del procesado.

(Página No. 21 continuación providencia No. 01-96)

3) Un resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales.

4) El análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión.

5) La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado.

6)

7) La condena a las penas principal y accesorias que corresponda, o la absolución.

8)

9)"

Y las exigencias precedentes no surgen de la voluntad caprichosa del legislador, sino que por el contrario todas y cada una de tales formalidades tienen un determinado contenido político de garantía, porque: "La finalidad política de las formas señaladas por el legislador para las diligencias, actos y decisiones procesales son evidentes con el análisis de cualquiera de ellas y para demostrar nuestro acerto basta que miremos cuáles son las exigencias legislativas para el contenido de una sentencia y cuál la explicación de garantía política que tiene cada una de ellas."

"El artículo 180 dispone que toda sentencia debe contener:

1) Un resumen de los hechos investigados, porque toda decisión parte de un supuesto fáctico que merece una calificación jurídica y que da lugar a una solución, y por tanto existe una gran

(Página No. 22 continuación providencia No. 01-96)

correspondencia lógica entre el supuesto de hecho, las consideraciones y finalmente la decisión.

"No podría ser entendida entre el punto de vista lógico una sentencia que careciere de un resumen de los hechos, porque ellos constituyen el presupuesto de todo el contenido de la sentencia.

"2) **La identidad o individualización del procesado**, porque de manera necesaria la sentencia desde sus diversas posibilidades se refiere a una persona, grupo de ellas que están involucradas en el proceso que allí se resuelve y que por tanto van a ser favorecidas o perjudicadas con la decisión y si son absueltas, es la evidencia de que fué juzgado y por alguna de las causas legales el Estado no encontró responsabilidad penal y podrá entonces demostrar socialmente que él fué procesado pero absuelto en decisión que debe ser respetada por todos puesto que constituye cosa juzgada; y en caso contrario, en el evento de una decisión condenatoria es la necesaria aplicación de la sentencia en todos sus efectos, privación de la libertad si se trata de aquellos delitos que la comprenden, el pago de multas, perjuicios, etc, que deben ser ubicados y pagados de manera necesaria por una persona, que preferiblemente debe estar identificada, entendiéndose por tal la persona que aparece claramente distinguida en su individualidad por un documento de origen público que contiene los datos fundamentales de su vida para distinguirla de todas las demás que habitan en el planeta. Este documento puede ser la cédula de ciudadanía, el pasaporte,

(Página No. 23 continuación providencia No. 01-96)

el pase de conducir, la tarjeta militar o cualquier documento de naturaleza similar que dé certeza sobre la identidad de esta persona, que evite ser confundida con otra persona" (En este proceso mediante el Registro Médico).

"Por el contrario se recurre a la individualización, cuando se carece de alguno de los datos del procesado y debe recurrirse a informaciones diversas sobre su conformación antropológica, debiéndose destacar características muy personales, si tiene taras, marcas naturales o traumáticas y en general todos aquellos detalles de la morfología que hacen a cada persona diferente de las demás; son importantes datos sobre su origen geográfico, familiar; sobre sus actividades profesionales, la historia de su escolaridad y en fin todos los detalles de cualquier naturaleza que sirvan para individualizar a una persona como única en el mundo, sin posibilidades de que pueda ser confundida con otra.

"No puede considerarse identificado o individualizado, quien es distinguido únicamente por su nombre, porque es evidente que la existencia de homónimos en un momento harían imposible el que pudiera determinarse quién fué exactamente el favorecido con una decisión de absolución o quién debe descontar una pena.

"3) Un resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales. Se ha dicho que el proceso penal es fundamentalmente dialéctico y que en todo su decurso quienes en él se hayan involucrado, no hacen otra cosa que esgrimir ideas y argumentos en pro y en contra de sus pretensiones procesales y es claro que para facilitar ese proceso dialéctico es

(Página No. 24 continuación providencia No. 01-96)

fundamental que exista un resumen de cuáles son los cargos que el Estado por intermedio de sus funcionarios le formula al procesado o procesados; y es importante para la misma claridad del debate que aparezca un resumen con las argumentaciones de todas las partes, para que en el momento de la decisión y cuando los razonamientos del juzgador se inclinen en favor o en contra de determinadas argumentaciones, se entiendan cuales son las razones por las cuales se comparte o se discrepa de una específica pretensión.

"4) El análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión, y ello es obvio, porque si pretendemos vivir en un Estado democrático es lógico que las providencias judiciales deben ser motivadas y por ello los funcionarios jurisdiccionales están en la obligación de analizar todos los argumentos esgrimidos por los sujetos procesales y dar los argumentos que expliquen razonablemente por qué son aceptados o rechazados; de la misma manera que si la decisión judicial es de responsabilidad tiene, como ya se dijo un presupuesto fáctico, es indudable que las pruebas deben ser valoradas jurídicamente, más en un sistema como el nuestro donde existe la libre y racional valoración de los medios de convicción, para que se concluya finalmente cuáles son los hechos que se van a dar por probados y sobre los cuales vaya a descansar la decisión.

"Siempre hemos considerado como una clara vulneración al debido

(Página No. 25 continuación providencia No. 01-96)

proceso y al derecho a la defensa, cuando los funcionarios judiciales recurren a respuestas que no lo son, porque constituyen fundamentalmente fórmulas vacías, frases de clisé o de cajón, sin ningún contenido argumentativo y que son fruto de la ligereza, de la irresponsabilidad y de la pereza intelectual de no hacer un esfuerzo para contestar con argumentos los que en su momento formularon los sujetos procesales.

"Fórmulas como " discrepa el despacho de la brillante argumentación de la defensa", o " no comparte el despacho la erudita argumentación del representante del Mrio Pco", no son más que palabrería vacua, que nada dice, porque nada responde y que constituyen como se decía un frecuente reducto de los negligentes y perezosos para no contestar con verdaderas razones a las presentadas por los sujetos procesales.

"En la medida de lo posible en la valoración de las pruebas debe indicarse cómo se entienden probados todos y cada uno de los elementos del delito, porque es claro que no puede aceptarse que afirmaciones igualmente vacías, como por ejemplo que se encuentra probada la tipicidad o la antijuridicidad, pueden ser suficientes como argumentos, puesto que se hace indispensable que con razones claras y entendibles queden despejados todos los interrogantes que han debido ser resueltos en el proceso.

"5) La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado. Tal como lo habíamos dicho en antecedencia, todo proceso tiene un presupuesto fáctico que debe ser objeto de

calificación jurídica, en este caso de particular trascendencia procesal, porque de conformidad con la ubicación típica que se le dé a los hechos dependería la pena o penas imponibles al procesado y de ellas la posible concesión o nó de una serie de beneficios consagrados en favor de los procesados, de la misma manera que la determinación de la competencia es fundamental porque recuérdese que uno de los factores de la competencia es por la naturaleza del hecho, de la misma manera que la incompetencia es causal de nulidad.

"En tales circunstancias la sentencia debe demarcar con precisión y nitidez los hechos que van a ser objeto de decisión jurídica, porque las vaguedades e imprecisiones podrían originar multitud de problemas que podrían ir desde la nulidad, hasta la consagración de la impunidad.

"De la misma manera el procesado debe tener una clara ubicación jurídica frente a los hechos del proceso, sin que pueda olvidarse que los cargos anfibológicos constituyen serios problemas judiciales que en muchas ocasiones impiden que se pueda administrar justicia correctamente.

"El procesado entonces no necesita solamente que se le ubique jurídicamente los hechos que se le atribuyen, sino que debe individualizarse su comportamiento frente a los mismos en los diversos niveles de coparticipación que haya tenido, los estados emocionales de la actuación, los hechos circunstanciales,

(Página No. 27 continuación providencia No. 01-96)

antecedentes, concomitantes y subsiguientes a los hechos y en fin

todas las circunstancias necesarias para poder tomar con claridad la decisión de responsabilidad o de irresponsabilidad, y que en el caso del primer evento faciliten la correcta tasación de la punibilidad, puesto que todos esos factores influyen en la pena finamente impuesta.

6.....

"7) **La condena a las penas principal y accesorias que correspondan, o la absolució**n, hace relación a la parte conclusiva de la sentencia y es la reflexión final en la que se debe explicar por qué se llega a la decisión de responsabilidad o de absolució n y en el primer evento explicar por qué se impone tal pena y por qué se hacen tales aumentos o disminuciones punitivos.

"En relación con este aparte de la sentencia débese resaltar que existe una profunda deficiencia en la judicatura colombiana para efectos de la tasación de la pena, porque es muy frecuente que no se haga una clara y detallada explicación, que justifique todas las medidas punitivas tomadas. Es frecuente que se recurra a imponer una pena global, sin que el lector pueda saber por qué se llegó a esa cifra, y es igualmente frecuente que se impongan penas y no se explique la razón de las mismas y ello es particularmente frecuente con las penas accesorias, dentro de las cuales por ejemplo no sería siempre necesario que se suspendiese el ejercicio de la patria potestad.

(Página No. 28 continuación providencia No. 01-96)

"Se llega a la imposición de penas con frase de clisé, como sucede con la interdicción de derechos y funciones públicas que tiene una

duración máximo de diez años y de manera regular y frecuente cuando se imponen penas privativas de la libertad que excedan los diez años, de manera mecánica se dice que se condena a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, violándose de tal manera el principio de legalidad de la pena en cuanto se impone una pena que supera el máximo legalmente previsto para ella.

"Igualmente es frecuente que se hagan aumentos o disminuciones inmoderadas por la existencia de circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva, sin que exista una argumentación válida que las justifique.

"Son entonces muchos los problemas existentes a nivel punitivo y muchas las violaciones que a ese nivel se perfeccionan por parte de los jueces que olvidan las formalidades propias que el legislador ha señalado para la sentencia, que como se ha dicho con frecuencia no es una creación literaria de libre formulación."

9).....pág. 195 y ss.

"Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal. (Las normas rectoras del proceso penal.) Edgar Saavedra Rojas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santafé de Bogotá 1995.

Las anteriores disgresiones porque como ya se dijo la sentencia

(Página No. 29 continuación providencia No. 01-96)

que es motivo de revisión no cumple con muchos de los requisitos aquí enumerados y analizados; es así como carece de un resumen de los hechos y de manera concreta de la particularizada concreción de los cargos en los que el denunciante estima violatorios de la

ley ética.

No se da una cabal respuesta a los mismos y se omite totalmente responder aquella afirmación del médico al paciente en relación a que la intervención no tenía ninguna clase de riesgos, pues históricamente se demuestra que desde muy antiguo ha sido una operación frecuente, pero esto no responde la acusación a la que se hace alusión, de la misma manera que no se contesta la acusación de no haber realizado los exámenes clínicos previos para determinarse el estado de salud del paciente y la viabilidad de la intervención.

Se llama entonces la atención de los Tribunales de primera instancia, para que sean más cuidadosos en el trámite de los procesos y en la elaboración de las providencias, para que éstas tengan las formalidades exigidas en la normatividad procesal.

Son suficientes las consideraciones previas, para que

**EL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA
EN USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES**

RESUELVA:

(Página No. 30 continuación providencia No. 01-96)

ARTICULO PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de todo el proceso, a partir de la diligencia de descargos recepcionada al doctor FRANCISCO JAVIER OCHOA JARAMILLO el 22 de febrero de 1995 (f.164), haciéndose la advertencia que esta decisión no afecta las pruebas practicadas o aportadas con posterioridad.

ARTICULO SEGUNDO: DECRETAR LA NULIDAD del auto que admitió la personería al doctor MARINO RESTREPO MURILLO como apoderado judicial del denunciante GUSTAVO HENAO SANCHEZ, por las limitaciones que el denunciante tiene al no ser parte y que fueron precisadas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y CUMPLASE.

JAIME CASASBUENAS AYALA

Presidente

Magistrado Ponente

DARIO CADENA REY

Magistrado

ERIX BOZON MARTINEZ

Magistrado

JOAQUIN SILVA SILVA

Magistrado

HERNANDO GROOT LIEVANO

Magistrado

EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Asesor Jurídico

MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO

Abogada Secretaria General

