

**Valor suasorio de las decisiones de los Tribunales de Ética Médica en el
proceso penal colombiano¹**
**Injunction value of the decisions of the Medical Ethics Courts in the Colombian
criminal process**

José Carlos Sarabia Castilla²
Nazly Tatiana Vásquez Gómez³

Resumen

El presente artículo se centra en determinar el alcance de las decisiones emitidas por los Tribunales de Ética Médica, al ser consideradas como medios de prueba por el Juez penal, con ocasión de una eventual conducta delictiva en la que se atribuya responsabilidad criminal a los galenos. Para ello, resultará necesario examinar su naturaleza jurídico-legal, la forma de incorporación al proceso penal, y su valor persuasorio, atendiendo la especificidad de la materia médica y su contenido. Esta propuesta busca el reconocimiento de su máximo significado probatorio que permita resolver los problemas que surgen de la percepción de los eventos en los que se involucre la responsabilidad penal médica, sobre todo en delitos imprudentes y ejemplificará con casos concretos, el uso y sustento que actualmente se le atribuye.

Palabras clave: Tribunal de Ética Médica, responsabilidad médica, medios de prueba, valoración probatoria, derecho procesal penal.

¹ El presente artículo es el resultado del trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana- Medellín.

² Abogado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Procesal Penal y Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Juez 2 Penal Municipal de Itagüí, Antioquia; correo electrónico: jose.sarabia@unaula.edu.co

³ Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Abogada Asesora en la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín; correo electrónico: ntv@hotmai.com.

Abstract

This article focuses on determining the scope of the decisions issued by the Medical Ethics Courts, as it is considered as means of evidence by the criminal judge, on the occasion of possible criminal conduct in which criminal responsibility is attributed to physicians. For this, it will be necessary to examine its legal nature, the way of analyzing the criminal process, and its persuasive value, taking into account the specificity of the medical matter and its content. This proposal seeks the recognition of its maximum evidentiary meaning that allows solving the problems that arise from the perception of events where medical criminal responsibility is involved, especially in reckless crimes and will exemplify with specific cases, the use and support currently attributed to it.

Key words: Medical Ethics Courts, medical liability, criminal evidence, probation, criminal procedural law.

Introducción

Los artículos 372 y siguientes de la Ley 906 de 2004 enseñan que la prueba adquiere tal condición cuando acreditada su pertinencia, conducencia y utilidad en la audiencia preparatoria por la parte que pretende su incorporación, es practicada en la audiencia de juicio oral ante el juez de conocimiento. Así, esta concepción de la prueba está directamente relacionada con el sistema procesal penal con tendencia acusatoria actualmente instituido en Colombia, al punto que refulge distinto a lo que sobre dicho concepto se traía con el régimen penal anterior de tendencia inquisitiva o mixta, cuyo modelo procesal está caracterizado por la permanencia de la prueba, es decir, que las pruebas recaudadas por el instructor y que sirvieron como soporte de la resolución de acusación, mantienen su status en el juicio, siempre y cuando no sean excluidas por vicios de ilicitud o ilegalidad.

Cabe resaltar la relevancia de los principios constitucionales de inmediación, contradicción, publicidad y defensa, dentro del contexto de Estado Social de Derecho, debido a que facilita a las partes, el proceso, que debe ser considerado como garantía, pues sirve como un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en

el Estado democrático, además del cumplimiento de requisitos y condiciones formales que, en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución de metas concretas como la vigencia de un orden social justo.

La prueba tiene como propósito la búsqueda de la verdad, procurando la reconstrucción de los hechos a través de los medios probatorios que pueden dar cuenta de los mismos. Esta tarea no siempre resulta sencilla, ora porque entre su ocurrencia y el juicio ha transcurrido mucho tiempo, lo que dificulta la recreación fáctica, o porque se trata de asuntos de especial naturaleza que demandan conocimientos especiales o específicos, como ocurre en las conductas criminales en las que se ventila la responsabilidad penal derivada de la práctica de la Medicina.

Pero dígase además que el ejercicio médico interioriza necesariamente un componente ético. Así lo reconoció la Corte Constitucional cuando indicó:

La ética aplicada al ejercicio de la medicina nunca puede relativizar la vida humana como supremo valor moral y jurídico de la persona. Aunque el comportamiento ético es uno solo, desde luego debe observarse que este puede dar lugar a múltiples aplicaciones y manifestaciones en el ejercicio de las profesiones, y para el caso concreto de la actividad médica, bien por acción o por omisión. (Sentencia No. C-259/95, MP Hernando Herrera Vergara, 1995)

Para regularizar el comportamiento médico desde la ética, el Estado colombiano a través de la Ley 23 de 1981, creó los Tribunales de Ética Médica, que bajo la rigurosidad de un modelo inquisitivo, son los encargados de adelantar el procedimiento ético médico disciplinario, al final del cual, de hallarse vulneración a aquella, emiten fallos disciplinarios ético médicos, que como trata de exponerse en el presente artículo, deben servir de sustrato principal para dilucidar la responsabilidad penal de un galeno.

Así, en Colombia, el juzgamiento de los actos médicos presenta un reto adicional, pues existe una instancia paralela que conoce de los posibles eventos delictivos a partir del

análisis de los comportamientos éticos disciplinarios de los facultativos. Esto implica que en la mayoría de casos en que haya un posible delito, se adelantarán dos procesos distintos en contra del médico: el de ética médica y el penal; sin que necesariamente exista homogeneidad en los resultados obtenidos, evidenciado en uno y otro caso, el alcance que se le da a la prueba.

Pero, además, la relevancia de la decisión ética en la eventual discusión de la responsabilidad penal del médico en el marco del proceso penal, atiende a postulados como los siguientes: 1. La especificidad de la materia. 2. Los criterios de formación y valoración de la prueba en el proceso adelantado en los Tribunales éticos y 3. La adecuación del hecho presuntamente delictivo en el ejercicio ético de la actividad médica.

Lo anterior sin dejar de considerar el problema de la remisión en materia de ética médica a la legislación penal, y la pregunta que por ende surge es, si ¿los procesos de ética médica deben tener las mismas garantías de los procesos penales? La respuesta sin duda es afirmativa, pero emergen dos cuestiones: una formal y otra sustancial, así: 1. El modelo del proceso de ética médica es inquisitivo, lo que lo hace incompatible con la Ley 906 de 2004 y 2. La naturaleza del proceso de ética médica es distinta a la del proceso penal.

Nuestro propósito será entonces que el presente escrito sirva como herramienta de reflexión frente a la importancia de las decisiones de los Tribunales de Ética Médica, en orden a considerarlas como prueba documental indispensable en todos los eventos en los que se pretenda dilucidar una responsabilidad médica, bien sea para endilgarla como sanción punitiva, o para descartarla en sede de una resolución absolutoria.

De esta manera, se abordará en primer lugar, la naturaleza jurídico legal de las decisiones de los Tribunales de Ética Médica, su proceso de formación, la participación del disciplinable y su carácter de prueba útil en el proceso penal actual en Colombia; por lo que resultará indispensable exponer brevemente la legislación vigente que se ocupa de estas temáticas.

Seguidamente buscaremos plantear los alcances probatorios que por vía jurisprudencial se les otorgan a las decisiones emanadas por otras autoridades o jurisdicciones en el proceso penal, amén de puntualizar algunas críticas constructivas a partir del conocimiento del juzgador y la especificidad de la materia; al final, estos alcances permitirán dar luces sobre la relevancia de la decisión de los tribunales médicos como prueba en materia penal.

Finalmente se revisará, dentro del contexto de la formación de la prueba y garantías constitucionales -tales como la imparcialidad (el juez es un tercero, no un inquisidor), intermediación, publicidad y contradicción- como la construcción de la prueba en los procesos de ética médica puede garantizar los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y la defensa e incluso ser sustrato principal de una decisión penal.

El proceso inquisitivo disciplinario médico y la decisión ética.

A propósito de la distinción de los sistemas procesales adversarial e inquisitivo: “(...) *se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa*” (Ferrajoli, 1995, p.564).

Pero además del papel del juzgador en la búsqueda de la verdad a partir de la práctica probatoria, se halla inevitablemente presente el valor de convicción que se le otorga a ese ejercicio. Para Michele Taruffo, “*el principio de la libre valoración de las pruebas, por su parte, implicaba unos cambios radicales en los sistemas de derecho, cambios que ponían en crisis el sistema de la prueba legal, pues ya la valoración de la prueba se obtiene del ámbito de las reglas jurídicas a partir del momento en que se atribuyen al juez*

en lugar del legislador. El fenómeno de la prueba no puede, por tanto, disolverse en las normas que lo regulan” (Taruffo, 2013, p. 13).

En este sentido, las exigencias o protocolos que para la decisión final de los casos que en materia penal busca cada procedimiento, se pueden evidenciar en diferentes normas, especialmente en aquellas que tratan el nivel de conocimiento exigido para proferir condena en contra del enjuiciado. En este contexto, el inciso segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, establece que “... *No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado*”; mientras que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 exige que “*Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*” (Congreso de la Republica , 2000).

Es a partir de la dicotomía relacionada con la forma de producción y valoración de la prueba entre los dos regímenes penales y el conocimiento exigido para la emisión de una decisión de condena, que nos enfrentamos con una problemática al abordar el estudio de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, así como su Decreto Reglamentario 3380 del mismo año, que datan de hace casi cuarenta años y de suyo, anteriores a la Constitución de 1991, con un sinnúmero de vacíos normativos y defectos procedimentales que han generado diversas interpretaciones frente a cuál o cuáles deben ser las normas que deben integrar el procedimiento ético médico disciplinario, que se surte por cuenta de las actuaciones de los Profesionales de la Medicina y que como irregulares, son denunciadas ante los Tribunales de Ética Médica, remisión que no significa que éstos puedan imponer sanciones penales como prisión o multa, sino que el procedimiento o trámite puede adoptar las normas del Código de Procedimiento Penal que no sean contrarias al juzgamiento ético-disciplinario.

En efecto, los artículos 82 de la Ley 23 y 47 del Decreto 3380, en similares términos disponen: “*En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal*”. Esta Ley y su Decreto reglamentario, como se indicó, regulan el procedimiento que debe ejecutarse por los Tribunales de Ética Médica para determinar si un comportamiento médico puede considerarse o no contrario a la ética a partir de un conjunto sucesivo de etapas que inicia con la presentación de la queja o la apertura oficiosa de la indagación o investigación y que, de ser procedente, culmina con la imposición de una sanción médico disciplinaria.

Ahora, debe precisarse que la Ley 23 de 1981, fue concebida bajo presupuestos axiológicos propios de un Estado de Derecho y disponía remitirse al estatuto procedimental penal, que para esa época era el Decreto 409 de 1971, que además quedó derogado por el Decreto 2700 de 1991 y éste último por la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, todos bajo la estructura de un sistema procesal penal inquisitivo, es decir idéntico modelo que actualmente conserva el proceso disciplinario médico. Pero, con la aparición de la Ley 906 de 2004, se consignó en el ordenamiento jurídico nacional un sistema penal oral con tendencia acusatoria (Villar, 2007) naturalmente disímil no solo respecto del rol de las partes, sino esencialmente de la formación de la prueba.

En términos generales, a efectos de darle claridad a ese trámite ético-disciplinario y crear una idea inicial de la distinción de ambos procedimientos (penal-ético disciplinario), debemos advertir que en el mismo además de recibirse declaración jurada al quejoso y/o al paciente, se analiza la historia clínica del afectado, se escucha en versión libre al médico investigado, se practican las pruebas testimoniales en favor de las tesis encontradas, se formula pliego de cargos especificando las eventuales faltas, se escucha en descargos al galeno y luego se emite la decisión, que puede ser una sanción, la cual es susceptible de ser revocada por el Tribunal que la expidió o por su superior jerárquico.

Dígase además que la Ley 23 de 1981 creó un Tribunal Nacional de Ética Médica conformado por cinco Profesionales de la Medicina⁴ con sede en la capital de la República, así como Tribunales Seccionales de Ética Médica en cada Departamento, Intendencia o Comisaría con igual número de miembros⁵ encargados de instruir el procedimiento y adoptar una decisión que ponga fin al mismo (Congreso de la República, 1981).

De esta manera es claro, que no existe una parte procesal que separadamente adelante la investigación y formule la acusación, sino que ambas tareas se le confieren al mismo órgano, lo que denota el carácter inquisitivo del proceso, que como se ha dicho resulta impensable en el sistema acusatorio estatuido por la Ley 906 de 2004.

Una vez presentada la queja, se reparte la misma a uno de los cinco Magistrados médicos para que adelante la fase investigativa con miras a dilucidar la ocurrencia de la falta y la responsabilidad del galeno, otorgándole la posibilidad de practicar pruebas que conservarán su validez hasta la finalización del procedimiento, esto es, privilegiando el principio de permanencia, que como dijimos con antelación, alude a que toda prueba allegada o practicada en la etapa previa hace tránsito a la fase de juzgamiento en la que deberá ser valorada en la decisión que ponga fin al asunto.

Lo anterior permite significar que el Magistrado Instructor podrá escuchar en ampliación de queja al denunciante, permitiendo la contradicción del médico investigado, solicitar las historias clínicas que sean del caso, escuchar inclusive en declaración al médico y decretar pruebas oficiosamente. Al finalizar esta fase, de encontrar mérito, formulará pliego de cargos (acusación) y se escuchará al galeno en descargos frente a toda la Sala Plena, es decir los cinco Magistrados del Tribunal, quienes discutirán y finalmente adoptarán la decisión de sanción o absolución.

⁴ Artículos 63 y 64 de la Ley 23 de 1981

⁵ Artículos 67 y 68 de la Ley 23 de 1981

Pero dígase además, que si como viene de verse, las normas del proceso penal están dirigidas a suplir por remisión normativa los vacíos del procedimiento ético médico, el asunto entonces no se limita al aspecto probatorio, sustrato principal del presente escrito, sino que abarca muchas otras instituciones tales como la caducidad de la acción, la prescripción, la delimitación de las faltas y las sanciones, así como su nivel de gravedad, las notificaciones, los recursos, las nulidades, los derechos del quejoso o la víctima, el estándar de conocimiento para condenar, entre otras.

Ahora bien, lógico resultaría concluir que la remisión del Código de Ética Médica es a la Ley 600 de 2000, por estructurarse ambos bajo un modelo inquisitivo. Sin embargo, han sido los mismos Tribunales de Ética Médica quienes han concluido que dicha normatividad se encuentra derogada⁶, aunado a otro aspecto problemático, que resulta de concluir que los Tribunales de Ética Médica en Colombia no tienen funciones jurisdiccionales sino administrativas disciplinarias⁷, es decir, que sus decisiones no son judiciales sino administrativas, por lo que una vez en firme el fallo sancionatorio, nace a la vida jurídica un acto administrativo idóneo, cuya nulidad puede obtenerse a través del medio de control pertinente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Resulta inexplicable entonces, que si la decisión que emana de los Tribunales de Ética Médica es un acto administrativo, haya dispuesto el legislador que los vacíos normativos deban suplirse con normas procesales penales y no en cambio por el Código Contencioso administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- o Ley 1437 de 2011 o incluso por el Código Disciplinario Único, lo que parece aún no tener solución, pues se intentó repetir ese orden con el Proyecto de Ley Senado 024 de 2015 por medio del cual se crea

⁶ Providencia No. 10 del 17 de febrero de 2015. M.P. Francisco Pardo Vargas, Tribunal Nacional de Ética Médica.

⁷ (...) La Sala reitera que los tribunales de Ética Médica no ejercen actividad judicial...". Sentencia C-620 del 25 de junio de 2008, Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

el nuevo Código de Ética Médica, pero que finalmente se archivó en el Congreso de la República por tránsito de legislatura.⁸

Pero más allá de las dificultades originadas por la remisión a la normatividad penal de la Ley 23 de 1981, lo cierto es que cuando un asunto médico es sometido al juicio disciplinario, los Tribunales de Ética Médica emiten decisiones fundamentadas en la eventual adecuación de la conducta del galeno en la falta a la ética.

En este procedimiento, la lógica y lo factico juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, por lo que éstas no pueden ser consideradas sólo ni principalmente como las apreciaciones originadas en la libre convicción del juez, sino por el contrario, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico, porque tales reglas no se fundan en el prejuicio de los miembros del Tribunal médico, sino en elementos y fundamentos preconfigurados a la luz de la ética y el ejercicio médico.

Para resumir, el proceso disciplinario ético tiene como finalidad la emisión de una decisión que consulte la actuación del médico a la luz de la ética médica, misma que a su vez es producto del análisis de las pruebas practicadas en su interior, no solo por iniciativa del órgano disciplinario, sino también aquellas ofrecidas por el investigado y su apoderado, en ejercicio legítimo de sus derechos constitucionales a la defensa y contradicción.

Las decisiones de los Tribunales de Ética Médica en los procesos penales

Otro aspecto trascendental de este trabajo es establecer, en el marco de las garantías que tiene el acusado en el proceso penal -entre ellos el derecho a la defensa-, la forma

⁸ Gaceta del Congreso 540, 29 de julio de 2015, página 19 (Archivada por vencimiento de términos, de acuerdo al artículo 190 de la ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política).

en que podrían llegar a incorporarse las decisiones proferidas por los Tribunales de Ética Médica, cuáles serían los efectos jurídicos o legales, y su impacto en el proceso penal.

Como garantía principal del acusado en el proceso penal, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece lo siguiente:

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 (Congreso de la República, 1991).

Ahora bien, ante la inminente desaparición de la Ley 600 de 2000 y la consecutiva implementación de las Leyes 906 de 2004 y 1826 de 2017, resulta imperativo considerar bajo los criterios orientadores de estas últimas, si la decisión ética médica es o no una prueba documental y como tal debe ser su tratamiento por las partes y por el Juez, o si por el contrario se trata de una prueba trasladada, prohibida en el sistema penal con tendencia acusatoria actualmente vigente en Colombia.

En la Ley 906 de 2004, el concepto de prueba está íntimamente vinculado al principio de inmediación, que afirma que solamente se entenderá como tal “*la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción*” (Congreso de la República, 2004) conforme a los parámetros establecidos en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal. De ello, se puede establecer que solo podrán valorarse las pruebas practicadas en el juicio oral, con algunas excepciones como la prueba de referencia o la prueba anticipada.

Mientras que el artículo 424 de la Ley 906 de 2004 entiende como documentos entre otros, los textos manuscritos, mecanografiados o impresos, el artículo 425 de la misma obra enseña que se entienden como documentos auténticos, aquellos de los cuales se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento, de tal suerte que ambas condiciones sin discusión son cumplidas por la decisión ética, procurando entonces que como requisitos para su admisión en audiencia preparatoria o concentrada por la parte que ostente interés, se señale además, el testigo de acreditación para lograr su incorporación, así como la argumentación referida a la pertinencia del medio probatorio, en los términos del artículo 375 procesal, con la sabida oportunidad de la contraparte de oponerse a su decreto o de superarse éste, al ejercicio contradictorio en el juicio oral.

Con todo, ha de entenderse que el medio de prueba documental lo constituye en su integridad, el fallo disciplinario ético médico con todas las consideraciones y conclusiones en el contenidas de cara a la afrenta o no de la *lex artis* y no de manera aislada, la eventual declaración que el encartado haya ofrecido en el procedimiento ético disciplinario, de suerte que por lo menos inicialmente se descartaría su uso como apenas una declaración anterior con miras a refrescar memoria, impugnar credibilidad o como prueba de referencia.

Resulta admisible también la discusión de si la decisión adoptada por el Tribunal de Ética Médica constituye o no prueba trasladada, inexistente en el proceso penal con

tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004 y entendida como aquella prueba producida en un escenario distinto a la audiencia de juicio oral, de lo que bastaría significar que al no haber sido controvertida por la parte contraria, regularmente por la Fiscalía, jamás adquiriría tal condición y en cambio, podrá ser discutida en si misma o con otros elementos de prueba que resulten de igual, mayor o mejor poder suasorio, reiteramos al ser tenida en cuenta como prueba documental.

En esa medida, podríamos concebir que una vez proferida la decisión por el Tribunal de Ética Médica sancionando al profesional por haber incurrido en una falta disciplinaria-*vr. gr.*, por haber omitido un paso relevante en la aplicación de la *lex artis*-, la Fiscalía, ante una decisión que favorece su teoría del caso en un delito culposo (o cualquier otro comportamiento a título de dolo o preterintención), podría solicitar la decisión como prueba documental para la práctica en el juicio oral; y *contrario sensu*, si la decisión disciplinaria es favorable al encartado, es posible también su incorporación al Juicio por la representación de la Defensa.

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia nacional actual, su valor suasorio realmente será como el de toda la prueba que ingresa al caudal demostrativo, su apreciación se hará individualmente y en conjunto como lo dispone el artículo 380 de la Ley 906 de 2004⁹, sin que pueda deducirse que por su origen tiene mayor fuerza de convicción, peso o poder persuasivo de lo que se tiene por demostrado, puesto que puede cuestionarse a través de los medios legales, en igualdad de condiciones como cualquier otro medio probatorio, en garantía del derecho a la confrontación y en general del debido proceso. Sin embargo, consideramos que aunque es como cualquier otro medio probatorio, tiene el peso de ser un pronunciamiento de expertos sobre la responsabilidad del médico en una posible vulneración a la *lex artis*, lo que puede resultar muy importante para la

⁹ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

comprensión de varios delitos, sobre todo, de aquellos que dependen de la vulneración de un deber objetivo de cuidado en el acto médico.

Sobre el concepto de *Lex artis* y su indiscutible importancia, se tiene que literalmente "Ley del Arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión de la cual se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. En definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que se juzga su actuar. La Lex Artis se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional. "...Es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación a actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado..." (3).¹⁰

Expuesto lo anterior, la posibilidad de utilizar como medio de prueba las decisiones tomadas por otros funcionarios frente a los hechos objeto de controversia es un tópico que ha sido tratado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por lo menos en tres decisiones, que coinciden en los siguientes argumentos:

Por regla general, la manera como otros funcionarios hayan resuelto los asuntos sometidos a su competencia, atinentes a los mismos hechos ventilados en el proceso penal, no constituye tema de prueba en este escenario, simple y llanamente

¹⁰ Comunicaciones y conceptos. El acto médico Implicaciones éticas y legales. F Guzmán y cols. Acta Médica Colombiana Vol. 19 N° 3. Mayo- Junio – 1994, página 142.

porque el juez debe resolver con independencia y autonomía sobre la procedencia de la sanción (CSJ SP 3864, 15 Marzo 2017, Rad. 46788). Lo mismo puede predicarse de los alegatos que las partes o intervinientes presenten en esos escenarios (AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Lo anterior sin perjuicio de que las pruebas que sirvieron de fundamento a las decisiones tomadas en otros trámites puedan ser llevadas al proceso penal, siempre y cuando se respete el debido proceso (ídem).

Si las partes pretenden que ese tipo de decisiones se lleven como medio de prueba al proceso penal, deben explicar su pertinencia, lo que implica precisar si las mismas tienen una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si son pertinentes en cuanto sirven de soporte a un dato o “hecho indicador” del aspecto factual que puede subsumirse en la respectiva norma penal.

En el mismo sentido, si el juzgador opta por fundamentar la sentencia en las decisiones tomadas por otros funcionarios frente a los mismos hechos, debe explicar la conexión de las mismas con la premisa fáctica del fallo, según los parámetros expuestos en el numeral 1.1 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal MP. Luis Antonio Hernandez Barbosa, 2018).

No obstante esta postura, que es línea jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, y conscientes de que la parte que pretenda allegar al proceso penal las decisiones adoptadas por el Tribunal de Ética Médica tiene la carga de solicitar en la audiencia preparatoria o concentrada el medio de prueba con su respectiva pertinencia, además que también deberá solicitarse el testigo de acreditación, *vr. gr.* el investigador, con quien se podría introducir al juicio, o uno de los magistrados que participaron en la decisión; consideramos que, como se dijo con antelación, debería dársele mayor poder suasorio a un tema que exige conocimientos específicos de medicina, máxime si se tiene en cuenta que aun siendo el Juez Penal un profesional en esa materia, le está prohibido su concepto personal en la decisión que debe adoptar.

Pero debemos precisar que no se está procurando por un sistema de tarifa legal, porque (i) es posible que no exista la decisión del Tribunal de Ética Médica; (ii) de existir, su valor probatorio puede ser contrarrestado por la contraparte directamente o con otros medios de prueba y (iii) porque el Juez Penal no está obligado a decidir el asunto en la misma forma en que lo ha hecho el Tribunal Ético, tal y como ocurre cuando es otro el sujeto disciplinable como el abogado y la decisión del Consejo Superior de la Judicatura o el servidor público y la decisión de la Procuraduría General de la Nación, etc.

Por ello, no resulta extraño reconocer las diferencias entre sendos procedimientos penal y disciplinario ético médico. La jurisprudencia de la Corte Constitucional así lo ha reseñado:

Existen claras diferencias entre el derecho penal y el disciplinario, cuya naturaleza y competencia de carácter jurisdiccional es diferente, razón por la cual, ellos no son incompatibles, ya que el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas, implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance diferentes, y en tal sentido el juez disciplinario debe examinar la conducta del inculpado con relación a las normas de carácter ético médico como las que tienden a adoptar correctivos jurídicos para la mayor eficiencia de los servicios médicos y la protección de los intereses de los usuarios, y para la salvaguardia de la salubridad pública, mientras que el juez penal tutela el interés social, y el civil y el administrativo, los derechos fundamentales de las personas para el resarcimiento de los perjuicios que se puedan dar por la acción u omisión del profesional médico (Sentencia No. C-259/95, MP Hernando Herrera Vergara, 1995).

De igual modo, “Se dice que la denominada “Justicia Médica”, administrada por los Tribunales de Ética Médica es, con mucha frecuencia, más severa que la misma Justicia Penal, por varias razones: No hay desistimiento, no hay posibilidad de indemnización integral y no existen formas abreviadas de terminar el proceso, como sí las hay dentro de la estructura del proceso penal en sí mismo” (Guzmán, 2014, p.11).

El fallo disciplinario ético médico entonces, adquiere una doble connotación: la primera, que para su nacimiento a la vida jurídica requiere de la práctica de unas pruebas y, de suyo, el apego irrestricto a los derechos de defensa y contradicción del disciplinable; y la segunda, que una vez aquél se ha emitido, puede ser a su vez elemento de prueba para atribuir o no responsabilidad en los terrenos del sistema procesal penal.

Ahora bien, según viene de verse, el sentido de la decisión del Tribunal de Ética Médica no es necesariamente el mismo que debe adoptar el juez de conocimiento de la causa penal, pues se reconoce que éste actúa con independencia y autonomía¹¹. Sin embargo, amén de esta tesis, no puede dejarse de lado que estas instituciones son verdaderas autoridades, en tanto que las referidas decisiones, son producto del análisis adelantado por expertos en la materia, no sólo médicos de profesión sino incluso especialistas en las distintas ramas de la Medicina, quienes por tanto son los llamados con más rigor a establecer conclusiones de las vulneraciones a la ética médica y por esa vía, servir de base a la sentencia penal¹².

En esta medida, y sobre todo en áreas como la Medicina, de suyo especializada, los jueces penales deben confiar en el conocimiento experto que le fundamente la decisión en temas fuera de su entendimiento, como funciona en otras materias, verbigracia como sucede en el caso de una sanción por un delito de cohecho o un prevaricato, donde el juez tiene suficiente conocimiento jurídico para valorar el asunto por sí mismo.

¹¹ Artículo 228 de la Constitución Política: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” Acerca del reconocimiento de este principio ver decisiones T 164 del 5 de mayo de 2020, T 7 del 21 de abril de 2020, entre otras.

¹² Uso de la prueba pericial: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de enero de 2019, radicado 49.047, SP070-2019, con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar.

Así, cuando la decisión ética sea favorable al galeno, justo sería que resultara de forzosa observancia; en principio por la Fiscalía para edificar órdenes de archivo o como sustento a una pretensión de preclusión, como una especie de requisito obligatorio en la recolección de la evidencia que dé cuenta de una investigación criminal. Pero también idéntica exigencia se debe reclamar del Juez para acceder a aquellas peticiones o sustentar la absolución.

En este sentido, para explicar este hecho en términos de presunción inocencia, el principio *non bis in idem*, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismos hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.

En cambio, si la decisión es adversa a los intereses del médico investigado, la decisión del Tribunal de Ética Médica será sólo uno de los elementos de prueba a tener en cuenta por el Fiscal y la persona del Juez, para desvirtuar la presunción de inocencia, sin que de forma exclusiva sea el sustento de la decisión de reproche.

No se pretende desconocer la ya sabida diferencia entre ambos regímenes procesal y administrativo, así como la obligatoriedad del Juez de basar la motivación judicial en todos los elementos de prueba puestos a su alcance, sino tan solo de reconocer que, al tratarse de un sistema exclusivo de responsabilidad médica, aparece especiales conocimientos que escapan a la formación académica del Juez y que pueden resultar de difícil asimilación por la complejidad de la materia.

Lógico resulta, igualmente, reconocer que la decisión judicial puede distar a la del Tribunal de Ética Médica, caso en el cual la exigencia del juzgador será además argumentar porque no son suficientes las explicaciones planteadas por aquél.

Formación de la prueba y garantías constitucionales

La prueba judicial se entiende, como los motivos orales o escritos aportados a todo proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, bien sea por actos de culpabilidad de inocentes sobre un asunto determinado, por tal razón, la prueba se configura en derecho con el fin de lograr las pretensiones o excepciones en el proceso judicial y la satisfacción de derechos materiales o sustanciales (Pérez, 2015).

En este sentido, la prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial. En el proceso judicial es esencial la prueba como aquella que lleva el conocimiento de los hechos objeto de debate, y que permite llevar la verdad, sea real o judicial, para que el órgano jurisdiccional diga el derecho; esa “esencialidad” de la prueba hace que se torne en derecho fundamental. A la par, se anota que la búsqueda de la verdad tiene unos límites que se materializan en los linderos de los demás derechos fundamentales.

El acceso a las pruebas brinda la posibilidad de conducir los distintos elementos que facilitan al juez llegar a una conclusión específica con respecto a lo reclamado, solicitado, demandado, perseguido o accionado. De ahí que la única manera de que la jurisdicción pueda ofrecer la tutela efectiva es a partir de un cúmulo probatorio que –más allá de duda razonable– ofrezca esa certidumbre para que la sentencia pueda expresarlo claramente y de ahí proporcionar –en forma efectiva– la ejecución (Devis, 2002, p. 106).

Asimismo, Pérez (2015) afirmó que el ejercicio del derecho a la prueba es una actividad que posibilita la realización del derecho de defensa, viéndolo en este sentido desde un punto de vista instrumental, y a su vez, es un derecho subjetivo en tanto su observancia por el operador jurídico es exigible por parte del sujeto respecto del cual se predica ese derecho, para el aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba. Esto desde

el punto de vista sustancial. En la Sentencia T-589 de 1999, la Corte Constitucional planteó lo siguiente:

Una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa es el derecho a utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales (...). De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecen (Corte Constitucional. MP Alvaro Tafur Galvis, 2000).

Del mismo modo, se deben analizar las garantías de formación de la prueba en el proceso penal, que son en primer lugar, la inmediación, según la cual ésta debe transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional que será la encargada de proferir la sentencia, en otras palabras este principio funciona cuando el juez o el tribunal está obligado a fundamentar la existencia de la prueba formándose bajo su directa intervención, además este principio obliga también a que se dicte la sentencia con inmediatez temporal para no correr en el riesgo de una nulidad y por ende una repetición del juicio.

El principio de inmediación no hace parte del núcleo fuerte del debido proceso que en Colombia se instituye constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Política, aunque, ya instituido el trámite consagrado en el artículo 250 de la misma, su eliminación o afectación del núcleo básico sí conduce a estimar violación del debido proceso y, consecuentemente, los dictados de la Constitución (...) dentro del esquema penal acusatorio y sus referentes rectores, la posibilidad jurídica de reanudar un juicio oral presidido por un juez distinto al que instaló la vista pública puede llegar a desconocer los principios constitucionales de inmediación y concentración y a distorsionar el papel que el juez debe cumplir en el juicio oral que,

como etapa medular, concibe su permanencia de manera imperativa (Corte Suprema de Justicia, 2012).

En segundo término, el principio de la publicidad, que consiste en aquel procedimiento en que la ejecución o práctica de la prueba se realiza a partir de la asistencia física, esto es, que la publicidad connota que el proceso y más específicamente los medios de prueba deben ser de fácil acceso no solo para quien los aporte sino para quien tiene la necesidad de controvertirla. Además, si lo extendemos, el principio también pretende que la comunidad pueda tener acceso a los medios que dieron origen o fundamentaron una sentencia y de esa manera, incluso se ha dicho, se puede controlar la función del juez.

Este principio se hace más tangible cuando estamos en presencia de un proceso de carácter penal, pues claramente la Ley 906 de 2004 consagra: “Artículo 377: Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente” (Congreso de la República, 2004), es decir, solo tiene la calidad de prueba y por lo tanto debe ser valorado lo que se produzca en la audiencia pública, en presencia del juez y las partes, de igual manera, este principio presenta un triple aspecto:

- a) Cada parte tiene derecho a enterarse de las pruebas pedidas por la otra. Se cumple mediante la notificación de la providencia que las decreta u ordena tener como tales.*
- b) Todas las partes tiene derecho a conocer el valor o poder de convicción que el juzgador le da a cada prueba y a todas en su unidad o conjunto. Se obtiene con la motivación que el juez hace al tomar una decisión de fondo.*
- c) Cualquier persona tiene la oportunidad de asistir a la práctica de las pruebas. Para su efectividad las pruebas se practican en audiencia pública (...). La publicidad de la audiencia no significa que a ella asistan personas ajenas al proceso, sino simplemente que tengan la posibilidad de hacerlo. En consecuencia, es factible que a dicha actuación solo asistan las partes y los órganos de prueba y, sin embargo,*

se cumple con el principio (Corte Constitucional, MP Iván Humberto Escrucería Mayolo, 2017).

En tercer lugar, aparece el principio de imparcialidad, que busca en términos generales conseguir que el juzgador deje sus intereses fuera, así como sus prejuicios y sesgos se desvanezcan frente a cada caso, respecto de lo anterior la Corte Constitucional indicó:

El principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir (Corte Constitucional, Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, 2009).

En otras palabras, “la imparcialidad debe ser implícito en las actuaciones judiciales, y en particular al momento de proferir la decisión, la cual debe basarse, única y exclusivamente, en las pruebas presentadas por las partes en el Proceso” (Navarro, 2011, p. 66), no obstante, dentro de la teoría penal se habla también de la vulneración del principio de imparcialidad cuando el Juez se deja llevar por sus vivencias, emociones y opiniones para proferir un fallo en determinado caso, “ejemplo claro de esto, son los casos de abuso sexual en donde, por regla general, se condena al acusado por el repudio social que genera el acto, dejando de lado la objetividad procesal”. (Delgado, y otros, 2018).

Finalmente, cuarto, aparece el principio de contradicción. En materia probatoria, esto significa que el sindicado o imputado durante el proceso, tiene la posibilidad de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa:

El principio de Contradicción ha sido desarrollado en varios instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagró: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (Zabaleta, 2017).

Para Zabaleta (2017) el derecho de contradicción probatoria no es más que la posibilidad de las partes de defenderse, de refutar y oponerse a las afirmaciones realizadas por la parte contraria, de aportar elementos que le permitan desvirtuar lo dicho en su contra, dicha posibilidad exige que se den ciertas garantías probatorias que son el desarrollo del debido proceso consagrado en nuestra carta política. En esta línea, la Corte Constitucional en sentencia C1270 de 2000 indica que para el derecho a la prueba debe darse las siguientes características (retroalimentando los principios anteriores):

i) El derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso (Corte Constitucional, MP Antonio Barrera Carbonell, 2000).

Adicionalmente, esta alta Corporación señaló en sentencia C-790 de 2006:

El derecho de contradicción apunta a dos fenómenos distintos. De una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de

defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba (Corte Constitucional, MP Alvaro Tafur Galvis, 2006).

De esta forma, la contradicción probatoria se puede entender como la participación de las partes en cada una de las fases de la actividad probatoria, y en la construcción argumentativa de la verdad, este es un derecho que emana del derecho constitucional y permite que la defensa se haga efectiva en cada proceso, donde contra quien se dirige una pretensión pueda hacer uso de los medios que sean necesarios para su defensa (Zabaleta, 2017).

Este repaso de los principios que rigen la formación de la prueba y su estricta relación con los derechos fundamentales de quien soporta la acusación, no son ajenos al juicio disciplinario ético-médico, al punto que debe observar propósitos idénticos, so pena de decretarse su nulidad en el escenario de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo expuesto, cobra importancia entonces, un elemento diferenciador relacionado con la especificidad de la prueba en el campo de la medicina, al punto que puede originar resultados diametralmente opuestos a los conseguidos en el proceso criminal.

Como ejemplo de lo expuesto, en decisión del 29 de junio de 2016 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 41.245, se dispuso no casar la sentencia y en consecuencia mantener incólume la condena impuesta a un médico patólogo.

En síntesis, un médico especialista en un informe de patología reportó el hallazgo de un carcinoma en el tejido mamario de una paciente, el cual no fue confirmado o descartado con exámenes adicionales, lo que motivó la realización de una intervención quirúrgica con extirpación total del seno. No obstante, en un nuevo examen practicado por otra patóloga, se determinó que no se trataba de una lesión maligna sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna.

La Corte resolvió el asunto, señalando –en resumen- que el médico desconoció el deber objetivo de cuidado y excedió el riesgo permitido, para lo cual analizó aspectos relacionados con la violación del deber objetivo de cuidado y la teoría de la imputación objetiva, reseñando que la medicina es una actividad peligrosa. Al mismo tiempo se refirió a la *lex artis*, así:

Entendida la lex artis como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales, que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica, es preciso decir, junto a la representante del Ministerio Público, que estas no pueden ser rígidas y aplicables por igual para todos los casos; su implementación e idoneidad dependerá de las circunstancias concretas que singularizan cada caso: no solo por la complejidad inherente al propio acto médico, sino también por las características del profesional que lo lleva a cabo (su especialidad, experiencia, criterio), la incidencia en los posibles resultados de ciertos factores como los antecedentes del propio paciente - incluidos los familiares-, los obstáculos o facilidades que ofrezca la organización sanitaria y la trascendencia vital que para el paciente conlleven las consecuencias del acto médico (Corte Suprema de Justicia, MP José Luis Barceló Camacho, 2016)

Esta decisión mereció la crítica de uno de los Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica cuando precisó que es falso que la medicina es una actividad peligrosa:

Pero debe enfatizarse en un elemento diferencial: Actividad peligrosa es un término jurídico que involucra una elevación del riesgo normal en una actividad lícita, cuya acción solamente beneficia al actor de la misma. Es decir, la elevación del riesgo se encuentra en los linderos de una actividad legalmente aceptada (como manejar un automóvil), que puede ocasionar daños a otra persona por efectos de dicha elevación. Y el que eleva el riesgo normal y, a consecuencia de ello produce un daño, debe responder por él e indemnizarlo. Esto es diferente al riesgo inherente al ejercicio de una profesión dentro de los límites del riesgo previsto. Y la profesión médica tiene riesgos en ambos sentidos, pero NO es jurídicamente una actividad peligrosa” (Guzman, 2013).

Es más, recordó lo que sobre el tema indicó el Consejo de Estado:

(...) si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio (Consejo de Estado, MP Carlos Betancur Jaramillo, 1992).

Pero además, la Academia Nacional de Medicina, en defensa del galeno condenado por la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, refirió:

La medicina es arte y ciencia; como tal, durante su ejercicio se pueden presentar innumerables situaciones en las que no siempre será posible haber tenido certeza en la decisión, o en el diagnóstico, o en el tratamiento; esto es el "acto médico"; acto que al analizarse de forma retrospectiva puede dar otra interpretación o verdad generando entonces lo que se considera o define como un error en la práctica médica. Lo anterior ha existido y seguirá existiendo porque la medicina es ejercida por seres humanos y en toda acción humana existe margen o posibilidad de error; en este ejercicio tan delicado, el médico siempre utilizará todos los medios a su alcance y expondrá lo mejor de su conocimiento. Procurará por principios, por su

*formación profesional, por su ética y su humanismo la intención de lograr los mejores resultados en la salud de su paciente. Nunca en el acto médico habrá el dolo de realizar el mal o perjuicio hacia el paciente. **El error diagnóstico, susceptible de ocurrir en el ejercicio de la medicina, no debería ser criminalizado y debería ser juzgado por los mismos profesionales médicos (pares) en los tribunales de ética médica y a la luz de Lex Artis.** Se deben tener en cuenta siempre las circunstancias en las que se desarrolló el acto médico y se produjo el error; los factores atenuantes y agravantes y que pueden haber incidido en el error; el error mismo, sus consecuencias, las circunstancias de tiempo, modo y lugar; caracterizar el error y si este trascendió a falta y si esta falta se puede caracterizar como delito y si este delito puede ser tan grave como para considerarse un crimen; es más, es imperativo tener en cuenta las características y antecedentes del médico causante, su entorno profesional, social o laboral, su profesionalismo; su comunidad y el concepto que de él como tal tiene, del ámbito en el que ha vivido y se ha desarrollado como médico, sus antecedentes en el campo médico deontológico (Academia Nacional de Medicina, 2016)*

Es evidente entonces que, para los críticos de la sentencia, el reproche penal fue descontextualizado, incluso al punto de aseverar que los errores médicos deben ser juzgados exclusivamente por pares, tesis que no puede considerarse del todo descabellada, sino en cambio como se ha planteado, esto es, la defensa de que la decisión ética merece un mayor grado de valoración adicional y preponderante por tratarse de asuntos de conocimientos especiales.

Lo anterior puede encontrar fundamento en lo que Baratta ha denominado el principio de la respuesta no contingente al considerar que:

La ley penal, por tanto, no puede ser una respuesta inmediata de naturaleza administrativa, como, en cambio, lo es frecuentemente en la práctica. Los problemas

que se debe enfrentar tienen que estar suficientemente decantados antes de poner en práctica una respuesta penal. Ésta, por lo general, no puede contemplar situaciones atípicas o excepcionales (Baratta, 2004).

Pero así como se ejemplificó un asunto en que la Corte concluyó la responsabilidad penal de un médico apartándose de posturas no compartidas por la comunidad médica, en otra decisión con radicado 46.766 del 10 de abril de 2019, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia casó una sentencia condenatoria por el delito de lesiones personales culposas que había sido proferida en contra de una médica general y dos pediatras.

Los hechos dan cuenta de un menor de edad que sufrió un trauma en su región genital, por lo que fue llevado por su madre a la Cruz Roja, siendo atendido por una médica general que lo examinó y con la ayuda de una ecografía testicular, le formuló ibuprofeno, le dio de alta y le recomendó consultar con el pediatra. La condición médica del niño empeoró por lo que su progenitora lo llevó en sendas ocasiones a dos entidades de salud, donde fue atendido por dos médicos pediatras quienes, en síntesis, ordenaron continuar con la medicación y dispusieron otras atenciones. Dos días después del trauma, la salud del menor se deterioró por lo que consultó nuevamente y es visto por otra pediatra quien ordenó procedimiento quirúrgico inmediato extirpando el testículo, puesto que se había torcido, generando necrosis.

Como se indicó, la primera y segunda instancia concluyeron responsabilidad penal, lo que motivó la demanda de casación por la defensa de los encartados, reprochando que el Tribunal incurrió entre otros, en violación indirecta de la Ley mediante error de hecho por falso juicio de existencia al no valorar la decisión del Tribunal de Ética Médica que desvirtuó un actuar indebido de los galenos como causa de la lesión sufrida por el paciente.

Adviértase que la Fiscalía y la Defensa estipularon que el Tribunal de Ética Médica archivó la investigación en contra de los médicos especialistas al no vulnerar la *lex artis*, lo que de contera incorporó el fallo disciplinario al Juicio oral que a manera de referencia se citó en el cuerpo de la sentencia y cuyo contenido se recuerda:

Respecto del doctor José Guillermo Forero León, el Tribunal Ético estableció: en su calidad de pediatra de urgencias, valoró al menor IDSMR, en cuya actuación se destaca el resultado de una ecografía sin evidencia de torsión testicular, que se percató que el paciente caminaba sin dificultad y que había dolor a la palpación del testículo...el doctor Forero descartó razonablemente que se tratara de una torsión testicular y describió perfectamente cómo al examen físico pudo palpar el testículo sin registrar retracciones ni dolor..., dedicó tiempo necesario para evaluar al paciente y en la historia clínica describió claramente los hallazgos del examen físico que le permitieron orientar al diagnóstico de orquiepididimitis post traumática. Por esto, en el concepto de esta Corporación, el análisis de la información, los hallazgos del examen físico y la interpretación de los paraclínicos, fue ajustada a la Lex Artis, descartó una torsión testicular en una forma lógica y coherente, además de que su actuación fue benéfica o en busca de lo más conveniente para el paciente. Nunca ni por acción ni por omisión quiso poner en riesgo el testículo del paciente y por el contrario procuró descartar una patología quirúrgica. (Corte Suprema de Justicia, MP José Francisco Acuña Vizcaya, 2019).

Para que la Corte a renglón seguido precisara que:

*Frente a este panorama la jurisprudencia y la doctrina propenden porque, en los delitos imprudentes, se sancionen los comportamientos objetivamente peligrosos realizados más allá del riesgo permitido, que en la práctica médica lo determinan las reglas técnicas o profesionales que conforman la *lex artis*, las cuales, entonces, deben examinarse para establecer si el galeno respetó o no los protocolos establecidos en la diagnosis y tratamiento de una determinada enfermedad, o si su*

actividad, en cualquier caso, corresponde con la que ejercería un médico diligente (Corte Suprema de Justicia, MP José Francisco Acuña Vizcaya, 2019).

Y finalmente valorando todo el acervo probatorio, concluyó lo siguiente:

Como viene de verse, de las pruebas practicadas en el juicio y consideradas en el fallo recurrido, surge probable que, cuando el acusado Forero León examinó a DSMR, el diagnóstico fuera de epididimitis, por lo que además de hacerle las recomendaciones del caso a la madre del menor acerca de los signos de alarma, ordenó la remisión por consulta externa con el urólogo. La posibilidad de que ese diagnóstico no hubiere mutado se ratifica en el testimonio de la experta de Medicina Legal, quien precisó que los hallazgos del 11 de octubre, en horas de la noche, cuando el acusado valoró al menor, coincidían con la epididimitis establecida en la mañana en la sede de la Cruz Roja, enfermedad corroborada a través de ecografía (Corte Suprema de Justicia, MP José Francisco Acuña Vizcaya, 2019).

Conclusiones

Resulta viable, así como en otro tipo de materias o profesiones se realiza, el juzgamiento que puede hacerse al médico en dos procedimientos diferentes, en ejercicio de su profesión. Sin embargo, en atención a las especificidades y dificultades que se presentan en los temas médicos, la solución óptima sería la de agregarle un mayor poder suasorio a las conclusiones que varios expertos imparciales dieron respecto de su actuación, sin necesidad de acudir a un perito que, en lo referente a lo penal, comúnmente busca favorecer a la parte que se lo presenta al Juez en el asunto que se le pone a consideración.

Se debe reconocer la importancia de la función constitucional atribuida a los Tribunales de Ética Médica, al considerarse como entidades que conocen y juzgan el comportamiento ético de los Profesionales de la Medicina, para lo cual resulta

indispensable que el Estado se preocupe en actualizar toda la normatividad relacionada, en aras de garantizar al máximo, los derechos y garantías de los galenos.

Asimismo, debe afirmarse que el ejercicio de la Medicina implica necesariamente un análisis ético, de suyo necesario para entender el comportamiento de un Profesional de la Medicina, en un asunto determinado en que se ventile una probable responsabilidad penal.

Además, es imperativo reconocer el excelso valor probatorio de las decisiones de los Tribunales de Ética Médica al ser producto de consideraciones de expertos en la materia, en orden a justificar en el marco del proceso penal, la decisión que resuelva el asunto, sobre todo en eventos de delitos imprudentes.

Más allá de las diferencias en sus procedimientos, las cuales aceptamos, y si bien obviamente no se trata de una decisión que fue confeccionada al interior del proceso penal, ésta es sin duda el resultado de un trámite en el que intervino el médico y su defensor, respetándose todas las garantías constitucionales e incluso los principios que rigen en materia penal y que fueron expuestos. Por tal motivo, su incorporación no debe ser ajena a la estructura del proceso y por el contrario, debe convertirse en consulta obligatoria para el juez penal si fue introducida en el juicio como prueba documental.

Finalmente, que justo es empezar a considerar la polémica y novedosa propuesta, de que sean los pares médicos quienes en últimas, definan si tal comportamiento reviste vicios contrarios al debido ejercicio de la Medicina, al punto de fijar los hechos en el campo de la responsabilidad penal.

Bibliografía

Academia Nacional de Medicina. (2016). CASO DR. JOSÉ EDGAR DUQUE ECHEVERRY. *Revista de Medicina* 38(3), 273-274, recueprado de <https://revistamedicina.net/ojsanm/index.php/Medicina/article/view/114-7>.

Baratta, A. (2004). *Principios de Derecho Penal Mínimo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Congreso de la Republica . (2000). *Ley 600. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*. . Bogota D.C: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. (1981). *Ley 23. "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica"*. Bogota D.C: Diario Oficial No. 35.711 de 27 de febrero de 1981.

Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá, D.C: Gacetas Asamblea Constituyente de 1991. Secretaría General del Sénado.

Congreso de la República. (2004). *Ley 906. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*. Bogotá, D.C: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Consejo de Estado, MP Carlos Betancur Jaramillo, 6754, FALLA DEL SERVICIO MEDICO (Sala de lo Contencioso Administrativo 24 de 08 de 1992).

Corte Constitucional, Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, Sentencia C-762/09 (Casación penal 2009).

Corte Constitucional, MP Alvaro Tafur Galvis, Sentencia C-790/06 (PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL 20 de 09 de 2006).

Corte Constitucional, MP Antonio Barrera Carbonell, Sentencia C-1270/00 (Regulación de procedimientos judiciales 20 de 09 de 2000).

Corte Constitucional, MP Diana Fajardo Rivera, Sentencia C-163/19, Sustitución de la Detención Preventiva (Relatoria de la casación Penal 10 de 04 de 2019).

Corte Constitucional, MP Iván Humberto Escruce Mayolo, Sentencia T-237/17 (Casación Penal 2017).

Corte Constitucional. MP Alvaro Tafur Galvis, Sentencia T-589/00, expediente T-280964 (16 de 05 de 2000).

Corte Suprema de Justicia, SP880-2017, proceso 38512 (Principio de concentración e inmediación 12 de 12 de 2012).

Corte Suprema de Justicia, MP José Francisco Acuña Vizcaya, SP1315-2019, Radicación N° 46766 (Sala de Casación Penal 10 de 04 de 2019).

Corte Suprema de Justicia, MP José Luis Barceló Camacho, SP8759-2016(41245) (Relatoría Sala de Casación Penal 06 de 29 de 2016).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal MP. Luis Antonio Hernandez Barbosa, AP 3359-2019, Aprobado Acta 257 (Sala de Casación Penal 8 de 08 de 2018).

Delgado, J., Rodríguez, F., Sesca, D., Muñoz, M., Sarmiento, J., & Leal, A. (2018). *El principio de imparcialidad en la valoración de la prueba en el derecho penal*. Bogotá: Universidad Manuela Beltrán.

- Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Editorial Témis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Guzmán , F. (2014). *EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO MÉDICO. ÚLTIMO VESTIGIO DE LOS ANTIGUOS JUECES DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL (1981-2013)*. Bogotá: Tesis de Maestría (Corporación UNiversitaria Libre de Colombia).
- Guzman, F. (2013). Una sentencia que termina con el ejercicio medico: Propuesta de un Decálogo de Protección, como parte de una medicina defensiva. *Federación Medica Colombiana*, Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica. Recuperado de <https://fecolsog.org/wp-content/uploads/2013/04/Una-sentencia-que-termina-con-el-ejerc%C3%ADcio-M%C3%A9dico-Dr-Fernando-Guzm%C3%A1n.pdf>.
- Guzmán F y cols (1994) Comunicaciones y conceptos. El acto médico Implicaciones éticas y legales.. *Acta Médica Colombiana* Vol. 19 N° 3. Mayo- Junio – 1994, página 142.
- Hassemer, W. (2003). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Bogota (Colombia): Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Navarro, G. (2011). *La Prueba En El Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer. Bogotá: Editorial Leyer.
- Pérez, J. (2015). Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación. *Estudios de Derecho*, 72 (159), 61-87.
- Sentencia No. C-259/95, MP Hernando Herrera Vergara, Tribunal de Etica Medica (Corte Constitucional 15 de 06 de 1995).
- Taruffo, M. (2013). Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba . *Revista Discusiones* (3), 81-97, recuperado de

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunos-comentarios-sobre-la-valoracion-de-la-prueba/>.

Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* (20), 73-96.

Zabaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. *CES Derecho*, 172-190, Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf>.