

**EL PROCESO DISCIPLINARIO EN ÉTICA MÉDICA EN EL SECRETO
PROFESIONAL MEDICO**

Por:

David Alejandro Rinta Landinez

Para optar como opción de grado , dirigida y revisada por Fernando Tovar

Uricoechea

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

TUNJA

2020

Índice

Parte metodológica

Introducción

CAPITULO I ESTRUCTURA Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO

DISCIPLINARIO MEDICO

1.1.Marco conceptual

1.1.1. Derecho

1.1.2. Medicina

1.1.3. Ética

1.1.4. Derecho disciplinario medico

1.2.Estructura del derecho disciplinario ético medico aspectos generales de la ley 23 de 1981

1.2.1. Estructura general del derecho disciplinario medico aspectos generales de la ley 23 de 1981

1.2.2. El derecho disciplinario

1.2.3. El derecho penal

1.2.4. Diferencias entre derecho disciplinario y penal

1.2.5. Bloque de legalidad de la ley 23 de 1981

a) Caducidad y prescripción

b) Nulidades bajo el bloque de legalidad

c) Procedimiento respecto a pruebas

1.3. Fundamentos del derecho disciplinario ético medico

- 1.3.1. Legalidad**
- 1.3.2. Ilícitud sustancial**
- 1.3.3. Debido Proceso**
- 1.3.4. Efecto inmediato a normas procesales**
- 1.3.5. Reconocimiento de dignidad humana**
- 1.3.6. Presunción de inocencia**
- 1.3.7. Gratuidad**
- 1.3.8. Ejecutoriedad**
- 1.3.9. Celeridad**
- 1.3.10. Culpabilidad**
- 1.3.11. Favorabilidad**
- 1.3.12. Igualdad ante la ley**
- 1.3.13. Derecho de defensa**
- 1.3.14. Proporcionalidad**
- 1.3.15. Motivación**

CAPITULO II DEL DERECHO PROCESAL DISCIPLINARIO MEDICO

2.1.Aspectos generales

2.2.Órganos de control

2.2.1. Federación medica Colombiana (FMC)

2.3.Tribunal de ética medica

2.3.1. Tribunal Nacional de ética medica

2.3.2. Tribunal seccional de ética medica

2.4.Procedimiento ético-disciplinario

- 2.4.1. Inicio de la acción disciplinaria**
- 2.4.2. Análisis del profesional instructor**
- 2.4.3. Formulación de cargos**
- 2.4.4. Diligencia de descargos**
- 2.4.5. Fallo, sanciones y recursos**

CAPITULO III EL SECRETO PROFESIONAL MEDICO

3.1. Concepto de violación

- 3.1.1. Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga.**
- 3.1.2. A los familiares del enfermo si la revelación es útil al tratamiento**
- 3.1.3. A los responsables del paciente**
- 3.1.4. A las autoridades judiciales o de higiene y salud**
- 3.1.5. A los auxiliares del medico**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

PARTE METODOLÓGICA

1. Problema de investigación

¿Cuales son las consecuencias del derecho disciplinario ético medico en la falta del secreto profesional?

2. Objetivos

2.1.General

Determinar cómo incide el derecho disciplinario ético medico en el secreto profesional del medico

2.2.Específicos

- **Precisar** cuáles son los fundamentos constitucionales y legales del derecho disciplinario de la ética medica
- **Exponer** cuales son las instituciones jurídicas y judiciales del derecho disciplinario ético medico
- **Explicar** en qué consiste el secreto profesional del medico

3. Hipótesis

Dentro del desarrollo de la presente investigación es factible que los fundamentos jurídicos del derecho disciplinario ético médico se tenga como soporte el derecho disciplinario y no el derecho penal tal como lo consagra en su art 82 de la ley 23 de 1981, debido a que la consolidación del derecho disciplinario por medio de la ley 734 de 2002 y en la ley 1952 de 2019 que entrara en vigencia , la cual se ajusta a la orientación de la ley 23 de 1981, con ello repercute dentro de las instituciones y figuras jurídicas del derecho disciplinario ético médico .

4. Estado de la investigación

El trabajo se encuentra soportado en torno a la ley 23 de 1981 junto a la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional , además de varios textos sobre derechos disciplinario y algunos en penal , los cuales con un método deductivo de sus principios y fundamentos se desprenden para complementar el derecho disciplinario médico , en la cual se centra en la falta disciplinaria de la vulneración del secreto médico.

5. Justificación en el interés social

La medicina procura la protección de la salud de las personas tanto física como mentalmente, para ello existen protocolos , procedimientos médicos para salvaguardar la vida del paciente, sin embargo en muchas ocasiones sucede que por falta de experiencia , experticia o diligencia , se utiliza una mala praxis lo cual atenta contra los deberes y obligaciones de los médicos contenidas en la ley 23 de 1981 , por lo que es claro que se inicia un proceso disciplinario el cual conoce en primera

instancia los tribunales seccionales (Departamentales) y en segunda el tribunal ético médico nacional, con esta preciso se hace necesario que los abogados también conozcan de este trámite para defender a los médicos que son imputados de faltas disciplinarias médicas , por ello es necesario desarrollar un estudio doctrinal sobre este tema.

6. Justificación en el estudio jurídico

El proceso disciplinario ético médico no ha sido desarrollado por parte de la comunidad jurídica, por lo que existen varios vacíos y desorganización en cuanto la complementación de la ley 23 de 1983 con otras normas como lo es la ley 906 de 2004 , ley 734 de 2002 la cual será reemplazada por la ley 1952 de 2019 donde no se tiene un criterio unificado y claro, por lo que a través de la doctrina, bajo argumentos es posible consolidar el proceso disciplinario ético médico.

INTRODUCCION

La necesidad de las normas es necesario para llevar una adecuada convivencia en todos los ámbitos que nos rodea, caso es la medicina la cual se regula en relación a las conductas adecuadas en el ejercicio de esa profesión y prohíbe ciertas actuaciones las cuales van en contravía de la finalidad de la vida del paciente.

El presente trabajo se enfocara en un primer lugar al estudio de la estructura y fundamentos del derechos disciplinario medico , el cual comprende en un inicio sobre algunos conceptos básicos , posteriormente se describirá cual es la estructura normativa de la ley 23 de 1981 el cual será el objeto de estudio a lo largo de la monografía , en seguida se enfocara sobre la discusión que enuncia el art 82 de la ley 23 , puesto que se procede a enunciar las semejanzas y diferencias entre derecho disciplinario y penal , para luego concluir que por medio de un bloque de legalidad se debe dar en principio el derechos disciplinario y en caso que este no sea suficiente al derecho penal hasta así llegar a las normas constitucionales y las contenidas en el bloque de legalidad .

En el segundo capitulo se abordará los aspectos del tribunal nacional y seccional de ética medica y su procedimiento en sus diferentes etapas, el cual es una revisión general del procedimiento disciplinario médico.

Luego el tercer capitulo se centrará en la falta disciplinaria que concierne al art 37, 38 y 39 de la ley 23 de 1981 sobre el secreto medico concepto de violación, los

derechos que se pretende proteger y a quienes se puede revelar sin incurrir en una falta disciplinaria.

Finalmente, se harán conclusiones sobre la monografía de los tres capítulos abordados de conformidad con los objetivos planteados en la parte metodológica.

CAPITULO I

ESTRUCTURA Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO

MEDICO

1.1.MARCO CONCEPTUAL

El hombre desde las diferentes épocas de su historia ha intentado crear normas para mantener un orden dentro de su entorno y el derecho ha sido una herramienta para lograr tener una civilización organizada, a la par la medicina pretende proteger la salud de los hombres y por consiguiente preservar la raza humana.

El derecho si se parte de que pretende regular los aspectos que le conciernen al hombre para su correcto funcionamiento , la medicina desde una perspectiva jurídica se ve permeada por el derecho y es por la adecuada conducta del medico (lex artis) en el tratamiento del paciente , por lo que el derecho pretende regular la profesión en cómo debe proceder frente al paciente , las instituciones del Estado concernientes a la salud , los colegas , la propiedad intelectual y las conductas propias de la profesión.

El presente capítulo que se desarrollara primero analizando algunas definiciones sobre derecho, medicina, ético y derecho disciplinario puesto que son los componentes propios para tener base en el desarrollo de los demás capítulos de esta monografía, es claro que la orientación de este trabajo se pretende cimentarlo en el positivismo teniendo como sustento el orden jurídico colombiano en especial con la ley 23 de 1981 que es la norma rectora del derecho disciplinario ético- medico.

1.1.1. Derecho

Desde los antiguos griegos hasta en la actualidad surgen varias definiciones sobre ¿qué es derecho?, se puede destacar algunas definiciones, entre las que se pueden citar la de Julien Bonnecase, el cual definió el derecho como:

“el derecho es el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente en la ley en el sentido genérico del término, aseguran efectivamente en un medio y época dados, la realización armonía social, fundado, por una parte, en las aspiraciones colectivas o individuales, y por otra, en una concepción, aunque sea poco precisa, de la noción del derecho.”

La anterior definición tiene una perspectiva desde la escuela exegética, donde la ley es el centro del ordenamiento jurídico, en un mismo sentido se encuentra el profesor Rafael Rojina Villegas donde conceptualiza el derecho de la siguiente forma:

“es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones”

Parte de la misma premisa que Bonnecase y es que el derecho es un conjunto de normas, las cuales regulan la acción del hombre otorgando derechos, deberes, obligaciones y en dado caso sanciones si se infringen las normas, Kelsen analizando el derecho desde una concepción estática del derecho define de forma sencilla el derecho:

“(…) el derecho es solamente un sistema de normas a los cuales los hombres prestan o no conformidad”

Desde un punto de vista dinámico, el derecho es según Kelsen:

“Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas”

Se puede inferir que el derecho es un sistema jurídico el cual puede crear normas y aplicación de estas según el contenido de la norma jurídica , además sigue en un mismo sentido a Bonnet y Rojina Villegas puesto que tienen en común que es un conjunto de normas , solo que Kelsen lo comprende forma organizada y sistémica.

Teniendo en cuenta los anteriores autores y para efectos de esta monografía definiré que es derecho el cual comprendo como un sistema de normas que regulan la conducta del hombre otorgando derechos, deberes, obligaciones y sanciones.

1.1.2. Medicina

Es otra de las profesiones liberales si la entendemos como carrera, la cual ha estado presente desde los inicios de la humanidad tan antigua como el derecho, además la medicina tiene diferentes acepciones entendida como una ciencia, oficio o arte, al respecto (Vega Franco, L 2001):

“(…) la medicina como ciencia, ésta concierne al acervo de saberes en los que abrevamos los médicos en nuestra fase inicial: anatomía, histología, bacteriología, fisiología, farmacología y todas las otras materias que tuvimos que cursar, como conocimientos básicos, antes de iniciar nuestros estudios en las materias de Patología y Clínica: para saber cómo prevenir y curar enfermedades que aquejan a los seres humanos”.

La anterior referencia nos demuestra en primer lugar que la medicina se compone de varias ramas y que por consiguiente tiene una serie de conocimientos, los cuales tiene una estructura lógica y coherente , en segundo lugar se encuentra la finalidad de la medicina la cual tiene dos objetivos curar enfermedades y prevenirlas por lo que la actuación de los médicos no solo va en tratar y curar las enfermedades sino evitar que otras surjan del paciente, el Tribunal Nacional de Ética medica tiene una definición de medicina de forma compuesta como ciencia, arte y oficio , así lo expresa(TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA, 2018):

“La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico.”

Siendo así, puede entender la medicina como un acto complejo entre ciencia puesto que se requieren conocimientos para poder ejercer la profesión y por consiguiente técnica al momento de curar o evitar una enfermedad de un paciente.

1.1.3. Ética

La conducta humana ha sido estudiada y evaluar si una acción es catalogada como buena o mala, al respecto el profesor Bulla Romero también determina que la ética pretende esclarecer si una conducta de un hombre es correcta o incorrecta:

“(…) podemos afirmar que la definición de Ética, es la ciencia de las costumbres, con énfasis en el estudio de la bondad o maldad de los actos humanos, sin interesarse en otros aspectos”

El autor parte de ese estudio de la conducta humana desde la costumbre, por lo que el examen de la conducta del hombre se revisa su entorno, lo aceptable en una determinada sociedad, para así determinar si una acción humana es correcta o no lo es.

En el caso de la medicina, una buena conducta es que el profesional médico debe actuar con diligencia, respeto a la dignidad del paciente, cuidado y rigurosidad en sus acciones y por consiguiente no caer incurso de alguna falta disciplinaria de la ley 23 de 1981 que precisamente la norma busca las buenas costumbres o conductas por parte del profesional médico.

1.1.4. Derecho disciplinario ético medico

Se ha desarrollado hasta este momento tres definiciones derecho, medicina y ética, por lo que se enunciara que es derecho disciplinario según algunos doctrinantes para efectos de lograr configurar las tres últimas definiciones y así dar una definición propia sobre el derecho disciplinario ético medico

Es un sistema jurídico conformado por un conjunto de normas las cuales regulan la correcta conducta del profesional médico y en caso de vulnerar sus deberes se imponen sanciones de acuerdo a la falta cometida.

Siendo así , la monografía se centrara únicamente de la responsabilidad disciplinaria el médico , por lo que se excluirá de su estudio la posibilidad de la responsabilidad civil extracontractual , responsabilidad del Estado o responsabilidad penal , aunque cabe aclarar que por una conducta de un médico que afecte o dañe a un paciente puedan surgir las anteriores responsabilidades, sin embargo el objeto de estudio solo se centra en la responsabilidad disciplinaria en una falta y es la del secreto profesional regulada en el art 37 , 38 y 39 de la ley 23 de 1981.

1.2.Estructura del derecho disciplinario ético medico aspectos generales de la ley 23 de 1981

1.2.1. Estructura general del derecho disciplinario medico aspectos generales de la ley 23 de 1981

Conforme al capítulo primero de la monografía se plantea una definición del derecho disciplinario ético medico la cual es un conjunto de normas que regulan la conducta profesional médica, el legislador por medio de la ley 23 de 1981 “por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica” enmarca una serie de principios, faltas y procedimientos en caso de estar incurso en una falta disciplinaria el profesional médico.

La ley 23 de 1981 tiene en general tres grandes capítulos los cuales se pueden estructurar de la siguiente forma:

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES (Artículos 1 y 2)

CAPÍTULO I. DECLARACION DE PRINCIPIOS (Artículo 1)

CAPÍTULO II. DEL JURAMENTO (Artículo 2)

TÍTULO II. PRACTICA PROFESIONAL (Artículos 3 a 61)

CAPÍTULO I. DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON EL PACIENTE
(Artículos 3 a 26)

CAPÍTULO II. DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON SUS COLEGAS
(Artículos 27 a 32)

CAPÍTULO III. DE LA PRESCRIPCION MEDICA, LA HISTORIA CLINICA, EL
SECRETO PROFESIONAL Y ALGUNAS CONDUCTAS (Artículos 33 a 41)

CAPÍTULO IV. DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON LAS
INSTITUCIONES (Artículos 42 a 45)

CAPÍTULO V. DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON LA SOCIEDAD Y
EL ESTADO (Artículos 46 a 54)

CAPÍTULO VI. PUBLICIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL (Artículos 55 a
61)

TÍTULO III. ORGANOS DE CONTROL Y REGIMEN DISCIPLINARIO (Artículos 62 a 94)

CAPÍTULO I. DE LA FEDERACION MEDICA Y LOS TRIBUNALES ETICO -
PROFESIONALES (Artículos 62 a 73)

CAPÍTULO II. DEL PROCESO DISCIPLINARIO ETICO - PROFESIONAL

(Artículos 74 a 82)

CAPÍTULO III. DE LAS SANCIONES (Artículos 83 a 94)

Como se menciona existe tres grades pilares los cuales, se harán unos comentarios de cada uno de forma general para efectos de introducir los alcances de esta norma:

Respecto del primer Título **DISPOSICIONES GENERALES** : Se comprende de dos artículos la declaración de principios donde se enmarcan la serie de garantías dentro del proceso disciplinario ético médico, además de la finalidad de la carrera medica que es la protección del a salud en favor de la humanidad lo cual trasciende no solo al nacional Colombiano sino a todo ser humano por lo que se ve inmerso el concepto de dignidad humana y del segundo artículo se encuentra el juramento Hipocrático el cual es una declaración recogida o transcrita del a Convención de Ginebra de la Asociación médica mundial , por lo que esta debe tomarse como un anhelo y objetivo de cualquier medico en concordancia con los principios que indica el art 1 de la ley en estudio

Respecto del segundo título **PRACTICA PROFESIONAL**: Podría identificarse como el régimen especial de las faltas disciplinarias ético medicas las cuales se comprenden bajo 6 esferas entre las que encontramos las siguientes:

- Las relaciones del medido con el paciente
- las relaciones del médico con sus colegas

- La prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas
- Las relaciones del medio con las instituciones
- Las relaciones del médico con la sociedad y el estado
- Respecto de la publicidad y propiedad intelectual

Estudian en su integridad las relaciones médicas profesionales en sus diferentes esferas y situación de interacción puesto que estas se enmarcan en un ámbito de afectación de terceros, sea con el paciente, colegas, sociedad, Estado y en general con el público, pero para efectos de la presente monografía se centrara en el secreto profesional como falta disciplinaria.

Respecto del tercer título **ORGANOS DE CONTROL Y REGIMEN DISCIPLINARIO**, Esta última parte de la ley comprende las instituciones procesales disciplinarias medico profesionales por lo que tiene un proceso específico en caso de incurrir en una falta disciplinaria.

Hasta este punto se realizó una idea general, sin embargo, a pesar de existir norma especial, la ley 23 de 1981 tiene varios vacíos normativos por lo que es necesario remitirse a otras leyes, por ello el art 82 de la mencionada ley disciplinaria medica expresa lo siguiente:

*“ART 82. En lo previsto en la presente Ley, **se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.**”* (Negrilla y subrayado agregado)

Conforme a la norma anterior, la norma remite al Código de procedimiento penal que es la ley 906 de 2004, sin embargo frente a esta remisión cabe hacer el siguiente interrogante ¿el Código de procedimiento penal es la norma idónea para suplir los vacíos normativos de la ley disciplinaria ética médica? el cuestionamiento tiene su sustento en que a pesar de la remisión expresa debe tenerse en cuenta que el derecho penal y disciplinario a pesar de tener semejanzas ambos son independientes, en este sentido se hace necesario estudiar la naturaleza jurídica del derecho penal y disciplinario.

1.2.2. El derecho disciplinario

Al igual con el desarrollo del derecho penal, se partirá de una definición sobre derecho disciplinario, para efectos de comprender su naturaleza jurídica y distinguir entre una y otra rama, por lo que se iniciare citando lo comprendido por el profesor Hernández Sánchez (2012) de la siguiente forma:

“ Es un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes integran , las faltas , las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas , independiente del órgano o rama a que pertenezca el servidor” (Negrilla y subrayado agregado)

Conforme a la definición propuesta por el profesor Hernández Sánchez se desprende una serie de deberes , obligaciones , las cuales en caso de no cumplirse por acción u omisión se está inmerso en una falta disciplinaria y por consiguiente se procedería a imponer una sanción por medio de un procedimiento , de primera vista que el objeto

de la ley disciplinaria es el correcto funcionamiento de la administración pública logrando los objetivos que dispone el art 209 de la C.N , el cual consagra lo siguiente :_

*“Artículo 209. La función administrativa está **al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,** mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. **La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.**”*

Conforme a la norma constitucional se desprende que la expresión “ términos que señale la ley” hace referencia a la ley disciplinaria por lo que el servidor público debe estar sujeto a estos principios en su conducta , adicionalmente el art 22 de la ley 734 de 2002 consagra la finalidad de la ley disciplinaria:

*“ Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para **salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos,** cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades,*

impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”

La norma disciplinaria se complementa con lo contenido en el art 209 de la C.N en relación a la salvaguarda de la moralidad pública y por consiguiente el correcto funcionamiento de la función pública, en este mismo sentido la honorable Corte Constitucional en sentencia **C 892 de 1999** con ponencia del Doctor Alfredo Beltrán Sierra expone sobre el alcance y finalidad del derecho disciplinario de la siguiente forma:

*“Sea lo primero decir, **que el objetivo primordial del Derecho Disciplinario, consiste en garantizar la efectividad, eficacia, eficiencia y sobre todo la dignidad del servicio público correspondiente**, para lograr de esta manera la adecuada marcha de la **administración pública y**, en consecuencia, poder brindar a los administrados una función pública ejercida en beneficio de ellos y de la comunidad en general y, asegurar la protección de los derechos y libertades de los asociados.*
(...) “

La jurisprudencia centra que el objetivo del derecho disciplinario es el de garantizar la efectividad , eficacia eficiencia y la dignidad del servidor público, el cual también va en armonía con el **art 209 C.N y art 22 del C.D.U** , sin embargo queda otra característica del derecho disciplinario y es la potestad de disciplinar en caso de una acción , omisión o extralimitación el cual es analizada por la Corte Constitucional en varias sentencias entre la que se puede destacar la **C 030 de 2012** , el cual dispone :

“ La potestad sancionadora de la administración se justifica en cuanto se orienta a permitir la consecución de los fines del Estado, a través de “otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16)”. En el ámbito específico del derecho disciplinario, la potestad sancionadora de la administración se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, y su fundamento constitucional se encuentra en múltiples normas de orden superior, tales como los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política. “

La providencia nos demuestra que los sujetos disciplinables son tanto servidores públicos como particulares con función pública y que la potestad disciplinaria recae de forma preferente al Estado por intermedio del a procuraduría y a su vez reviste de esta facultad a las entidades publicas para efectos de sancionar las faltas de los sujetos disciplinables.

Cabe destacar que la sentencia **C 818 de 2005** consagra la finalidad de la potestad disciplinaria:

*“ Con fundamento en estas disposiciones, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la finalidad de la potestad disciplinaria es **“asegurar el cumplimiento***

de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”
(C.P. art. 209)”

Conforme a lo expuesto se puede inferir una definición propia de derecho disciplinario con las normas, jurisprudencia y la doctrina al respecto de la siguiente forma:

Es un conjunto de normas jurídicas que están en caminadas de dictar los derechos, deberes y obligaciones de los sujetos que ejercen función pública que en caso de que su conducta por acción, omisión o extralimitación afecten el correcto funcionamiento de la administración y por consiguiente incurran en una falta deben ser sancionados por el Estado o sus respectivas entidades públicas.

1.2.3. El derecho penal

En el anterior epígrafe se desarrolló la definición y características del derecho disciplinario, por lo que se abordara con el mismo método para efectos de comprender la noción del derecho penal, a lo cual se hará referencia al profesor Fernando Velásquez, el cual define el derecho penal de la siguiente forma:

“... se puede afirmar el derecho penal positivo es el conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto (conducta punible) asocian penas y/o medidas de seguridad o de corrección a título de consecuencia jurídica;”

La anterior referencia va acorde con las definiciones dadas en el capítulo primero sobre derecho, cabe destacar que es comprendido desde una perspectiva positiva como un conjunto de normas , al respecto (MIR PUIG.S 2003) encuentra desde dos perspectivas la definición del derecho penal :

“Aplicada al derecho penal, significa que: a) en sentido objetivo es derecho penal el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina, que habrá que precisar aquí, y b) en sentido subjetivo es derecho penal la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas. Ésta será la segunda división en el seno del concepto del derecho penal.”

En el sentido objetivo va acorde con lo planteado por Velásquez , pero el segundo aspecto es de real importancia puesto que el Estado por medio de su rama legislativa crea las normas y aplicación o velar por el cumplimiento de esas normas por medio de la Fiscalía General de la Nación , entidad que se encarga de perseguir las conducta punibles tipificadas , la honorable Corte Constitucional **C 334 de 2013** comprende el derecho penal de la siguiente forma :

“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la

decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio”

La forma en que se orienta al derecho penal tiene un fin de acabar con la criminalidad y proteger los bienes jurídicos tutelables, lo anterior soportado con las normas que son la ley 599 de 2000 donde se encuentran tipificadas las conductas punibles que afectan a la sociedad y su propio procedimiento ley 906 de 2004 , por lo que puede evidenciarse que frente al derechos disciplinario existen varias diferencias entre su régimen sustancial como procedimental.

1.2.4. Diferencias entre derecho disciplinario y penal

Luego del desarrollo de concepto y características del derecho disciplinario y penal, se procederá a exponer las diferencias entre uno y otro derecho, con lo que finalizará este epígrafe con una tabla haciendo comparativo de los principales rasgos de las dos ramas en estudio.

Cabe aclarar que se hace imperiosa hacer esta distinción entre estas dos ramas del derecho puesto que con ello se desarrollara el denominado bloque de legalidad que se expondrá en párrafos adelante para resolver la interrogante ¿el Código de procedimiento penal es la norma idónea para suplir los vacíos normativos de la ley disciplinaria ética médica?

La honorable Corte Constitucional ha desarrollado las diferencias entre el derecho disciplinario y penal, en la sentencia **C 427 de 1994** se empezó a contrastar una conducta delictiva (Delito) y una falta disciplinaria:

“ La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; **mientras que en la definición de las faltas disciplinarias entran en juego elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales,** que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor **flexibilidad,** y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos”

Es claro la diferenciación entre uno y otro derecho, puesto que el tipo penal tiende a hacer rígido en cuanto a la tipificación de la conducta , mientras que en el derecho

disciplinario es de carácter flexible , otro aspecto relevantes es sobre quien recae la ley penal que es sobre todos los habitantes del territorio colombiano , mientras que los sujetos disciplinables solo corresponde a los servidores públicos o particulares con función pública, por lo que podría inferirse que el derecho disciplinario es una rama exclusiva a ciertas personas , mientras que el derecho penal es general.

Respecto de la aplicación de los principios del derecho disciplinario y penal, en la sentencia **C 597 de 1996** se pronunció sobre su aplicación:

“Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- **o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores.** En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”

La anterior referencia jurisprudencia, se encuentra claro que la aplicación de los principios del derecho penal deben aplicarse de forma diferente , además de tener autonomía del derecho disciplinario, puesto que primero debe remitirse al a fuente de los principios del derecho disciplinario , que en caso de no ser suficiente del contenido, se remite a los contenidos en el derecho penal.

Adicionalmente la norma nos hace referencia también a la ley disciplinaria de los profesionales entre los que se encuentran con los médicos, por lo que podría inferirse que la forma de agotar las fuentes en el derecho disciplinario ético medico seria en primer momento la ley 23 de 193 , posteriormente la remisión a la ley disciplinaria 734 de 2002 y en caso de que los principios no sean suficientes debe aplicarse los que respecta al derecho penal.

En este mismo orden de ideas, la procuraduría plantea una clara diferenciación entre la finalidad que busca el derecho disciplinario y penal , en donde reconoce su autonomía :

*“ (...) **el derecho disciplinario goza de autonomía, en consideración a que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son diferentes a los buscados por el régimen penal**, reafirmando que el primero tiene por objeto la prevención y buena marcha de la gestión pública al igual que la garantía del cumplimiento de las funciones y fines del Estado, en relación con las conductas de los servidores públicos que las afecten o pongan en peligro.”*

Con lo anterior se resume lo desarrollado hasta el momento, en que el derecho disciplinario es exclusivo se remite únicamente a los servidores públicos y particulares con función pública, mientras que el derecho penal aplica a todos los habitantes del territorio nacional colombiano, en disciplinario se encuentran las faltas, mientras que en penal las conductas punibles.

A continuación, se hará un cuadro comparativo entre las principales características del derecho disciplinario y penal:

	DERECHO DISCIPLINARIO	DERECHO PENAL
Definición	Es un conjunto de normas jurídicas que están en caminadas de dictar los derechos, deberes y obligaciones de los sujetos que ejercen función pública que en caso de que su conducta por acción, omisión o extralimitación afecten el correcto funcionamiento de la	Es un conjunto de normas donde las cuales pretenden proteger bienes jurídicos tutelables , en caso de infracción de los tipos penales consagrados en la norma el Estado utilizando el ius puniendi sanciona a las personas naturales que trasgredieron la norma siempre y cuando la conducta

	administración y por consiguiente incurran en una falta deben ser sancionados por el Estado o sus respectivas entidades públicas.	sea típica, antijurídica y culpable.
Norma aplicable	Aplicación de la ley 734 de 2002	Ley 599 de 2000 (Código penal) Ley 906 de 2004 (Código de procedimiento penal)
Competencia	Procuraduría Oficinas de control interno	Jurisdicción Ordinaria Penal
Características	- Pretende proteger la correcta conducta de los servidores públicos - La acción disciplinaria esta en cabeza de las oficinas de control	- Protege los bienes jurídicos tutelables - La acción penal esta en cabeza del Estado representado en la fiscalía quien pretende investigar y probar las conductas punibles, quien

	interno disciplinario, las personerías y la Procuraduría. - La sanción, puede consistir en una amonestación o suspensión del cargo. - El derecho disciplinario aplica para los funcionarios públicos o particulares que ejercen dicha función.	conoce de este procedimiento es la jurisdicción ordinaria penal. - Existen sanciones principales como lo es la prisión, pago de multas. - Dependiendo el tipo penal ,puede aplicar a personas naturales , como a funcionarios públicos, según los sujetos activos y pasivos según la conducta
--	--	---

1.2.5. Bloque de legalidad de la ley 23 de 1981

En este capítulo se desarrolló la definición básica del derecho penal y disciplinario y sus diferencias , sin embargo esta retroalimentación de estas ramas del derecho son esenciales para resolver cual es la normatividad aplicable en caso de existir vacíos normativos en la ley 23 de 1983 , por lo que se desprende que en primer término la interpretación del art 82 de la ley disciplinaria medica la mencionada remisión no debe ser en principio al Código Procedimiento penal Ley 906 de 2004 sino a la ley 734 de 2002 puesto que la naturaleza jurídica de la ley 23 de 1983 es de tipo disciplinaria por lo que no debe acudir directamente a la penal sino a la disciplinaria.

Teniendo en cuenta el objeto de la ley disciplinaria se ajusta a la ley 23 de 1983 puesto que se analiza la conducta o correcto actuar del médico en su ejercicio profesional, además que la estructura de la ley ética-disciplinaria se configuran son faltas al igual que la normativa del C.D.U, mientras que el derecho penal no, aquí se configuran conductas punibles.

Para demostrar que la norma en que se remite es la disciplinaria y no la penal, se expondrá de algunas figuras jurídicas en donde se evidencia que al agotar la ley ética médica se remite al C.D.U, una de las figuras comunes son las siguientes:

a) Caducidad y Prescripción. Dentro de los tribunales éticos médicos, se tiene dos tesis sobre la aplicación del art 82 de la ley 23 de 1983, por un lado se encuentran que debe remitirse a la ley penal y otros respecto de la disciplinaria.

Con fallo del Tribunal de ética medica del valle del cauca con Providencia No.02-2006 y ponencia del Dr. Efraim Otero Ruiz se acogen a la remisión del Código de procedimiento pena, en el caso que se resuelve decretando la prescripción lo hacen conforme a lo dispuesto en la ley 906 de 2004 código de procedimiento

penal que para el momento en que se cometió la falta regía la mencionada norma , el honorable Tribunal se pronunció de la siguiente forma :

“ De acuerdo con los argumentos aprobados por la Sala Plena de este Tribunal Nacional dentro del proceso 477 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca y el proceso 179 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, las disposiciones del artículo 531 de la Ley 906 de 2004 deben aplicarse en el ámbito ético-disciplinario médico a partir de la vigencia de la mencionada ley. En la providencia respectiva, que lleva el número 09-2005 del 1 de marzo de 2005, con ponencia del H. Magistrado Doctor Fernando Guzmán Mora se aduce:

“...Es una realidad que la norma disciplinaria nada nos dice sobre la prescripción, situación que ha llevado a la Sala por remisión a aplicar las normas penales respectivas.”

Es igualmente cierto que no existe norma disciplinaria expresa que haga referencia a la culminación de la etapa de investigación y existe una norma equivalente o análoga que es la prevista en el artículo 79 de la ley 23, que hace referencia al informe de conclusiones que debe presentar ante la Sala, el magistrado instructor.

Es más que evidente que esta disposición viene a ser la equivalente dentro del proceso penal a la que prevé el cierre de la investigación y cuando se acude a esta equivalencia es obvio concluir que se está recurriendo a la analogía. - “

Conforme a la anterior providencia se puede evidenciar que la citación la cual se resalto y subrayo tiene gran importancia para la resolución de los casos debe remitirse a las normas penales, debido a la remisión del art 82. por lo que se decreta la prescripción del caso, sin embargo, no se comparte esta tesis puesto que va en contravía de otros fallos de Tribunales de Ética Médica, además de ir en contra de lo dispuesto por la honorable Corte Constitucional.

En providencia No. 43-2012 con ponencia del Dr. Francisco Pardo Vargas consagra lo siguiente sobre la prescripción y la aplicación de la ley disciplinaria:

*“ (...) **la acción disciplinaria prescribe en un término de cinco años contados a partir del hecho que produjo la falta disciplinaria**, del cual no se puede predicar interrupciones careciendo el auto de formulación de cargos de la facultad de interrumpir el término de la prescripción.*

*Ahora bien, las normas de la Ley 906 de 2004 no resultarían aplicables en el caso presente porque en ellas se contemplan la posibilidad de la acción penal con la formulación de la imputación; por lo tanto, actuando de este modo se contravendría el principio de favorabilidad que se predica de todos los campos del derecho sancionatorio, **aclarando por supuesto, que la interpretación en torno de la prescripción de la acción disciplinaria predicada por la Corte Constitucional, se acompasa más con la naturaleza del proceso médico disciplinario.**”*

Conforme a lo anterior es claro las distinciones que se realizan entre el derecho disciplinario y penal, además de los procesos que se llevan y asemejando el C.D.U a la ley ético- medico disciplinaria por lo que en este caso no indica que debe aplicarse el art 82 la remisión al procedimiento penal , sino que debido a la naturaleza de la ley 23 de 1981 debe tener su sustento en la norma disciplinaria , por lo que debe remitirse en materia de prescripción de la acción disciplinaria ético medico a lo dispuesto al art 30 de la ley 734 de 2002 , la cual dispone :

*“ Artículo 30. **Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación** y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.*

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

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

Conforme a la norma procesal disciplinaria , el termino son 5 años desde el momento que se consumo la falta disciplinaria ético médico, en este mismo sentido el honorable Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 13-2009, se pronunció sobre la remisión normativa a la ley disciplinaria y no a la penal en los siguientes términos:

“ Es claro, que pretender aplicar toda la normatividad penal sobre prescripción a materia disciplinaria ética trasciende la misma naturaleza de las faltas disciplinarias porque se termina imponiendo una carga punitiva excesiva a los médicos disciplinados, que quedan paragonados con algunos de los casos más graves de la delincuencia penal, situación que como ya se dijo rompe la naturaleza jurídicas de las “faltas” y provoca grave alteración al principio de proporcionalidad, porque siendo los médicos responsables de faltas muchísimo menos graves que los delitos, en virtud de la remisión legislativa pretendida se les termina aplicando normas que los paragonan con algunas de las formas más graves de la delincuencia penal. Si se observa el contenido del artículo 82 de la Ley 23 de 1981 allí se autoriza la remisión al Código de Procedimiento Penal. Es evidente que la ley 23 tiene un vacío respecto a la prescripción de la acción disciplinaria y de conformidad con el artículo 28 de la Carta Política no puede haber penas imprescriptibles. En tales condiciones para llenar este vacío debemos acudir al código penal o al código disciplinario, y es obvio, que por la identidad de la naturaleza de las faltas la remisión debe hacerse a la Ley 734 de 2000 Código Único disciplinario y no al Código Penal.

La anterior conclusión **es evidente que existiendo el vacío sobre la prescripción en el proceso disciplinario la remisión para llenar ese vacío se haga a un Código que maneje infracciones a la ley de la misma naturaleza, esto es el código disciplinario, porque remitir al Código Penal conlleva a las injusticias y desproporciones antes destacadas... ”**

La anterior providencia va acorde con las diferenciaciones que se realizaron en el epígrafe entre el derecho disciplinario y penal , por lo que el Tribunal Nacional de Ética Medica adopta una medida de remisión normativa al C.D.U puesto que en caso de aplicar la normativa del Código de procedimiento penal y los términos de prescripción del Código penal podría ser más gravosos puesto que la prescripción de la acción penal en ocasiones sobrepasa los 5 años , por lo que sería desfavorable y desproporcional con el medico quien está en proceso disciplinario ético médico.

El mismo Tribunal Nacional Ético Medico se sustento en la sentencia **C 244 de 1996**, donde se realizo una diferencia clara entre el derecho penal y disciplinario, la jurisprudencia menciona:

“Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.”

En este orden de ideas se puede identificar las diferencias entre el derecho disciplinario y penal, además que los vacíos normativos de la ley médica disciplinaria deben estar sujetos a lo preceptuado en la ley 734 de 2002 y no al código de procedimiento penal.

b) Nulidades bajo el bloque de legalidad, la remisión en cuanto a la interposición de nulidades, debe ceñirse a lo contemplado en la ley 734 de 2002, las cuales podrán interponerse en cualquier tiempo en el proceso , además de ser taxativas las cuales tiene su regulación en el art 143 del C.D.U:

“Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.”

Solo dentro del proceso médico disciplinario puede alegarse estas tres nulidades, sin embargo resalta lo expresado en la norma citada anteriormente, puesto que dispone que debe remitirse al Código de Procedimiento penal, por lo que si la

norma disciplinaria por expresa determinación dispone que su trámite se encuentra en otra norma como es el caso de la norma procesal penal debe aplicarse , pero en principio se dispone lo contemplado en el bloque de legalidad y es que los vacíos de la ley 23 de 1981 deben ser complementados por normas disciplinarios.

Siendo así durante el proceso disciplinario o en cualquiera de sus audiencias podrá interponerse nulidades antes del fallo, con la remisión al código de procedimiento penal, debe tenerse en cuenta lo contemplado en el art 455, 456 y 457 de la ley 906 de 2004, sin embargo, la lectura de estas normas no se desprende cual su procedimiento sino los elementos para alegar y probar la respectiva nulidad en memorial o en sustentación en la audiencia.

c) Procedimiento respecto a pruebas En el régimen disciplinario la regulación sobre las pruebas se encuentra en el art 128 y 142 de la ley 734 de 2002, donde impone la carga de la prueba en el Estado por consiguiente para el régimen disciplinario medico esta a cargo del Tribunal de Ética medica en cabeza del miembro instructor designado por el Tribunal, además el art 128 va en concordancia con el principio de motivación puesto que las pruebas soportan el fallo.

Cabe destacar que existe libertad probatoria, por lo que cualquier medio de prueba es aceptable en el procedimiento disciplinario medico siempre y cuando la prueba sea lícita y cumpla con los presupuestos de conducencia, pertenencia y necesidad de la prueba, los medios de probatorios son:

- Confesión,
- Testimonio,
- Peritación,
- Inspección o visita especial,
- Documentales
- Interrogatorio de parte
- Indicios
- Prueba de Informe

La norma del artículo 130 de la ley 734 de 2002 que fue modificada por la ley 1474 de 2011 , consagra que cualquier prueba científica podrá practicarse , además la norma vuelve a la remisión del Código de Procedimiento penal , por lo que vuelve a suceder la remisión por la norma disciplinaria como sucede en la regulación sobre nulidades dentro del proceso penal , siempre y cuando sea compatible con el régimen disciplinario , por lo que la practica de pruebas en el derecho disciplinario medico seria en audiencia de diligencia de descargos o en la etapa de análisis por parte del instructor.

Como puede evidenciarse , existen varios vacíos por parte del derecho disciplinario medico y que inclusive la ley 734 de 2002 no alcanza a llenar por lo que la misma norma remite siempre y cuando sea compatible al procedimiento penal , por lo que puede concluirse que el bloque de legalidad no se agota únicamente en el derecho disciplinario , sino que puede remitirse en la norma penal e inclusive llenar vacíos de procedimiento con la ley 1564 de 2012 en los casos que aplique y adicionalmente la Constitución y los tratados internacionales

por vía bloque de constitucionalidad, pero la primera norma que esta llamada a complementar la ley 23 de 1981 es el Código Único Disciplinario.

1.3.Los fundamentos del derecho disciplinario ético medico

Como se desarrolló en el capítulo II de esta monografía, se tiene la orientación por el bloque de legalidad sobre la remisión normativo a la ley disciplinaria, sin embargo, es necesario determinar cuáles son los fundamentos constitucionales y legales para efectos de tener claridad en la jerarquía normativa, para de esta forma lograr comprender de forma general la estructura del derecho disciplinario ético médico.

AL respecto el art 1 de la ley 23 de 1982 contiene una serie de principios que rigen el régimen disciplinario- ético médico, sin embargo, no trae de forma taxativa una enunciación de principios por lo que por vía de interpretación se desprenderían por lo que la norma expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 1

La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Etica Médica.

1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención *de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico - social, racial, político o*

religioso. **El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituye su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes**”

La norma disciplinaria ley 734 de 2002 complementa el art 1 de la ley 23 de 1981, puesto que consagra una serie de principios que son aplicables también al proceso disciplinario ético médico, por lo que a continuación se enunciarán los principios contenidos en el código único disciplinario de los cuales son aplicable a la ley disciplinaria ético médica, los cuales son:

1.3.1. Legalidad (art 4 del C.G.D)

Para ser sancionados los profesionales médicos, debe existir una falta disciplinaria debidamente tipificada de lo contrario ningún medico puede ser sancionado por norma que no exista dentro de la ley 23 de 1981 o demás normas que adicionen o modifiquen faltas disciplinarias médicas.

Sin embargo no solo se agota en la ley disciplinaria medica sino que también podrá remitirse a decretos y actos administrativos con fuerza vinculante los cuales oriente , complementa a la interpretación de la falta disciplinaria .

1.3.2. Ilícitud sustancial (Art 9 del C.G.D)

Se determina la antijuridicidad, donde debe mencionarse que la acción u omisión del medico se encuentre en contra de su función que es propiamente la preservación de salud de las personas, además de estar dentro del marco del juramento hipocrático que fue incorporado a la ley ético disciplinario en el art 2 de la ley 23 de 1981.

1.3.3. Debido proceso. (Art 12 del C.G.D y el art 29 de la C.N)

Este no solo es catalogado como un principio sino como un derecho, puesto que se encuentra como derecho fundamental en la Constitución Política y ha sido desarrollado en la honorable Corte Constitucional tanto a nivel administrativo como judicial

Es claro que la composición del derecho disciplinario se encuentra a su vez en otros principios como es el de la legalidad, presunción de inocencia, por lo que al respecto la honorable Corte Constitucional en sentencia **C 593 de 2014** el contenido y los ítems que componen el derechos disciplinario:

“ Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”

Nos consagra en total 8 elementos del debido proceso los cuales se concatenan con otros principios de la ley disciplinaria, sin embargo se puede concluir que junto a los principios de legalidad , ilicitud sustancial y culpabilidad, el debido proceso es un principio y derecho por lo que en caso de no cumplirse y ceñirse con la normatividad tanto procesal como sustancial estaríamos frente a una vulneración de un derecho fundamental el cual puede ser exigido por medio de los recursos de reposición y apelación, nulidades el argumentar si existe vulneración al debido proceso , en caso de persistir la afectación del debido proceso se podrá invocar la acción de tutela para retrotraer las actuaciones que

contravía al debido proceso y por consiguiente a los principios de la ley disciplinaria ética médica.

1.3.4. Efecto inmediato a normas procesales.

Cualquier normatividad que adicione, modifique o elimine algún procedimiento deberá aplicarse de forma instantánea de lo contrario estaría afectando no solo este principio, sino que también el debido proceso, al respecto la honorable Corte constitucional en sentencia **C 619 de 2001** expreso lo siguiente sobre las normas procesales:

*“Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos **son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia.** Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.”*

A pesar de que la presente monografía se centra en la ley 734 de 2002, al momento de entrar en vigencia la ley 1952 de 2019 Código General disciplinaria incidirá en las actuaciones que no han sido finalizadas o

ejecutoriadas por lo que de pasar a aplicar el Código único disciplinario se entrara a aplicar de forma inmediata las normas procesales que conlleva la nueva legislación disciplinaria

1.3.5. Reconocimiento de dignidad humana (art 1 C.G.D y preámbulo, art 1, 2, 29, 93 de la C.N)

el fundamento esencial de los derechos fundamentales es la dignidad humana , además del Estado social de derecho se sustenta en el reconocimiento de las personas , en lograr la garantía de los derechos contenidos en la Constitución y otras normas , además por vía bloque de constitucionalidad es claro que los derechos humanos también tiene su sustento en la dignidad humana por lo que la aplicación de tratados internacionales referentes a derechos humanos son aplicables al procedimiento ético medico disciplinario.

1.3.6. Presunción de inocencia (art 14 C.G.D).

En todo proceso disciplinario el investigado es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, por lo que le Tribunal de Ética Medica es el encargado de romper con la presunción de inocencia , al respecto del art 8 de la ley 734 de 2002 es necesario revisarla :

“Artículo 9°. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.”

De la anterior norma se puede desprender que no solo contiene la presunción de inocencia quien deberá probar es el ente acusador si se configuro la falta disciplinaria y comprobando los presupuestos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad , sino que le segundo inciso si el estándar probatorio no es superado entonces se aplicara el indubio pro disciplinado , puesto que si el material probatorio no es suficiente para lograr desvirtuar la presunción de inocencia esta duda deberá ser en favor del disciplinado.

Al respecto la honorable Corte Constitucional por medio del a sentencia **C 720 de 2006** el cual explica los alcances de la presunción de inocencia y que el inicio del a acción disciplinaria no atenta contra el buen nombre , honra :

“La sola iniciación de un proceso disciplinario contra una persona no puede ser entendida como atentado contra su buen nombre o contra su honra, sino como el cumplimiento del deber que tiene la autoridad disciplinaria de investigar y permitir al procesado que ejerza su derecho a la defensa. De esta manera, tanto el procesado como la sociedad cuentan con un escenario jurídico idóneo para precisar si la persona investigada es o no responsable del ilícito por el cual se le ha iniciado un proceso.”

Conforme a la cita anterior es claro que el investigado tiene el derecho de contradicción, ejercer su defensa, sin embargo, como se ha anotado

quien tiene el deber de vencer la presunción de inocencia para el derecho ético medico disciplinario es el Tribunal de Ética Medica.

1.3.7. Gratuidad (Art 9 C.G.D y 228 C.N)

el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia una de las formas en que se materializa es por intermedio de que las actuaciones son gratuitas, sin embargo, debe aclararse que el valor de las copias, los gastos en honorarios del abogado no puede decirse que afectan el principio de gratuidad puesto que estas son actuaciones fuera del ente que investiga la falta disciplinaria es decir del Tribunal de Ética Médica, sin embargo el investigado en caso de no tener los recursos económicos suficientes , se le proporcionara un abogada puesto que esto iría acorde al inciso 5 art 29 de la C.N al respecto en la sentencia **T 394 de 2018** desarrolla el principio de gratuidad:

“ el principio de gratuidad en el acceso a la administración de justicia se refiere a la obligación estatal de garantizar el servicio público de administración de justicia sin costo para el usuario, de modo que la capacidad económica no sea un factor determinante para acudir ante los jueces y tribunales encargados de resolver sus pretensiones según lo establecido por la ley. ”

En este orden de ideas, la gratuidad y el acceso a la administración de justicia van de la mano, por lo que por las actuaciones en un proceso disciplinario deben ser gratuitas.

1.3.8. Ejecutoriedad (art 16 C.G.D y el inciso 5 art 29 de la C.N)

A pesar de que la norma de la ley 734 de 2002 indique que es ejecutoriedad en realidad encuadra el principio del Non bis ibidem “ no se puede juzgar dos veces por el mismo hecho” también otra garantía constitucional consagrada dentro del art 29 de la C.N , por lo que una vez quedado en firma el fallo bien sea absolutorio o condenatorio no puede iniciarse nuevamente un proceso disciplinario por el mismo hecho.

Este principio es compartido con el derecho penal, por lo que puede decirse que es una extensión al derecho disciplinario esto en palabras de la honorable Corte Constitucional en la sentencia **C 870 de 2002** con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, además de exponer la función de esta figura cuando es un sujeto disciplinable:

“ La aplicación del principio non bis in idem no está restringida al derecho penal, sino, como lo ha dicho esta Corporación, “se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”. El

principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios.

(...)

*La función de este derecho, conocido como el principio non bis in idem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, **lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad.***

Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada, sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita.” (Negrilla y subrayado agregado)

Conforme a la sentencia de constitucionalidad puede evidenciarse que el principio del non bis ibidem hace parte del debido proceso y seguridad jurídica ya que al tener un fallo favorable o desfavorable en un proceso disciplinario no puede volverse a abrir nuevo proceso por le mismo hecho, este principio también es aplicable en todo el proceso disciplinario desde la etapa de indagación preliminar hasta el fallo , sin dejar de mencionarse que las figuras de caducidad y prescripción en dado caso de que se decreten son cobijadas por este principio.

1.3.9. Celeridad (Art 12 C.G.D)

Este principio indica que los magistrados del Tribunal de Ética medica deben proceder a la aplicación de la ley disciplinaria ética

medica de forma expedita para evitar fenómenos como la prescripción y caducidad que estos tienen remisión normativa a la ley 734 de 2002. Cabe mencionar que el Tribunal de Ética medica cumple función publica de conformidad con el art 73 de la ley 23 de 1981:

“Los Tribunales Etico - profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos” (Negrilla y subrayado agregado)

Al cumplir una función pública los tribunales de ética médica, se hace imperioso que sus actuaciones se encuentren dentro de los términos de la ley 23 de 1981 y por supuesto de las normas que debe remitirse o complementarse al existir vacíos en el proceso ético medico disciplinario, la honorable Corte Constitucional en sentencia **C 826 de 2013** con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, se pronuncio sobre el principio de celeridad cuando se ejerce función pública:

“En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los

*destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general. Igualmente ha señalado esta Corporación, **que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política**, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública.*

Al tener función pública debe ir en favor del cumplimiento del art 2 de la C.N sobre los fines esenciales del Estado entre los que se encuentra garantizar los principios y derechos consagrados en la constitución política por lo que el cumplimiento del plexo de principios desarrollados en este acápite además de mantener un orden justo al disciplinar a los médicos profesionales infractores se encuentra sustentados en la eficiencia del derecho disciplinario ético médico.

1.3.10. Culpabilidad (Art 10. C.G.D)

Este principio determina que ningún servidor público puede ser disciplinado por una conducta objetiva, por lo que es necesario probar la culpa grave o el dolo, de lo contrario se afectaría el debido proceso

y a las garantías de los funcionarios públicos, de aquí se desprende que a los médicos no pueden ser sancionados por la mera conducta sino que debe también determinarse la culpabilidad, al respecto la honorable Corte Constitucional en sentencia **C 155 de 2002** se pronuncio sobre la culpabilidad como presupuesto para ser sancionado disciplinariamente :

*“ Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado numerus apertus, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados **con** cualquiera de los factores generadores de la culpa.”*

En este orden de ideas, es claro que la responsabilidad disciplinaria ética médica es subjetiva y por consiguiente es uno de los requisitos que debe probarse, por lo que la sola conducta no basta para proceder a imposición de una sanción.

1.3.11. Favorabilidad (Art 8 C.G.D)

Se desprende de las garantías del debido proceso consagrado en el art 29 de la C.N , el cual es aplicable a varias ramas donde el ius puniendi del Estado sea aplicable, por lo que al derechos disciplinario medico es claro que aplica esta garantía puesto que se encuentra dentro del derecho disciplinario al respecto el honorable **Consejo de Estado en la sala de consulta y servicio civil con concepto 1454 de 2002** enuncio lo siguiente:

“(...) por virtud del mandato constitucional del artículo 29, el principio de la irretroactividad de la ley en materia sancionatoria sufre una importante excepción en el evento de que la nueva ley sea más favorable al procesado: penal, disciplinario o en los casos contravencionales en que su naturaleza lo admita; cuando tal circunstancia se dé, dicha ley adquiere fuerza retroactiva, es decir, puede o debe aplicarse a situaciones surgidas bajo el imperio de la ley precedente.

Por cuanto se trata del manejo de criterios y conceptos que fueron desarrollados ampliamente por el derecho penal y hoy resultan aplicables a las actuaciones judiciales y administrativas en las cuales se juzgue la conducta humana para aplicar el poder sancionador del Estado (...)”

1.3.12. Igualdad ante la ley (Art 7 C.G.D)

Tiene su relación con el art 13 de la C.N el cual las normas procesales y sustanciales del derecho disciplinario medico deben ser aplicadas por igual conforme a las circunstancias, sobre este principio de aplicación igual de la ley para el régimen disciplinario médico debe remitirse de conformidad con lo explicado en el bloque de legalidad.

1.3.13. Derecho de defensa (Art 15 C.G.U)

Para ejercer la defensa en el proceso disciplinario medico quien presuntamente cometió una presunta falta, tendrá un abogado de oficio o en caso de no tenerlo se asignara uno de oficio, cabe destacar que al aplicar la remisión por vía bloque de legalidad en el régimen disciplinario médico, los consultorios jurídicos de las facultades de derecho legalmente constituidas podrán los estudiantes ejercer de oficio ejercer la defensa técnica y material.

1.3.14. Proporcionalidad (Art 18 C.D.U)

La norma se refiere a la imposición de la sanción que debe ser proporcional con la falta cometida por el médico, sobre la sanción impuesta se puede interponer recurso de reposición y apelación según la gravedad, para así lograr rebajar la sanción, sin embargo los tribunales de Ética medica deben tener en cuenta atenuantes y agravantes ya que es otro aspecto en el momento de imponer sanciones.

1.3.15. Motivación (Art 19 C.G.U)

Entre las garantías que tiene el debido proceso se encuentra , que las decisiones deben estar motivadas tanto jurídicamente como fácticamente , puesto que debe existir coherencia en el fallo tanto absolutorio como condenatorio.

Conforme a lo anterior, se desprenden que existen una serie de principios que se complementan con el proceso disciplinario ético médico y la declaración de principios ya citada en el art 1 de la ley 23 de 1981 , adicionalmente el juramento hipocrático o medico es una norma orientadora al procedimiento el cual se concatena con la finalidad de la medicina de curar y preservar la salud y como orientación a los principios del derecho disciplinario que se encuentra tanto en le Código Único disciplinario como en el art 1 y 2 de la ley 23 de 1981 , el cual consagra lo siguiente:

“JURAMENTO MEDICO

Prometo Solemnemente

Consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen,

Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética;

Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

Velar solícitamente y ante todo, por la salud de mi paciente;

Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

Considerar como hermanos a mis colegas;

Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;

Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;

Solemnemente y espontánea, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.”

El juramento, comprende la esencia y finalidad de la palabra medicina, resaltando la dignidad humana y la protección de la vida, cabe resaltar que el juramento no es precisamente una norma con lo que se pueda en si transgredir, sino un anhelo de conducta, similar al preámbulo del a Constitución Política de Colombia, lo mismo sucede al momento de interpretar en el proceso disciplinario médico.

Debe destacarse que otras normas son aplicables al régimen disciplinario medico como lo son los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia por vía bloque de constitucionalidad, entre los que se destacan:

2. Declaración Universal de los derechos humanos
3. Convención Americana de los derechos humanos
4. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
5. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Conforme a las normas referenciadas y comentadas, el derechos disciplinario medico es una estructura jerárquica compleja por cuanto aplican varias normas, las cuales cumplen las

garantías del debido proceso contenidas en la Constitución y complementadas por los tratados internacionales.

CAPITULO II DEL DERECHO PROCESAL DISCIPLINARIO MEDICO

2.1.Aspectos generales

Teniendo como referencia el art 29 de la Constitución política es claro que debe existir un trámite claro, con lineamientos claros ya que hace parte de las garantías que tiene el debido proceso.

A pesar de realizar el análisis de la falta disciplinaria del secreto medico desarrollado en el anterior capitulo, el procedimiento que se explico a continuación es aplicable tanto a la falta estudiada como las demás contenidas en la ley 23 de 1981, por lo que este capítulo se centraría en el procesal general de esta materia.

En primer lugar, se abordará los órganos de control de los médicos profesionales haciendo un breve análisis de sus instituciones, para luego pasar a exponer lo referente a los procedimientos en la ley ético-disciplinaria

2.2.Órganos de control

En los artículos 62 y 63 de la ley 23 de 1981 se encuentran dos instituciones la federación médica colombiana y el Tribunal Nacional de Ética Médica, la primera tiene una función consultiva al gobierno nacional en relación a la salud, investigación científica médica, el adecuado ejercicio de la profesión y prestación del servicio, mientras que el Tribunal Ético medico tiene la función sancionadora cuando se trasgrede las faltas disciplinarias descritas en el título III de la ley 23 de 1981.

2.2.1. Federación médica colombiana (FMC)

Es una entidad civil de derecho privado, democrática, sin ánimo de lucro, de carácter científico gremial , la cual fue fundada en el año 1934 inicialmente bajo el nombre Asociación Médica Colombiana la cual tuvo como objetivo la organización y la formalización de gremios , colegios para el mejor desempeño de los médicos profesionales en Colombia , así como aportar en la creación del Ministerio de Higiene y el Código de Moral Médica el cual su versión final se vería materializada en la ley 23 de 1981.

Debe tenerse en cuenta que los estatutos actuales de la Federación Medica Colombiana se encuentra enaltecer la profesión de medica , incentivar a la labor científica , prevención y tratamiento de enfermedades en la comunidad en general y conforme a la ley ético medica se encuentra como institución asesora del gobierno la cual a realizado diferentes aportes entre

las que se encuentra la ley estatutaria de la salud y las constantes criticas al sistema de seguridad social en salud traído por la ley 100 de 1993.

En relación al régimen disciplinario se encuentra como una institución que vela por las buenas prácticas de los médicos, por lo que puede formular quejas cuando así se vea pertinente si se denota una transgresión al régimen disciplinario, sin embargo, no tiene función sancionadora ya que esta se encuentra en cabeza del Tribunal de Ética Médica.

2.3.Tribunal de ética medica

La institución del régimen disciplinario de los médicos profesionales en Colombia es el tribunal de ética médica el cual su máximo órgano es el Tribunal Nacional de Ética Médica y en cada departamento también deberá existir tribunales departamentales.

Debe mencionarse que los tribunales tanto nacionales como departamentales ejercen función pública, pero no tiene el carácter de ser servidores públicos, por lo que esto determinar que los miembros del tribunal ético medico deben posesionarse los de orden nacional ante el ministro de salud y los departamentales ante el gobernador ya que la norma dispone que ante la primera autoridad del ente territorial departamental.

Cabe destacar que en las faltas gravísimas el Ministerio de Salud en segunda instancia por recurso de apelación del tribunal Nacional tendrá facultades para confirmar el fallo en primera instancia o revoque , solo tendrá esta disposición cuando las faltas sean graves y el medico que se impone sanción interpone recursos.

2.3.1. Tribunal Nacional de ética medica

Tiene su fundamento en el art 63 de la ley 23 de 1981 , donde le tribunal de ética medica se ubicara en la capital Bogotá D.C , el cual esta integrado por 5 profesionales de la medicina

elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de 10 candidatos de los cuales 4 serán propuestos por la federación Medica Colombiana , tres por la academia nacional de medicina y tres representantes de las facultades de medicina que se encuentren legalmente constituidas, eventualmente si así lo considera conveniente el ministerio de salud podrá nuevamente solicitar a la federación medica colombiana , Academia Nacional de medicina y las facultades de medicina.

Debe aclararse que para aspirar a ser miembro del Tribunal nacional de Ética medica debe tener dos requisitos de conformidad con el art 65 de la ley 23 de 1981 los cuales son:

- Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional
- Haber ejercido la medicina por un tiempo no inferior a 15 años o haber desempeñado catedra universitaria en facultades de medicina por un término de 5 años.

Respecto de la elección de los miembros del tribunal y de las calidades que debe tener puede manifestarse lo siguiente, que en caso de que la lista de los 10 candidatos ninguno cumple con los dos presupuestos es donde se hace aplicable el parágrafo del art 64 de la ley 23 de 1981 puesto que es conveniente para que las personas que juzguen la conducta de los profesionales médicos cumplan no solo con los conocimientos profundos en medicina, sino ser personas integrales a nivel moral.

Cabe mencionar que respecto del primer requisito es complejo probar la moral e idoneidad profesional, sin embargo, se pueden tener algunas formas de aclarar la situación, como lo es la revisión de los antecedes en el tribunal de ética medica o en su defecto enviar una petición para que lo certifique el historial de antecedentes disciplinarios, también podría si valido

documentos de diferentes directores de hospitales o en dado caso de referencias por parte de los decanos de facultad de medicina , la hoja de vida con los debidos soportes , con ello podría orientarse o aclararse la idoneidad profesional y moral del aspirante a ser miembro del tribunal de ética médica.

Se destaca que sobre el segundo requisito en relación al ejercicio de la profesión de medicina por 15 años puede comprobarse con las diferentes certificaciones de labores proporcionadas por las diferentes entidades como clínicas , hospitales sin importar su denominación si es de orden publico o privado , en cuanto a dictar cátedras por un periodo de 5 años en las facultades de medicina iría en el mismo sentido de la certificación de labores de la respectiva facultad , a manera de critica el legislador debido dejar por un periodo de 15 años de enseñar en facultades de medicina o haber nivelado tanto el ejercicio profesional como la catedra en un periodo de 10 años , puesto que es desproporcional puesto que el ejercicio de la profesión tendría mayor exigencia que solo enseñar en medicina , sin demeritar esta última , es claro que tendría mejor capacitación y profundidad en los conocimientos médicos quien ejerce la profesión de forma continua y no la catedra que tiene una gran importancia pero un menor tiempo de 5 años no se tendría la experticia que en la práctica de 15 años.

De conformidad con el art 66 el periodo de duración de los miembros del tribunal nacional de ética médica es de 2 años con posibilidad de reelección indefinida, puesto que a norma deja abierta esta posibilidad y al momento de hoy no existe algún decreto reglamentario que haya regulado sobre este aspecto.

Debe mencionarse que le Tribunal Nacional de ética médica conocerá siempre en segunda instancia debido a la interposición del recurso de apelación tal como se verá en el procedimiento ético-disciplinario, debe mencionarse que el tribunal nacional conoce de todas

las apelaciones de donde existe tribunales departamentales por lo que es un Tribunal de cierre.

2.3.2. Tribunales seccionales de ética medica

El art 67 de la ley 23 de 1981 consagra que en los departamentos se crearan Tribunales departamentales ético médicos, por lo que en principio conocerán en primera instancia las denuncias a los médicos por trasgresión de normas, sin embargo en caso de faltas gravísimas por parte de los profesionales médicos conocerá en primera instancia en le tribunal nacional de ética medica y en segunda el Ministerio de salud.

Se sigue componiendo de cinco miembros el Tribunal seccional, los cuales son elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, los requisitos para ser miembro del tribunal primero debe gozar de solvencia moral y profesional , segundo , haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años, o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en facultades de medicina reconocidas por el Estado , cabe destacar que este último requisito es un poco menos exigente que cuando se postula al Tribunal de Nacional de Ética Médica.

En caso de ser elegido se posesionará ante el gobernador del respectivo departamento quien es la primera autoridad, los cuales los miembros del tribunal tendrán 2 años y podrán ser reelegidos.

La norma sugiere que los miembros del tribunal tengan diferentes especialidades en la medicina para efectos de tener mayor sustento sus decisiones en los conocimientos técnicos cuando los casos ameriten.

2.4.Procedimiento ético-disciplinario

El procedimiento ético- disciplinario medico tiene su propia procedimiento , sin embargo existen vacíos por lo que debe remitirse a otras normas debate que se planteó en los objetivos de esta monografía y que se desarrolló en el capítulo segundo el cual se concluye que existe un bloque de legalidad el cual la norma base para suplir los vacíos es la ley disciplinaria y no la penal , debido a las calidades de esta norma se a fin a la conducta del profesional médico y no persigue un fin como las normas penales , por lo que se debe aplicar el bloque de legalidad , adicionalmente debe mencionarse que la norma básica es la ley 734 de 2002 y cuando entre en vigencia la ley 1552 de 2019 es la que regirá los vacíos de este procedimiento.

En los principios que rigen la ley disciplinaria se encuentra la implementación de tratados de derechos humanos por vía bloque de constitucionalidad firmados y ratificados como lo es la Convención Americana de derechos humanos , Pacto de los derechos civiles y políticos y por supuesto la orientación que proporciona el juramento hipocrático que se encuentra dentro del art 1 de la ley 23 de 1981 , por lo que no es ajeno este procedimiento a las garantías constitucionales e internacionales en este procedimiento.

2.4.1. Inicio de la acción disciplinaria

De conformidad con el art 74 de la ley 23 de 1981 se encuentran dos formas de iniciar la acción disciplinaria ético médica, la norma dispone lo siguiente:

“El proceso disciplinario ético - profesional será instaurado:

*a. De **oficio**, cuando por conocimiento de cualesquiera de los Miembros del tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.*

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

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

De la norma procesal citada, se puede inferir que de oficio cuando los magistrados se enteren por algún medio de manera oficiosa el presidente del tribunal deberá designar a uno de sus miembros como instructores el cual tiene la función de recaudar pruebas, entre otras funciones que se mencionaran en el siguiente epígrafe, esta situación de oficio por parte de los miembros del tribunal es poco probable que suceda, sin embargo la momento de emitir el auto donde se designe a un miembro instructor por la presunta falta disciplinaria, debe al menos aportarse prueba sumaria como lo indica el inciso final del mencionado artículo.

Respecto de las denuncias, las pueden plantear entidades de derecho público, privado y por supuesto los particulares, por lo que el Estado por medio de los hospitales del estado, el ministerio de salud, pueden formular denuncias, al igual que las personas jurídicas de derecho privado como lo es la Federación Médica colombiana FMC, los hospitales o clínicas privadas pueden presentar denuncia y por supuesto los particulares que generalmente son los pacientes.

A pesar de que la norma no exige mayores requisitos para formular la denuncia se puede sugerir la estructura de un posible memorial:

- **Tribunal a quien se dirige**, es importante determinar cual es el tribunal competente por lo que se estaría frente al factor territorial, por lo que en principio todo departamento posee un tribunal departamental en caso contrario debe entonces el competente es el tribunal mas cercano de donde ocurrió la presunta falta disciplinaria.
- **Situación fáctica**, debe describirse los hechos donde presuntamente se está ante una falta disciplinaria, estos deben ser escritos de forma cronológica, coherente y clara.
- para soportar lo descrito en el acápite de hechos debe al menos aportarse al menos una prueba, aunque no excluye que los denunciantes puedan aportar pruebas que son pertinentes, conducentes y necesarias en el proceso ético-disciplinario.
- las que se pueden formular es que se adelanta el análisis por parte del miembro instructor del tribunal y por supuesto que se formulen cargos al existir una falta disciplinaria, sin embargo, el denunciante no hace como una parte dentro del proceso ético-disciplinario.
- **Falta disciplinaria**, esta puede desarrollarse dentro del acápite de hechos, sin embargo, para que tenga mayores probabilidades de prosperar el proceso disciplinario se sugiere que se enuncie la falta disciplinaria en que se incurre teniendo en cuenta los presupuestos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.
- **Notificaciones**, es necesario enunciar el lugar de domicilio, correo electrónico, numero celular, puesto que el denunciante puede ser el perjudicado por la actuación de un medico profesional, es fundamental poderlo contactar ya que por medio de testimonio de el o personas que vieron los hechos se pueda utilizar como medio de prueba para esclarecer si el medico incurrió en una falta disciplinaria.

Estos son algunas sugerencias de la técnica de la denuncia, aunque los obligatorios seria al tribunal al que se dirige, la descripción de hechos, pruebas y lugar de notificaciones para que de este modo se logre incoar la acción disciplinaria contra el presuntamente medico infractor.

2.4.2. Análisis del profesional instructor

Una vez iniciado el trámite de oficio o a petición de parte se emite un auto donde se designa a uno de sus miembros a cargo de la denuncia el cual se llamara el profesional instructor el cual deberá presentar sus conclusiones dentro de los próximos 15 días hábiles un día después que se emita el auto por parte del tribunal , adicionalmente el tribunal puede solicitar a los hospitales , clínicas y particulares implicados en los hechos de la denuncia pruebas, como documentos (Historias clínicas , consentimiento informado, registros de ingresos y salidas de hospitales y clínicas) , declaraciones ,inspecciones y otros medios probatorios que conduzcan a elaborar el informa de conclusiones , eventualmente si es conveniente podrá el miembro instructor solicitar la ampliación del tiempo para presentar informe de conclusiones, los cuales no podrán exceder mas de 15 días hábiles.

Dentro del análisis que realice el presidente del tribunal de ética médica o profesional instructor si encuentra pertinente podrá compulsar copias a la fiscalía si encuentra que podría existir alguna conducta punible contemplada en la ley 599 de 2000 Código penal o en caso que el denunciante solicite al tribunal el traspaso de pruebas en un proceso de responsabilidad extracontractual bien sea por la jurisdicción ordinaria civil o contenciosa administrativa es una actuación contemplada en el art 76 de la ley 23 de 1981.

Dentro de esta etapa y las subsiguientes el profesional instructor y el tribunal ético-medico podrá acudirse de abogados titulados para asesorarse dentro del proceso disciplinario para

efectos de vulnerar ninguna de las garantías del art 29 de la C.N, de los tratados internacionales y de los principios del derecho disciplinario.

Una vez presentado el informe por parte del profesional instructor, el tribunal en pleno se ocupa de revisar si lo ve pertinente solicitar la ampliación de termino para complementar el informe de conclusiones por lo que podrá solicitar pruebas el cual no excederá de 15 días hábiles, en caso de no ser conveniente realizar ampliación del informe de conclusiones dentro de los 15 días al recibo del profesional instructor podrá eventualmente archivar o formular cargos.

2.4.3. Formulación de cargos

Una vez tomado una decisión en pleno el tribunal de ético medico podrá tomar dos decisiones de conformidad con el art 80 de la ley 23 de 1981 , el cual enuncia lo siguiente :

“Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones.

*a. **Declarar que no existe mérito para formular cargos** por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.*

*b. **Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual,** por escrito se la hará saber así al profesional inculpado, **señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.***

PARAGRAFO: La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor.”

Respecto del primer caso, se archivará la denuncia puesto que el informe de conclusiones no arroja elementos para determinar si se configura alguna falta disciplinaria o carece de alguno de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad o no hay pruebas para determinar la falta.

En el segundo caso, se debe describir la situación y determinar la presunta falta o faltas disciplinarias cometida presuntamente por el medico profesional, las cuales debe acreditarse la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además debe relacionarse con el material probatorio recaudado en el informe de conclusiones del profesional instructor.

Adicionalmente el auto debe mencionar que dentro de los 10 días hábiles siguientes a la emisión del fallo y que no supere los 20 días hábiles deberá desarrollarse la diligencia de descargos , este auto se notificara al presunto medico infractor , contra este auto no procede ningún recurso , aunque si carece de alguno de los requisitos que menciona la norma podrá interponerse nulidades por escrito o el día de la diligencia de descargos , las cuales se encuentran contenidas en el art 143 de la ley 734 de 2002 puesto que por vía bloque de legalidad debe estar encuadrada entre las tres causales que fueron mencionadas en el capítulo dos de esta monografía.

2.4.4. Diligencia de descargos

En la diligencia de descargos deberá llevarse a cabo en la fecha y hora designadas en el auto de formulación de cargos, la única causal de que es procedente la suspensión de la audiencia es por fuerza mayor, la cual debe acreditarse dentro de los 3 días siguientes al desarrollo de la audiencia.

Dentro de la audiencia asistirá con apoderado el cual podrá ejercer la defensa del presunto infractor, por lo que podrá aportar pruebas, tachar, desvirtuar, solicitar pruebas, practicar, interponer nulidades, recurso de reposición cuando nieguen pruebas, rendir descargos, en dado caso el Tribunal puede solicitar la ampliación del informativo como consecuencia de la diligencia de descargos en esta segunda diligencia podrá rendir descargos en la audiencia.

La norma al no tener un orden de cómo proceder en las diligencias que es una audiencia, se debe remitir a las normas del art 177 de la ley 734 de 2002 y la reforma del proceso verbal introducido por el art 58 de la ley 1474 de 2011 la cual consagra la forma de proceder en estas audiencias por lo que a continuación se enunciará los pasos dentro de esta audiencia en este régimen disciplinario médico.

2.4.5. Fallo, sanciones y recursos

Una vez escuchado los descargos del presunto infractor de las normas disciplinarias médicas, podrá tomar dos determinaciones la primera pronunciarse en la misma diligencia de descargos o dos ampliar un termino no mayor a 15 días hábiles y pronunciarse al respecto, los recursos deberán presentarse en la misma audiencia.

EL fallo debe ser congruente, coherente y claro, donde cumpla con el principio de motivación tanto jurídica como fácticamente relacionando las pruebas que obran en el proceso , los recursos solo procedente dos reposición y apelación tal como se mostrara en el siguiente cuadro:

SANCIONES	AUTORIDAD DISCIPLINARIA COMPETENTE	RECURSOS PROCEDENTES
Amonestación privada	Tribunal seccional de ética medico	Reposición ante el Tribunal seccional de ética médica, dentro de los 15 días hábiles luego de la notificación del fallo.
Censura a. Escrita y privada b. Escrita y publica c. Verbal y publica	Tribunal seccional de ética medico	Reposición ante el Tribunal seccional de ética médica, dentro de los 15 días hábiles luego de la notificación del fallo.
Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses	Tribunal seccional de ética médica, en primera instancia y en segunda instancia Tribunal nacional de ética medica	Reposición ante el Tribunal seccional de ética médica y en subsidio de apelación el cual lo conocerá el tribunal nacional de ética médica, debe interponerse dentro de los 15 días hábiles luego de la notificación del fallo.

Suspensión hasta por cinco años	Tribunal Nacional de ética médica en primera instancia y en segunda instancia Ministerio de salud	Este conocerá sobre esta sanción el Tribunal Nacional de ética médica, el cual puede interponerse el recurso de reposición contra su decisión y en subsidio el de apelación el cual conocerá el ministerio de salud, dentro de los 30 días hábiles al día siguiente del fallo.

Conforme a lo anterior los recursos bien sea reposición o apelación tiene las siguientes finalidades aclaren, modifiquen o revoquen , por lo que el recurso debe enunciar que parte del resuelve se ataca , debe indicarse cual es su argumento entendiéndose la sustentación jurídica o fáctica, y solicitar si se debe aclarar , modificar o revocar el fallo, en caso de no cumplir con estos presupuestos se declarara desierto el recurso.

CAPITULO III EL SECRETO PROFESIONAL MEDICO

3.1. Concepto de violación

La falta que se desarrollara en este acápite es en relación al secreto profesional que se consagra en el art 37 de la ley 23 de 1981 la cual enuncia lo siguiente:

“Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.”

La falta disciplinaria referida anteriormente, dispone que por regla general el medico solo debe mantener todas sus actuaciones en secreto salvo algunas excepciones que platea el art 38 y 39 de la ley 23 de 1981 las cuales se enunciaran a continuación:

“Art 38 Teniendo en cuenta los consejos que dicten la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

- a. Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga.*
- b. A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento.*
- c. A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces.*
- d. A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley.*
- e. A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.”*

“art 39. El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional.”

Existen en total 6 excepciones la norma de que habla el art 37 de la ley 23 de 1981 , las cuales el medico profesional deberá tener precaución debido a que al aplicar para alguna de las excepciones transcritas , podría incurrir en una falta disciplinaria, al respecto la honorable Corte Constitucional con sentencia **C 264 de 1996** desarrolla el secreto ético-medico por lo que es relevante para orientar cuales son los criterios de la Corte con referencia a esta falta disciplinaria y que deben implementar en el momento de sancionar los miembros de los tribunales de ética-medica , la providencia enuncia de la siguiente forma el secreto medico :

“Las revelaciones que el médico hace al paciente, no entrañan violación al secreto médico.

El titular del derecho al secreto profesional es el paciente. *Las informaciones que el médico suministra al paciente, permiten a éste conocer su realidad vital y sólo en estas condiciones podrá eventualmente dar su aprobación consciente a los tratamientos y terapias que indique el primero. La Corte ha sostenido que la relación médico-paciente no es de tipo autoritario o paternalista, sino de confianza y se rige por los principios de competencia científica del médico y de consentimiento informado del paciente.* **Las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado.**”

Lo mencionado anteriormente va acorde con lo enunciado en el art 37 de la ley 23 de 1981 puesto que existe una justa causa de revelar lo que sucede con la salud del paciente y por consiguiente es titular del de ese derecho a tener conocimiento sobre su estado de salud, las posibles medicaciones o intervenciones, por lo que es propio que el medico profesional informe de situación , por lo que esta actuación del médico no violenta el secreto medico profesional se encuentra dentro de un espacio propio , dentro de la misma sentencia se determina que el secreto profesional es garantizado por la Constitución , la sentencia enuncia lo siguiente :

“El secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima *que compromete la parte más centrípeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas.* **Se comprende que la Constitución asuma la defensa vigorosa de la vida privada,** *pues cuando*

de ésta así sea un fragmento se ofrece a la vista y al conocimiento público o social, ella se profana y la persona percibe la infidencia como la más injusta afrenta a su bien máspreciado, que no es otro que su mundo interior.”

Por lo que se puedes desprender , el secreto profesional pretende proteger la intimidad y la honra de las personas , por lo que el secreto profesional tiene su razón de ser en la protección de los derechos fundamentales a la intimidad , honra y buen nombre respectivamente , a continuación por medio de fragmentos de sentencias de la honorable Corte Constitucional se hará una descripción del núcleo esencial de la intimidad, honra y buen nombre puesto que son derechos fundamentales independientes aunque encuentra conexión :

Intimidad	Honra	Buen nombre
El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida	La honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-.” C-063-1994	De otra parte, el derecho al buen nombre se encuentra en el artículo 15 de la Carta Política, junto con los derechos a la intimidad individual y familiar. En relación con este derecho, esta Corporación ha afirmado que “(e)l buen nombre ha sido entendido (...) como la reputación, o el concepto que de una persona

personal, espiritual y cultural. C 881 de 2014	Por su parte el derecho a la honra, ha sido definido como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. Puso de presente la Corte que, en este contexto, la honra es un derecho “... que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad” T 405 de 2007	tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas...” T 277 de 2015 y C-489 de 2002
---	---	---

Teniendo en cuenta las definiciones y los alcances de cada uno de estos derechos intimidad, honra y buen nombre estos se encuentran relacionados entre si por lo que la vulneración de la intimidad o a la honra o buen nombre afectaría muy posiblemente a estos tres derechos fundamentales mencionados en conjunto (art 15 y 21 de la C.N), por lo que el secreto profesional pretende proteger el derecho a la intimidad, honra y buen nombre y en el caso en concreto es el paciente , por lo que se encuentra su protección en el inciso 2 art 74 de la C.N el cual consagra lo siguiente:

“(...)El secreto profesional es inviolable.”

Debe mencionarse que el secreto profesional es una categoría genérica en diferentes profesiones, pero la que nos concierne es en materia medica, la cual tiene su regulación en la norma ya citada art 37 y 38 de la ley 23 de 1981 , existen en total 6 excepciones al secreto profesional médico , las cuales a continuación se procederá a desarrollar:

3.1.1. Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga,

como dispone la sentencia **C 264 de 1996** es necesaria para efectos del tratamiento del paciente, sin embargo, esta debe ser concreta la información, puesto que como menciona la norma es la concerniente y conveniente, por lo que información detallada de su situación o terminología técnica por el contrario sería perjudicial para el paciente, únicamente se debe mencionar aspectos claros y concretos sobre la situación del paciente.

3.1.2. A los familiares del enfermo si la revelación es útil al tratamiento,

Cabe destacar que en ocasiones el núcleo familiar es el soporte en situaciones de complicaciones de la salud , sobre todo en el cuidado y apoyo que se merece en estos momentos sin embargo el medico debe tener en cuenta que debe revelar información

a familiares que efectivamente estén al cuidado del paciente de lo contrario de lo contrario se podría estar frente a una vulneración del secreto médico , puesto que no puede el profesional medica de forma indiscriminada revelar la información, la otra razón es la que la honorable Corte Constitucional destaca en la ya mencionada sentencia **C 264 de 1994** el cual destaca la titularidad del secreto medico profesional :

“ Si el estado mental del paciente le permite ser consciente de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información, hacer caso omiso de su consentimiento, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico. No obstante que el descubrimiento de la reserva a los familiares, pueda resultar útil para los fines del tratamiento, el paciente que, bien puede rehusar por entero el tratamiento del mal que lo aqueja, con mayor razón podrá negarse a una modalidad del mismo que comporte el conocimiento o la intervención de sus parientes próximos. **Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente - estado mental anormal, inconsciencia o minoridad -, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos.** La Corte declarará la exequibilidad del literal b de la Ley 23 de 1981, **salvo en el caso de que el paciente esté en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares.**”

La Corte destaca la titularidad del secreto médico que está en el paciente siempre y cuando tenga las condiciones de poder tomar una decisión , de lo contrario ponderando el secreto médico y la vida como derecho fundamental , debe entonces el medico indicar a los familiares que son cercanos y están al cuidado del paciente informar sobre le estado de salud del paciente, entiéndase enfermedades , situaciones que pueden suceder , las actuaciones médicas (intervenciones quirúrgicas, operaciones) , debe mantenerse de presente que la ley 23 de 1981 y la finalidad del médico es proteger la vida por lo que es un aspecto a tener en cuenta para revelar el secreto profesional médico.

3.1.3. A los responsables del paciente,

Este es aplicable esta norma cuando el paciente son menores de edad y a los incapaces absolutos , por lo que los padres de familia o el representante legal de los menores son quienes están en el derecho de que se les informe sobre la situación del menor y que tienen la potestad del derecho del secreto médico, en cuanto a los incapaces absolutos los Curadores son los encargados de velar por la protección del incapaz absoluto por lo que la titularidad pasa a ser en cabeza del curador en beneficio y protección de la vida , salud e integridad de su representado.

3.1.4. A las autoridades judiciales o de higiene y salud,

debe mencionarse que la información de un paciente se encuentra en la historia clínica y que por consiguiente esta es objeto de protección de secreto profesional por lo que la solicitud de la historia clínica está bajo la protección de este derecho , salvo que el titular del derecho que es el paciente puede solicitar la historia clínica personalmente , también la podrán solicitar , si es un incapaz absoluto un curador , si es un menor de

edad los padres o representantes del menor o por intermedio de un poder otorgado a un abogado puede solicitar la copia de su historia clínica .

3.1.5. A los auxiliares del médico,

esta tiene su regulación en el art 39 de la ley 23 de 1981, por lo que el medico debe tener buena comunicación con su equipo de trabajo, cabe destacar que en caso de acusar por una presunta vulneración de la violación del secreto profesional médico podría solicitarse como prueba testimonial del grupo de trabajo del medico que presuntamente cometió la falta.

Adicionalmente el medico debe aplicar estrategias para capacitar a su grupo de trabajo (Enfermeros, estudiantes en año rural o práctica, rotaciones y a todo aquel que intervenga como apoyo al médico) y explicar l importancia del secreto profesional , que únicamente la información suministrada dentro del tratamiento del paciente debe ser para proteger la vida , por lo que sus datos personales del paciente , situación no pueden hacer simplemente comunicarlo a familiares que no estén al cuidado del enfermo o no podrán infórmalo a personas que no están dentro de las excepciones del art 38 de la ley 23 de 1981.

CONCLUSIONES

Siguiendo los objetivos plateados en la parte metodológica del presente trabajo y e desarrollo del mismo, se puede inferir lo siguiente:

La estructura de la ley 23 de 1981 esta sustentada en tres parte , la primera en relación a los principios contenidos en el art 1 y el juramento hipocrático art 2 , posteriormente el derecho disciplinario medico especial esta estructurado en seis ámbitos que se traducen en las relaciones del medico con el paciente, colegas , instituciones de salud

, el Estado y la propiedad intelectual finalizando con el ultimo titulo con el procedimiento y las instituciones encargadas de investigar y sancionar las faltas cometidas por los profesionales médicos.

Respecto de la discusión del art 82 de la ley 23 de 1981 los vacíos en cuanto a procedimiento deben ser llenados con la ley disciplinaria y no directamente como lo indica la norma , puesto que la finalidad de la ley disciplinaria es distinta a la penal , por lo que primero se acude al derecho disciplinario ley 734 de 2002 y la ley que entrara en vigencia ley 1952 de 2019 , si este no es suficiente se pasara la procedimiento penal , debe mencionarse que el derecho constitucional y los tratados internacionales son garantías que deben respetarse dentro del procedimiento disciplinario medico , lo nombrado anteriormente se le denomina bloque de legalidad de conformidad con lo plateado por el profesor Higuera.

Al carecer de principios individualizados (art 1 de la ley 23 de 1981) se debe dotar de los contenidos en la ley 1952 de 2019 por vía bloque de legalidad, el cual se espera que en los próximos años la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional actualice los contenidos de estos principios conforme a las circunstancias del momento.

En relación al procedimiento tiene en general su propia estructura , puesto que inicia de forma oficiosas o a petición de parte , donde se designa un miembro del tribunal el cual es el de instrucción el cual en el termino de 15 días debe recopilar la documentación pertinente para agregarla en el informe de conclusiones el cual determinara si se puede formular cargos por violación a las normas disciplinarias o si da para archivar la denuncia o actuación iniciada de oficio , este termino podrá ser prorrogado por un termino igual , una vez discutido el informe de conclusiones se

decreta auto de formulación de cargos y donde se fija fecha y hora de diligencia de descargos , auto que se notifica de forma personal al presunto infractor para que pueda ejercer su defensa por intermedio de apoderado en caso de no tener se podrá oficiar a los consultorios jurídicos legalmente constituidos de las Universidades para que se posesione un estudiante para ejercer la defensa del medico profesional imputado , en la diligencia de descargos podrá solicitar pruebas , alegatos , nulidades , practicar pruebas , objetar , recurrir los autos interlocutorios y en general todas las actuaciones para defender al presunto infractor, la competencia cambia según si la falta es leve , grave o gravísima en el caso de esta ultima en segunda instancia conocerá el Ministerio de Salud.

En relación al secreto profesional tiene como finalidad proteger , la intimidad, honra y buen nombre del paciente sin embargo a pesar de ello existen algunas excepciones que determina el art 38 y 39 de la ley 23 de 1981 estas siempre y cuando estén en caminadas a proteger la vida del paciente , de lo contrario se estaría incurriendo en dicha falta y se procedería la tramite descrito en el segundo capítulo de esta monografía cabe destacar que en primera instancia conocería el tribunal seccional de ético medico y en segunda en caso de apelarse la decisión conocería le tribunal nacional de ética médica.

Cabe destacar que la mayoría de fuentes fueron de libros de derechos disciplinario y de jurisprudencia en sentido general ,puesto que doctrina o jurisprudencia del derecho disciplinario medico no se encontraron mayores fuentes a excepción de las publicaciones de las gacetas del tribunal nacional de ética medica , por lo que este trabajo seria un aporte a la construcción de una doctrina solida en este campo del derecho disciplinario.

BIBLIOGRAFÍA

BAUTISTA OTERO, PINILLA MONSALVE y ORTEGA HERNANDEZ (2015) Un derecho desconocido y un deber exigido: el compromiso con los médicos en Colombia , Bogotá , Colombia recuperado <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5728187>.

BULLA ROMERO, J.E (2009). Derecho Disciplinario. 3ª ed. Bogotá, Colombia, Ibáñez.

HERNANDEZ SANCHEZ, M. (2012). Enseñanza y Aprendizaje Del Derecho Disciplinario. Bogotá, Colombia, Ibáñez.

HIGUERA JIMENEZ, D.M (2015) Protección de la dignidad humana: Control Constitucional e Implementación de Mecanismos Internacionales. Bogotá, Colombia, Ibáñez.

HENAO PÉREZ, GUZMÁN MORA, GAMARRA HERNÁNDEZ, LAGO BARNEY, VANEGAS SAAVEDRA y SAAVEDRA ROJAS (2017) Tribunal nacional de ética médica. Historia Clínica y secreto profesional . No 27. Bogotá , Colombia.

HENAO PÉREZ, GUZMÁN MORA, GAMARRA HERNÁNDEZ, LAGO BARNEY, VANEGAS SAAVEDRA y SAAVEDRA ROJAS (2018). Tribunal nacional de ética medica. gaceta jurisprudencial. Curso de inducción No 32. Bogotá, Colombia.

GUZMÁN MORA, GAMARRA HERNÁNDEZ, HENAO PÉREZ , MENDOZA VEGA y PARDO VARGAS (2014). Tribunal nacional de ética médica. Memorias del encuentro de Tribunales de Ética Médica No 10 . Bogotá, Colombia.

GUZMÁN MORA, GAMARRA HERNÁNDEZ, HENAO PÉREZ , MENDOZA VEGA y PARDO VARGAS (2015). Tribunal nacional de ética médica. Gaceta jurisprudencial Prescripción No 18. Bogotá, Colombia

MONROY CABRA, G. Introducción al derecho. Bogotá, Colombia, Temis.

PATROCINIO CASTAÑEDA, J (Coord.) (2007). Lecciones de derechos disciplinario volumen 2. Bogotá, Procuraduría General de la Republica, Colombia. Recuperado <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Lecciones2.pdf>

PAVAJEAU GOMEZ, C.A (2013). Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias. Bogotá, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica.

ROA SALGUERO, D.A y FERRER LEAL H.E. El proceso Verbal en el Código Disciplinario Único. Bogotá, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica.

SANTOS SANCHEZ, CRUZ ALVAREZ, AMARO CANO Y BARRIUSO ANDINO (2001) Introducción a la medicina general integral. Habana, Cuba.

VALENCIA PINZON, G. (2001) La lex artis recuperado de <http://www.medicolegal.com.co/articulo/subtema/563>

NORMAS JURÍDICAS

Congreso de la república de Colombia (8 de febrero de 1981) Por la cual se dictan normas en materia de ética médica (Ley 23 de 1981) D.O: 35.711

Constitución Política de Colombia (Const) (1991) Ed. Legis.

Congreso de la república de Colombia (5 de febrero de 2002) Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. (Ley 734 de 2002) D.O: 44.708

Congreso de la república de Colombia (31 de agosto de 2004) Por la cual se expide el Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2006) D.O 45.658

Congreso de la república de Colombia (18 de Enero de 2011) Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contenciosos administrativo. (Ley 1437 de 2011) D.O 47.956

Congreso de la república de Colombia (12 de julio de 2011) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. (Ley 1474 de 2012) D.O 48.128

Congreso de la república de Colombia (28 de Enero de 2019) Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. (Ley 1952 de 2019) D.O 50.850

Sentencias

Corte Constitucional, sala plena. (10 de noviembre de 1999) sentencia C 892 de 1999 M.P :
ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional, sala plena (1 de febrero de 2012) sentencia C 030 de 2012 M.P: Luis
Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, sala plena (9 de agosto de 2005) sentencia C 818 de 2005 M.P:
Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sala plena (13 de junio de 2013) sentencia C 334 de 2013 M.P: Jorge
Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, sala plena (29 de septiembre de 1994) sentencia C 427 de 1994 M.P:
Fabio Morón Diaz

Corte Constitucional, sala plena (6 de noviembre de 1996) sentencia C 597 de 1996 M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sala plena (30 de mayo de 1996) sentencia C 244 de 1996 M.P: Carlos Gaviria Diaz

Corte Constitucional, sala plena (20 de agosto de 2014) sentencia C 593 de 2014 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, sala plena (14 de junio de 2001) sentencia C 619 de 2001 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, sala plena (23 de agosto de 2006) sentencia C 720 de 2006 M.P: Clara Inés Vargas Hernández .

Corte Constitucional, sala plena (24 de septiembre de 2018) sentencia T 394 de 2018 M.P: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, sala plena (15 de octubre de 2002) sentencia C 870 de 2002 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, sala plena (13 de noviembre de 2013) sentencia C 826 de 2013 M.P: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, sala plena (5 de marzo de 2002) sentencia C 155 de 2002 M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil (16 de octubre de 2002) concepto 1454 de 2002 C.P: Susana Montes de Echeverri

Corte Constitucional , sala plena (13 de junio de 1996) sentencia C 264 de 1996 M.P:
Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, sala plena (19 de noviembre de 2014) sentencia C 881 de 2014 M.P:
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, sala plena (17 de febrero de 1994) sentencia C 063 de 1994 M.S:
Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, sala plena (24 de mayo de 2007) sentencia T 405 de 2007 M.P: Jaime
Córdoba Niño

Corte Constitucional, sala plena (12 de mayo de 2015) sentencia de T 277 de 2015 M.P
María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, sala plena (26 de junio de 2002) sentencia C 489 de 2002 M.P Rodrigo
Escobar Gil

CONFERENCIAS

HIGUERA JIMENEZ , D.M. (Febrero 2019) Conversatorio “ Responsabilidad medica” .
VIII Foro en Derecho y Salud, eje temático: “Responsabilidad médica”
, Tunja , Colombia.