

Tribunales de Ética Médica: naturaleza y garantía del debido proceso

Laura Manuela Morales Mora

Facultad de Derecho, Universidad EAFIT
Maestría en Derecho

Asesor. Cristian Díaz Díez

14 de diciembre de 2020

CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	3
Capítulo I. Marco de huida del Derecho Administrativo en los tribunales de ética médica.....	12
Capítulo II. Naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica.....	23
Capítulo III. El debido proceso sancionatorio en los tribunales de ética médica.....	38
Capítulo IV. Conclusiones.....	58
Bibliografía	59

INTRODUCCIÓN

El debido proceso tiene una estructura y unos elementos que con el paso de los años se han decantado. No obstante, a su vez, se originen fuertes controversias frente a la garantía del debido proceso en aquellos trámites cuyos elementos escapan a los tradicionalmente conocidos procesos judiciales; particularmente frente a los llamados procedimientos administrativos.

Después de un rastreo bibliográfico, es dado afirmar que los doctrinantes y juristas suelen ocuparse de los particulares en ejercicio de la función pública, enfocándose en fuentes aisladas del contexto del proceso disciplinario y con escasas o nulas aproximaciones a los tribunales de ética. Por lo cual, hoy en día, no es posible encontrar estudios sobre el papel de los tribunales de ética médica desde el principio del Derecho Fundamental al Debido Proceso y, en particular, no existe un análisis de los tribunales de ética médica, ni de su funcionamiento institucional o su naturaleza.

A modo de ejemplo, en 1995, a partir de la Sentencia C-259, se declararon exequibles los artículos 74 a 82 de la Ley 23 de 1981, que versan sobre el proceso disciplinario propiamente dicho, hubo una aclaración de voto al respecto, por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo y un salvamento de voto por parte de Carlos Gaviria Díaz. A pesar de ello, no hay estudios que se ocupen de describir el proceso disciplinario en los tribunales de ética médica y mucho menos un análisis del papel que juega el médico como magistrado del Tribunal y autoridad que emite actos administrativos sancionatorios.

Se pone de presente también el contexto de los tribunales de ética como una posible manifestación de la huida del derecho administrativo, entendida como una entidad privada –y que utiliza formas privadas de relacionamiento– para ejercer funciones administrativas, con el objetivo de lograr mayor eficiencia en las funciones, tema al que se hará referencia en el primer capítulo de esta investigación.

En virtud de ello, este trabajo de investigación pretende hacer un estudio de los tribunales de ética médica durante el período comprendido entre 1981 y la actualidad.

En particular, se enfoca en los magistrados y sitúa el ejercicio de los tribunales de ética médica en el contexto del proceso disciplinario. Así, con un diálogo entre el derecho administrativo sancionatorio y los tribunales de ética médica, se propone un ejercicio de análisis de estas entidades, desde el cumplimiento al debido proceso. El objetivo general de la presente investigación será entonces analizar la naturaleza de los tribunales de ética médica en el marco de la huida del derecho administrativo y cómo se garantiza el Derecho Fundamental al Debido Proceso.

Lo anterior, se logra a partir de tres objetivos específicos: En primer lugar, describir las características de la huida del Derecho Administrativo como contexto de surgimiento de los tribunales de ética médica; En segundo lugar, categorizar la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica, así como el régimen de sus actos, contratos, personal y juez y, por último, analizar la forma como se garantizan algunos postulados del debido proceso en la actuación de los tribunales de ética médica.

Así las cosas, esta introducción inicia con un balance sobre el lugar que ha ocupado el análisis de los tribunales de ética médica en la doctrina colombiana. Con esto se quiere poner en evidencia la carencia de suficientes estudios que se ocupen de los Tribunales y su proceso disciplinario ético-profesional, así como la ausencia de perspectivas políticas en el análisis de estas entidades como particulares que ejercen funciones públicas.

Por último, se presenta la propuesta para el análisis del proceso disciplinario ético-profesional, desde un análisis normativo, con especial énfasis en el rol del médico como magistrado del Tribunal de acuerdo con su rol sancionador.

1. Los tribunales de ética médica como objeto de estudio desde la doctrina local

En Colombia, los tribunales de ética médica han sido poco estudiados desde perspectivas diversas de análisis y, aunque se ha debatido constantemente acerca del debido proceso sancionatorio, poco se ha dicho sobre la implicación que tienen los particulares en ejercicio de la función disciplinaria al interior de dichos tribunales.

Se pasa entonces a enunciar la posición de estudio que ocuparon los tribunales de ética médica a nivel nacional desde su creación en 1981:

En primer lugar, se tiene el estudio realizado en 1994 por Fernando Guzmán, Eduardo Franco, María Cristina Morales de Barrios y Juan Mendoza que pretende delimitar el concepto de acto médico, por las implicaciones que ello tiene en la Ley de Ética Médica (Guzmán F y otros, 1994).

Posteriormente, se encuentra el texto de Serpa Flórez (1997) que describe brevemente las etapas del juicio ético-profesional de la medicina, en su texto *tribunales de ética médica el Juicio Ético-Disciplinario*, enunciando cada paso del proceso disciplinario a la luz de la Ley 23 de 1981 y de la sentencia C-289 de 1995.

Luego, en el año 2007, Muñoz Agredo realiza el trabajo más completo hasta el momento respecto del proceso disciplinario en los Tribunales de Ética médica, en el que se encargó de cuestionar el derecho fundamental al debido proceso en estos despachos y, especialmente, respecto de algunos problemas de interpretación de la Ley 23 de 1981, por lo que ofrece una valiosa perspectiva, que sirve de insumo para dar contenido a la tesis actualmente propuesta. Entre las conclusiones de la investigación, se plantea lo siguiente:

“El proceso ético disciplinario relatado, permite observar fallas inimaginables en el trámite del iter procesal correspondiente; igualmente permite observar desconocimiento de los principios e instituciones que han sido establecidos en aras de lograr la anhelada seguridad jurídica. En efecto, se ha visto que existen graves anomalías en el conocimiento y desarrollo de los diferentes momentos que corresponden al iter procesal (se recuerda que se cambió en varias ocasiones la dirección del proceso, se corrieron pliegos de cargos sen diferentes ocasiones, se cambiaron los cargos reiteradamente impidiendo un adecuado ejercicio del derecho de defensa, etc.), se observó desconocimiento de la normatividad que debía servir de premisa normativa en la construcción del silogismo que debía

“desatar” el sencillo caso expuesto; quedó en evidencia el deficiente manejo, apreciación y orientación probatoria” (Muñoz Agredo, M. F., 2007).

Un poco más adelante, en el 2012, se encuentra el trabajo de David Suárez Tamayo, quien se ocupa de categorizar y describir los procesos y las facultades legales otorgadas a los tribunales de ética profesional, entre ellos al de medicina.

En el 2013 aparece lo que hasta el momento sería el trabajo jurisprudencial más valioso respecto de los Tribunales de ética médica, realizado por Flechas Serna y Merizalde Arico, denominado *“Análisis jurisprudencial: La ética médica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*, en el que los autores se encargan de realizar un estudio a las consideraciones hechas por este alto tribunal a la ética médica. En cuanto a su objeto, en palabras de Flechas y Merizalde, obedece a un detallado estudio de los derechos fundamentales que rodean la *lex artis* y le dan sentido al Estado Social de Derecho.

Posteriormente, en el año 2014 surgen dos textos relativos a los tribunales de ética médica. Por una parte, el profesor David Suárez Tamayo realiza un nuevo escrito, enfocado a los procedimientos administrativos sancionatorios, de acuerdo con la normatividad y las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y, por otra, Ortega Moreno se ocupa de hacer un estudio comparado entre los regímenes disciplinarios de los médicos y los abogados.

Todo lo anterior, sin duda, es una muestra de la infinidad de posibilidades para la investigación del proceso disciplinario ético-profesional de los Tribunales de Ética médica y, al tiempo, deja ver los desafíos que implica emprender la tarea de describir estas entidades desde la perspectiva del debido proceso y, especialmente, reflexionando acerca del significado que tiene para el Estado Social de Derecho, considerar a los médicos como particulares que ejercen función administrativa.

2. Análisis del proceso disciplinario ético profesional: Caso de los tribunales de ética médica

Como se ha mencionado a lo largo de este texto, este trabajo de investigación pretende hacer un análisis del Derecho Fundamental al debido proceso en los tribunales de ética médica, desde el punto de vista de los magistrados como profesionales en medicina, que además actúan como autoridades. Para lograr este ambicioso objetivo, se parte de reconocer la trayectoria realizada por la doctrina nacional y de comprender la variedad y diversidad de los contextos.

De este modo, gran parte de la elaboración de este trabajo se va a determinar por los discursos respecto de la tendencia a la privatización de la función sancionatoria o *ius puniendi* del Estado y, más específicamente, acerca de los debates que giran en torno de las implicaciones que ello tiene para cuatro aspectos fundamentales del Debido proceso, tales son: i) Principio del juez natural; ii) Principio de legalidad; iii) Principio *non bis in idem*; iv) Presunción de inocencia y v) Derecho de defensa.

Comprender la concepción del debido proceso en los tribunales de ética médica y el proceso sancionatorio que en dichas entidades se lleva a cabo, necesariamente conduce a delimitar el contexto de análisis, según se pasa a explicar:

La Ley 23 fue promulgada el 18 de febrero de 1981 y, en esa medida, la delimitación temporal de este trabajo abarca el período comprendido entre 1981 y 2019. Es decir, inicia cuando se promulgó la Ley y termina en el momento actual.

Este período de estudio obedece entonces al análisis completo desde el nacimiento de los tribunales de ética médica, según el contexto político en el que fue creada (ambiente institucional, coyuntura, nuevos tribunales) y de la doctrina legal (precedente, normas constitucionales).

En igual sentido, el marco territorial es el territorio colombiano, por cuanto los tribunales de ética médica son entidades distribuidas en los principales departamentos, según lo dispuso el artículo 63 de la Ley 23 de 1981. En este punto es importante aclarar entonces que el estudio está enmarcado en los Tribunales

Seccionales de Ética Médica en Colombia, y no en el Tribunal Nacional de Ética Médica -con sede en Bogotá-, por fungir este último como segunda instancia y no tener similares características al resto de las seccionales.

Finalmente, se optó por realizar una investigación de tipo jurídica, por cuanto resulta ser una metodología propia del Derecho, que permite dar luces a la realidad jurídica desde diferentes corrientes teóricas, por lo que se busca abordar el tema a partir del punto de vista dogmático- jurídica, esto es, a partir del análisis de las fuentes formales del Derecho que versen sobre el tema.

Lo anterior conlleva a optar por una metodología hermenéutica que permite informar, interpretar multiplicidad de significados del lenguaje, y evidenciar estrategias legales y jurídicas para, en últimas, otorgar un sentido a las zonas de penumbra del lenguaje normativo, que será llenado de contenido, de acuerdo con la concepción jurídico-normativa que se tenga sobre el tema (Deleuze, 1989).

El presente trabajo responde a uno de los fenómenos actuales de la globalización: *La huida del derecho administrativo* e incluso, conlleva a concebir esta categoría de una manera más amplia, concebida como *La huida del Derecho en los técnicos o especialistas*.

El traslado de poder a manos de los particulares y más específicamente, en los técnicos o especialistas en ciertos conocimientos, conlleva a grandes transformaciones, no solo afectando las grandes entidades e instituciones, sino que también se refleja a nivel micro, en las entidades privadas a las que se le delegan funciones que, tradicionalmente, eran propias del Estado.

Una de las funciones más representativas del poder, es la posibilidad de emitir actos administrativos y, más aún, si se trata de actos administrativos de carácter sancionatorio o *ius puniendi*. Ahora bien, esta situación genera una necesidad de análisis de aquellos particulares o privados con potestades para tomar decisiones que, en principio, eran competencia del Estado, como sería el caso de los Tribunales de ética profesional y, según se presenta en la actual investigación, más específicamente, para el caso de los tribunales de ética médica.

Esta circunstancia, que se materializa en cada una de las decisiones que toman los tribunales de ética médica, regulados a partir de la Ley 23 de 1981, tiene un impacto en la soberanía de los particulares, en el debido proceso y en los magistrados de estos despachos, como médicos que ejercen autoridad administrativa.

Así las cosas, entender la intrincada naturaleza de los tribunales de ética médica resulta necesario y procedente, por cuanto la Ley que los regula –Ley 23 de 1981- se constituye como un conjunto de principios, algunos de los cuales se encuentran enumerados en el artículo primero de la disposición a la que se hace referencia.

La posibilidad de los tribunales de ética médica, como entidades investidas de poder para proferir decisiones de carácter sancionatorio, con base en una Ley que se constituye como un cuerpo normativo conformado por principios realmente se configura como una problemática que merece ser discutida y, en esa medida, la pregunta principal de esta investigación será: ¿Cómo se surte el principio al debido proceso en los tribunales de ética médica?

Para responder a este interrogante, se procede de la siguiente manera:

En primer término, se realizó una revisión de literatura o exploración bibliográfica bajo la categoría “tribunal de ética médica”, que arrojó como resultado, el análisis doctrinal ya referenciado en el primer acápite de esta Justificación y que será desarrollado a lo largo de la investigación.

Posteriormente, se analizan las categorías “tribunal de ética médica”, “delegación de funciones”, “función administrativa por particulares” y “debido proceso sancionatorio”, cuyo principal resultado es el juicioso trabajo realizado y recientemente publicado por Luz Astrid Álvarez Patiño, y que se denomina *Función administrativa por particulares: Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico*.

Luego, se rastrea la jurisprudencia bajo las mismas categorías en la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, por ser los jueces naturales en la temática, y que pasa a ser relacionada en el siguiente cuadro:

CATEGORÍA	CONSEJO DE ESTADO	CORTE CONSTITUCIONAL	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Tribunal de ética médica	13 pronunciamientos	Autos: 1 Sentencias de constitucionalidad: 7 Sentencias de tutela: 14	4 gacetas
Delegación administrativa	11 pronunciamientos	Sentencias de constitucionalidad: 11	NA
Función administrativa por particulares	1 pronunciamiento	Sentencias de constitucionalidad: 11	NA
Debido proceso sancionatorio	7 pronunciamientos	Sentencias de constitucionalidad: 7 Sentencias de tutela: 11	NA

Una vez depurada dicha jurisprudencia, se desarrolla el marco teórico que pretende resolver la pregunta de investigación ya enunciada y, posteriormente, se realizará un análisis crítico a la misma, atendiendo al objeto de investigación que, se reitera, es el estudio del debido proceso en los tribunales de ética médica como particulares en ejercicio de funciones públicas y de los magistrados de estas entidades como autoridades que emiten actos administrativos sancionatorios. Para ello, se tomarán como base: i) el principio de legalidad, ii) el principio de juez natural o funcionario competente; iii) La publicidad; iv) Derecho de defensa; v) impugnación; vi) Presunción de inocencia; vii) *Non reformatio in pejus*; viii) Motivación; ix) Acceso a la administración de justicia; x) Principio de favorabilidad; xi) *Non bis in idem*.

Finalmente, a partir de este punto, se sugieren hipótesis que den respuesta al problema de investigación, describiendo la situación-problema y los términos conceptuales más relevantes para el caso concreto para, en últimas, desarrollar el tema y definir las conclusiones a que haya lugar.

CAPÍTULO 1. LA HUIDA DEL DERECHO EN LA MEDICINA: CONTEXTO EN EL QUE SURGEN LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Este capítulo es el resultado de un análisis de los tribunales de ética médica en el marco económico y social, como reflejo de la huida del derecho administrativo en manos de particulares. Lo que se pretende entonces es demostrar las razones por las cuales los tribunales de ética médica son una representación del fenómeno de la Globalización, conforme con la Ley 23 de 1981, que le otorga al médico la posición de juzgador disciplinario de sus colegas. En ese orden, se aborda el fundamento teórico relacionado con el proceso ético-disciplinario médico y a continuación se exponen las razones con base en las cuales se considera que son una representación de la huida del derecho administrativo.

1. Los tribunales de ética médica como una manifestación de huida del derecho

El Estado es el titular de la acción disciplinaria: Esta es la premisa fundamental del artículo segundo del Código Disciplinario Único. Sin embargo, lo anterior se debe leer en el contexto de los artículos 26, 116 y 210 de la Constitución Política, a partir de los cuales se establece que los particulares pueden ejercer una función administrativa según lo condicione la ley.

La particularidad de los tribunales de ética profesional es que, como protagonistas de la acción disciplinaria cuyos destinatarios son los profesionales en esa materia, propenden por verificar el correcto y adecuado ejercicio de la profesión, con el fin de que se lleve a cabo bajo ciertos parámetros éticos, de eficiencia, eficacia y responsabilidad acordes con el interés general que demanda la prevención del riesgo social.

Estos Tribunales encuentran su fundamento a partir del artículo 26 de la Constitución, a partir del cual se expresa que las personas son libres de escoger profesión u oficio, pero establece que el ejercicio de estas estará sujeto a la inspección y vigilancia de las autoridades competentes; indicando que las ocupaciones, artes u oficios que impliquen un riesgo social no son de libre ejercicio.

Así pues, el control legal de toda profesión cuyo ejercicio comporta riesgo social constituye un instrumento idóneo para la defensa de los intereses de la sociedad en el Estado Social de Derecho y es, en ese entendido, que la Corte Constitucional ha determinado con claridad, la libertad de configuración que es propia del legislador para regular todos los aspectos inherentes a las profesiones y sus límites constitucionales al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta Política, a efectos de que se entienda en qué eventos debe priorizarse el interés general (sentencias c-606 de 1992, c-177 de 1993, c-031 y c-964 de 1999).

La potestad sancionadora del Estado *-ius puniendi-*, tiene un amplio espectro regulatorio del ejercicio de las distintas profesiones liberales, que permitieron al legislador configurar una serie de cuerpos normativos y otorgar a ciertos organismos, tanto públicos, -Procuraduría, COPNIA, Consejo Superior de la Judicatura-, como privados -Colegios profesionales, tribunal de ética médica, Tribunal de Ética de Odontología-, potestades para determinar si se ajusta a las leyes que regulan la praxis profesional, pues solo de esa manera se cumple oportunamente el cometido estatal consagrado en el artículo 26 de la Carta y, especialmente, la realización de valores del orden jurídico institucional lo que, en el plano sociológico, justifica el hecho de que la función sancionatoria de las profesiones haya pasado a mano de los particulares (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-597 de 1998).

En la sentencia C-470 de 2006, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“Los colegios de profesionales [...] se proyectan hacia el entorno social, si se tiene en cuenta que su primordial objeto radica en establecer formas de autocontrol, de preservación y de aquilatamiento de la preparación, la idoneidad, la ética y la eficiencia de quienes, en el campo de la actividad respectiva, habrán de ejercer su profesión. // No es extraño, entonces, que tales asociaciones [...] vigilen de cerca la conducta que ellos observan en el ejercicio profesional, su rendimiento, la calidad de sus servicios y su creciente capacitación, así como las sanas prácticas de competencia, pues de lo que se trata es de brindar garantías a la sociedad y fortaleza al desarrollo de la profesión. // La misma norma constitucional señala que la

ley podrá asignar a los colegios de profesionales funciones públicas y establecer los debidos controles”.

En el caso de los tribunales de ética médica, la regulación del ejercicio de la medicina se encuentra en la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Así pues, la Ley de ética médica pone en cabeza de médicos la potestad de valorar la conducta de sus colegas, para luego emitir actos administrativos en donde se aprecian aspectos propios del ejercicio de la profesión del galeno. Esta es pues la primera manifestación de la huida del derecho administrativo, entendida como *“la creación de empresas públicas (léase sociedades), la utilización de formas y régimen jurídico privado para actividades administrativas; y finalmente, la privatización del Derecho administrativo”* (Corte Constitucional de Colombia, sentencia c-470 de 2006).

Definición acorde a lo planteado por el profesor Suárez Tamayo (2017), quien señaló que:

“El concepto de la huida del Derecho administrativo, entendido como la tendencia de someter la Administración pública, o algunas de sus actividades al régimen del Derecho privado, o el acudir cada vez más a formas privadas (entes instrumentales, como lo serían, por ejemplo, las sociedades) buscando con ello supuestamente mayor agilidad, eficacia y eficiencia en la gestión” (Corte Constitucional, sentencia c-470 de 2006).

Bajo ese entendido, se tiene que el concepto de huida del Derecho administrativo es utilizado para designar diversas manifestaciones de poder por parte de entidades privadas que, históricamente, estuvieron en cabeza del Derecho administrativo, lo que para algunos autores puede suponer la eliminación de unos criterios que, en principio, parecían claros, pero que se han ido desdibujando a partir del nuevo contexto globalizado.

Esta última idea resulta especialmente importante para el análisis que se pretende hacer en esta investigación, por cuanto, algunos autores, como José Manuel Sala Aquer han dejado de hablar de “huida del Derecho administrativo”, para pasar a hablar de “huida del Derecho”, entendido este último como la sujeción de los derechos al mercado, la competencia y el dominio sobre el otro, bajo el entendido de

que las garantías propias del ámbito público no se extienden al ámbito privado, cuando confluyen intereses particulares (como se citó en Del Saz, 1994, p. 74).

No obstante, después de hacer una lectura acerca de los distintos significados que se han dado al término de huida del Derecho administrativo, y más específicamente, al término de huida del Derecho, resulta necesario aclarar que, para el caso de los tribunales de ética médica, la huida del derecho debe entenderse como la puesta del ejercicio de funciones tradicionalmente asignadas a los abogados en manos de técnicos, donde la Ley 23 de 1981 le otorgó primacía al conocimiento técnico científico de los médicos sobre el conocimiento técnico de los abogados, lo que en principio podría resultar llamativo respecto de una profesión que, históricamente, ha luchado por mantener ciertas formas específicas alejadas del conocimiento del común (North, 1993). Pero no solo esto, sino, además, la atribución de una función sancionatoria propia del Estado a particulares.

Se resalta entonces que es un médico quien tiene la dirección del proceso ético-profesional de los médicos, quien se ocupa de investigar, recaudar pruebas, acusar, juzgar la conducta reprochada y, eventualmente sancionar. Asunto que da cuenta de la Huida del Derecho Administrativo, como fenómeno del ejercicio de las potestades públicas en manos de particulares, como una forma de transformación en la función pública, a partir de la autorización constitucional o legal en la materia.

En tal sentido, aunque hubo un tiempo en que el Estado era “propietario” de las funciones públicas, entre ellas, la disciplinaria, estando en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, Consejos Seccionales y Nacional de la Judicatura, hoy en día éstas se encuentran en cabeza de particulares, tales como los Colegios o Tribunales que regulan el ejercicio de ciertas profesiones.

La delegación de la función disciplinaria en manos de los Colegios profesionales y los Tribunales de Ética Profesional ha sobrellevado la asunción de nuevos retos por parte de las profesiones, que permiten discutir acerca de la eficacia de la justicia en cabeza de profesionales que no ostentan la calidad de abogados.

Sobre este particular, se ha indicado que la globalización surge como escenario propicio para la extensión del derecho administrativo y da cuenta de un contexto que le da cada vez mayor relevancia a lo privado, adjudicando funciones tradicionalmente estatales.

Actualmente, la potestad disciplinaria asignada a los tribunales de ética médica atraviesa a los sujetos (que disciplinan y que son destinatarios) y a las instituciones. A los médicos se les otorga la atribución de juzgamiento, tradicionalmente en cabeza de los abogados y, en igual sentido, los destinatarios de sus decisiones serían sus colegas, quienes tienen el conocimiento técnico de la profesión u oficio, y es bajo ese entendido, que podría afirmarse que en los tribunales de ética médica prevalece el conocimiento técnico de la medicina, en desmedro del conocimiento jurídico del proceso sancionador.

1.1. Los tribunales de ética médica como particulares en ejercicio de función pública y el fenómeno global

La esfera pública tradicional está siendo colmada por lo privado. Dentro del fenómeno de la globalización se encuentran diversos fenómenos económicos, políticos y sociales que se ven reflejados en las instituciones mismas.

La concepción del mundo globalizado presenta nuevas exigencias al ciudadano y a la sociedad, supone una inmediatez y eficacia que las instituciones tradicionales no podían ofrecer, los tiempos de respuesta se reducen, habiendo un acercamiento entre el ciudadano y la autoridad, visto desde un punto de vista moderno. Debido a ello, se atiende a la mecánica del progreso, que forja la idea de que el ámbito privado responde más hábilmente a la inmediatez, que el público, acorde con las directrices económicas de apertura de las fronteras, libertad de competencia y flexibilización (Sassen, 2010).

Admitir esto conlleva a que sea imposible ignorar las transformaciones del Estado, especialmente, en lo que a sus titulares y en cuanto a la relación con los particulares,

por cuanto, hay una reformulación en la idea tradicional del poder policivo y la fuerza¹, en cuanto, se permite que los particulares ejerzan funciones asignadas al Estado, llevando a lo que se conoce como la *huida del Derecho Administrativo*.

La concepción de aldea global incide ampliamente en los fenómenos de lo público y, específicamente, en la soberanía de los Estados, en tanto la frontera de los países parece desdibujarse frente a la frontera de la tecnología y del poder económico. Bajo ese entendido, la gestión de lo público trasciende al Estado y pasa a los particulares, que inciden ampliamente en la concepción de autoridad y promueven el protagonismo de las sociedades.

Ahora bien, el mundo globalizado debe partir por definir ciertas normas –de carácter global, nacional y local-, así como del ámbito que los rige –privado o público y, en esa medida, es importante indicar, para el caso concreto, cómo se vislumbra la huida del derecho administrativo a partir de la normatividad aplicable en los tribunales de ética médica, específicamente, en lo relativo a las normas que rigen la *praxis* de la medicina.

1.2. La literatura médica y el fenómeno de la Globalización

La medicina es una ciencia que busca preservar y mejorar la salud del ser humano, a partir de un conjunto de saberes y conocimiento científico. En el marco de los Tribunales de ética médica, se propende por el correcto ejercicio de la profesión, enmarcado en la compleja interacción que involucra el acto médico junto con la diversidad de circunstancias, que conllevan a que la responsabilidad médica sea de medios y no de resultado, además de que solo se pueda imputar responsabilidad en aquellos casos en que los efectos adversos a ciertos procedimientos o tratamientos sean imprevisibles o de difícil previsión y, en esa misma línea, una gestión diligente y oportuna tampoco garantiza resultados óptimos, por lo cual, no todo resultado

¹ En este punto, Sassen (p. 134, 2010) mantiene un punto neutral, ya que no afirma la posibilidad de un cambio en la Gobernanza del Estado, que esté marcada por el rezago de su intervención respecto de lo privado, pero tampoco informa que se trate de un simple facilitador o intermediario en la economía global.

adverso o la muerte puede ser endilgable al médico (artículo 13 del Decreto 3380 de 1981).

Según lo expuesto, a pesar de las múltiples variables que se escapan a la voluntad del médico y que pueden desmejorar o desgastar la relación médico-paciente, es necesario que el médico cuente con cierto nivel de autonomía en su ejercicio profesional, por cuanto cada persona representa un universo en sí mismo, al igual que cada patología.

Lo anterior fue considerado por el legislador, al momento de promulgarse la Ley 23 de 1981, a partir del numeral segundo del artículo primero, donde se indicó que:

“El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición. En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión”
(Ley 23 de 1981, artículo 2).

Se puede apreciar entonces que, al momento de la valoración de un paciente por parte de un médico, éste tiene la obligación de considerar las particularidades orgánicas e incluso sociales, para llevar a cabo un estudio juicioso de cada caso. Es a partir del ejercicio del acto médico que se logra cumplir con el objetivo del cuidado de la salud, a partir de la búsqueda de un diagnóstico adecuado, un examen físico juicioso y un análisis semiológico del individuo, que permita considerar variables que inciden en el bienestar del paciente.

El carácter valorativo de lo recién expuesto obliga a hacer alusión al principio de *autonomía médica*, cargado de subjetividad, en tanto, depende de la experticia, saber,

especialidad y entrenamiento del profesional de la medicina. En esa medida, la autonomía médica se configura como presupuesto del criterio médico, a partir del cual se pretende tener una base al momento de definir el diagnóstico y plan a seguir en cada paciente.

En el caso de la medicina, hay una relación intrínseca entre la autonomía médica y la globalización, por cuanto, se trata de un conocimiento o saber técnico general, esto es, que no es propio de una región, cultura o raza, sino que en el ejercicio médico se pueden encontrar similares o iguales síntomas, patologías, enfermedades y diagnósticos en los pacientes alrededor del mundo.

Es tanto la medicina se instituya como una ciencia global o globalizada, es que se comprende la complejidad de esa ciencia y las múltiples aristas que tiene el propio ejercicio profesional y es, en virtud de ello, que se han establecido Guías Médicas y Protocolos que permiten determinar el quehacer médico, en cuanto a los procedimientos y técnicas médica utilizadas para cada patología.

En este punto del análisis es importante retomar la afirmación de la medicina como una ciencia global, por cuanto los protocolos y la literatura médica también son globales. Lo anterior implica que la autonomía del profesional en medicina esté supeditada, no sólo a mandatos nacionales, sino también internacionales, dado que la unidad del conocimiento médico, como ya se dijo, no es local.

Lo anterior invita a una reflexión profunda respecto del rol que cumplen los magistrados de los tribunales de ética médica y la literatura médica como doctrina vinculante en el ejercicio de la profesión de los médicos, al ser necesario verificar en cada caso, que las decisiones se apoyen en la *lex artis* y que se ajusten al caso concreto, pero además a los protocolos existentes para ese padecimiento específico.

Para el caso *sub examine*, una de las premisas básicas para entender la potestad decisoria de los tribunales de ética médica es comprender el alcance de la discrecionalidad al momento de la valoración del ejercicio profesional de sus colegas, en el ejercicio de su profesión pues, de conformidad con la ciencia que disciplinan – la medicina-, las posibles alternativas incoadas en cada caso y al estándar de

actuación conforme a la *lex artis*, cada decisión es infinitamente moldeable² y, en ocasiones, puede responder a los intereses privados, más que a los públicos.

En gracia de discusión y para ilustrar mejor este último punto, es preciso expresar que el fundamento de las consideraciones bioéticas de los distintos fallos de los Tribunales sean las Guías y los Protocolos expedidos por el Ministerio de Salud. No obstante, estos no alcanzan a abarcar un gran porcentaje de todas las enfermedades que padece una persona y que obliga al operador disciplinario a acudir a fuentes secundarias, como los artículos y publicaciones de los colegios profesionales y a la literatura médica internacional, por lo cual, los Colegios Profesionales en materia médica, juegan un papel preponderante, por la verificación y alcance de sus publicaciones.

Este último planteamiento presenta múltiples problemáticas, entre ellas, la más llamativa es la fuente de la literatura médica, que se constituye, de base, en los artículos expedidos por los Colegios Médicos de cada una de las diferentes especialidades, sin mayor control de contenido, que la verificación a nivel interno del Colegio de especialistas que, fácilmente, puede plasmar sus necesidades e intereses en un artículo privado suscrito al Colegio Médico de su profesión³.

En otras palabras, de acuerdo con el nivel de complejidad que signifique cada caso, podrían llegar a existir vacíos y lagunas en los Protocolos y Guías Médicas emitidos por el Ministerio de Salud y que, en últimas, terminan siendo llenados con la literatura médica internacional e incluso, a partir del conocimiento privado de los magistrados. Cuando se comprende que el poder decisorio de una sanción disciplinaria puede tener como base literatura médica internacional, el concepto de lo globalizado adquiere un nuevo alcance, lo cual, ratifica una vez más que, en el ámbito de control y soberanía de los Estados, incluso fallos de tipo sancionatorio, es válido utilizar los registros y

² A este fenómeno, Teubner denominó derecho neoespontáneo, como “*el producto normativo de los regímenes privados como una mezcla de procesos espontáneos y sumamente organizados*” (Teubner, 2010, p. 41).

³ En este punto, resulta relevante recordar que, según la Ley 23 de 1981, los Colegios Médicos de Especialistas realizan una lista de magistrados elegibles, por lo cual, hay una relación intrínseca entre los intereses de los magistrados con respecto a los intereses de los Colegios Médicos de Especialistas.

parámetros internacionales, dando cuenta de una desestatalización de la regulación, propio de los fenómenos de Globalización.

Finalmente, tal y como plantea Sassen (2010, p. 127), en el caso concreto, el dominio de lo nacional y lo global no son mutuamente excluyentes, sino que se verifica que, efectivamente, las regulaciones internas y externas pueden ser complementarias, de acuerdo con la naturaleza de la configuración normativa de la Ley de Ética Médica y, específicamente, atendiendo a la Literatura Médica como fuente doctrinal vinculante (Sassen, 2010, p. 127).

1.3. Los médicos como autoridades disciplinarias y el fenómeno de la globalización

El artículo 68 de la Ley 23 de 1981, que establece que los Tribunales Seccionales de Ética Médica estarán integrados por cinco profesionales de la medicina, sobre los que recae la competencia de instrucción y decisión de los casos, y que además son elegidos de las listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes.

Así pues, al ser los médicos la autoridad disciplinaria, se estaría dando lugar a una creación e interpretación normativa por parte de particulares, en ejercicio de una función específica de control disciplinario, como elemento de la globalización (Sassen, 2010). Bajo ese entendido, los tribunales de ética médica son centros de poder creadores de derecho (por parte de magistrados, que no conocen de Derecho), donde la potestad decisoria afecta a un grupo poblacional específico (los profesionales en medicina), a partir de la expedición de actos administrativos, es decir, decisiones unilaterales que no cumplen con la ritualidad propia de la creación de la norma tradicional expedida por el Congreso, a partir de la cual se juzga el ejercicio de una profesión (la medicina).

Entonces, cuando se traslada la posición tradicionalmente ocupada por el Estado a los particulares, también se trasladan, concomitantemente, las dificultades que éste tiene cuando es titular, tales como: falta de presupuesto, dificultades en la ejecución, falta de legitimidad, entre otros. Con todo, estas dificultades representan nuevos retos respecto del ejercicio de la posición de autoridad asumida por los particulares,

quienes tienen la obligación de comprender los límites de su función y los criterios propios en la ejecución, especialmente, cuando la norma no lo establece.

Así las cosas, de acuerdo con las razones esgrimidas, y teniendo en cuenta que las decisiones proferidas por la Sala Plena del tribunal de ética médica, el derecho disciplinario profesional utiliza las potestades exorbitantes del Derecho Administrativo, dejando con pocas herramientas a las partes más débiles de la relación (los médicos indagados e investigados), en virtud de tutelar los intereses que consideran proclives a ser vulnerados o abiertamente afectados por las disposiciones de la Ley 23 de 1981.

CAPÍTULO 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Tras analizar, en el capítulo anterior, el marco de huida del derecho administrativo en los tribunales de ética médica, especialmente en lo atinente a los magistrados (como operadores del derecho disciplinario ético-profesional) y la literatura médica (como fuente del derecho), en este segundo apartado se estudiará la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica, con especial énfasis en cuatro elementos, a saber, régimen jurídico, régimen de actos, régimen de contratos, personal y juez.

En tal sentido, se propone una reflexión jurisprudencial que incorpore los fallos que se han emitido en la materia, que faciliten una mejor interpretación normativa, que propende por la garantía de los derechos de las personas que intervienen en los procesos disciplinarios ético-profesionales. Igualmente, se considera oportuno abordar la cuestión acerca de los márgenes de distinción entre lo público y privado en un mundo cambiante y en constante transformación y, en esa misma línea responder a la pregunta acerca de la naturaleza de los tribunales de ética médica a partir de la huida del derecho administrativo.

Debido a lo anterior, este capítulo tomará como punto de partida la incorporación del derecho privado en el ámbito público, según lo dispuesto en el artículo segundo de la Constitución, con el fin de mostrar cómo en la actualidad la participación privada en actividades tradicionalmente públicas ha incidido en la naturaleza de la entidad y todo lo relacionado con ella, así como mostrar disposiciones que de manera explícita prevén unos regímenes jurídicos incompatibles entre sí.

1. Discusión acerca de la naturaleza jurídica en un derecho público cambiante y transformador

Si bien el principal objetivo de este capítulo es examinar la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica en sus múltiples dimensiones, se considera necesario realizar algunos comentarios iniciales, que permitan contextualizar el escenario en el cual se incorpora la discusión y, a partir de allí, definir el fundamento legal y

jurisprudencial atribuido a la figura bajo examen, en un derecho público lleno de incertidumbres.

La incertidumbre es, quizá, la característica que mejor ha definido el derecho público contemporáneo pues, dicho rasgo, en términos generales, supone que a pesar de que todo se ha dicho, nada puede ser declarado verdad única.

De esta manera, el imperativo de comprender el Derecho como “un fin en sí mismo”, ya no responde a las nuevas exigencias de la sociedad, bajo el entendido de que esta característica no solo se proyecta a la nueva concepción de las instituciones de poder, del ejecutivo o de la Administración, sino que también se proyecta en los particulares, en las entidades “*sui generis*” y en todo aquello a lo que, difícilmente, se le puede dar una categoría.

El Derecho, como actividad humana, tiene su propia historia; conocerla es imprescindible para entablar amistad con esta disciplina. Vivimos en un mundo donde nos preguntamos por asuntos que generan perplejidad y es a partir de la respuesta del otro que se conoce su pasado e intimidad. La relación entre pregunta y respuesta ya no solo se da en el ámbito del *qué*, sino que averiguamos por el *cómo*, *por qué* y *para qué*.

Para conocer el sentido del Derecho es necesario atender a ciertos discursos y narrativas del pensamiento que permiten aprender y desaprender del pasado. Las visiones para comprender la historia son una invitación a tomar distancia, observar el panorama y visualizar renovadas concepciones del mundo.

Es por lo que el Derecho y, específicamente, el Derecho Administrativo, no encuentra respuestas ciertas, totales o exactas en la política o en eventos aislados, así como tampoco se compagina con aquel pensamiento dominante, sino que vela y devela las versiones silenciadas o marginadas del discurso tradicionalmente relatado.

Estas formas de conocer la realidad conllevan a una confrontación de pensamientos que invitan a superar la perspectiva conservadora del Derecho como ciencia, inscrita en la lógica de un conocimiento exacto, inamovible, impenetrable e inmutable. El

Derecho se ha separado de una realidad que lo sobrepasa y es, debido a ello, que necesita de la filosofía para transitar un proceso de reinención y resignificación que le posibiliten encontrar horizontes renovados.

Para Álvarez (1999), abarcar el Derecho implica procurar por una comprensión filosófica, textual, social, cultural y política, porque esto es parte de comprenderla, no como una acumulación de datos, doctrinas o teorías, sino a partir del estudio de los discursos, pensamientos y escritos, sino como para precedentes a los problemas de la actualidad.

Según lo expuesto, se procede a abarcar las distintas discusiones acerca de la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica, no desde un punto estático, sino a partir de sus lagunas, vaguedades y oscuridades, que dan vida a las interpretaciones de los jueces, en aras de la regulación de los fenómenos sociales. Lo anterior, bajo la óptica dinámica de la materia, entendiendo que nada es exclusivo ni excluyente, ni se trata de definir verdades absolutas.

2. Naturaleza de los tribunales de ética médica

2.1. Régimen jurídico de los tribunales de ética médica como organismos de control

Casi desde el momento de su constitución, la Corte Suprema de Justicia determinó que el régimen de los tribunales de ética médica se daba por delegación de funciones ya que su naturaleza consiste en confiar a personas idóneas de la misma profesión, en ejercicio de la función pública, la realización de una tarea de control sobre la ética profesional de los médicos (Corte Suprema de Justicia, Gaceta CLXXI, 1982).

Sin embargo, las discusiones acerca de la naturaleza de los tribunales de ética médica permanecieron vigentes y cobraron mayor fuerza a partir de la expedición de la Ley 489 de 1998, por la cual se dictaron normas de organización estatal, con lo cual también se pasó de tenerlas como entidades por delegación a algo más complejo y lejos de lo tradicional: entidades *sui generis*.

Así las cosas, el artículo 42 de dicha norma, señala que el Sector Administrativo está integrado, entre otros, por las entidades que la ley de creación de la entidad defina como adscritas o vinculadas y, en concordancia con ello, el artículo 50 señala que las entidades estarán vinculadas al sector central según lo dispuesto en su acto de creación, lo que para el caso concreto significa que, como la Ley 23 de 1981 no dispuso adscripción o vinculación alguna con el sector central, no podría entenderse que los Tribunales son entidades por delegación tradicionales, sino que deben ser comprendidas como entidades con un carácter singular y excepcional.

La sentencia del Consejo de Estado del 21 de octubre de 2010, con ponencia del magistrado William Zambrano Cetina, fue la encargada de consolidar la naturaleza de los tribunales de ética médica al resaltar que *“no son personas jurídicas, son órganos sui generis o atípicos con competencias asignadas por ley, que se integran, también de una manera sui géneris o atípica al sector central”*.

En consecuencia, a los tribunales de ética médica se les ha atribuido el carácter único y excepcional pues, son particulares (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-620 de 2008) que, a pesar de estar adscritos al Ministerio de Salud y cumplir una función pública, no hacen parte de la rama ejecutiva pues en su acto de creación normativa (Ley 23 de 1981) no se especificó su naturaleza, lo que hace distintos a las entidades descentralizadas en general y que conlleva a la superación de la clasificación inicial que se les otorgó.

Igualmente, las razones que adujo la Sentencia para no asimilar estas entidades con las descentralizadas fueron las siguientes: en primer lugar, se valió de que el legislador no hubiese definido su naturaleza de forma expresa y, en segundo lugar, se argumentó que, a pesar de tener autonomía en el cumplimiento de una función pública, los Tribunales no tienen personería jurídica, por lo que no pueden adquirir derechos y obligaciones, lo que necesariamente conlleva al Estado a soportar las consecuencias derivadas de sus decisiones.

Según lo expuesto, la Sala concluye que los tribunales de ética médica están integradas a la Administración Pública a partir de una relación interadministrativa *sui generis*, por las siguientes razones: i) no tienen personería jurídica; ii) no tienen

patrimonio propio; iii) la ley 23 de 1981 no definió su naturaleza jurídica; iv) no hacen parte de la rama ejecutiva v) su función es de naturaleza pública.

Ahora bien, una vez aclarado el punto acerca de la representación que ejerce el Ministerio de Salud sobre los tribunales de ética médica, es mandatorio indicar el alcance de la misma, por cuanto, al no tener personería jurídica, es el Ministerio de Salud quien debe asumir los deberes de los Tribunales, siempre y cuando se dé una de las siguientes circunstancias: i) no haya alegado una falta de competencia; ii) no haya hecho uso del recurso de apelación o iii) no haya un grado de participación considerable por parte de dicho Ministerio en el trámite administrativo disciplinario⁴.

Y, en esa misma línea, por no tener patrimonio propio, la remuneración de los tribunales de ética médica está a cargo del Ministerio de Salud, previo concepto de la Federación Médica Colombiana, por lo cual, la regulación del uso de sus recursos está dada según lo dispuesto en los artículos 356 y 357 de la Constitución y en la Ley 715 de 2001 (Sistema General de Participaciones), de conformidad con los artículos 42 numeral 18 y 43 numeral 1.8 de la Ley 715 de 2001, que indica que la Nación debe ocuparse de direccionar el sector salud y, en esa medida, reglamentar los recursos destinados a financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica.

En conclusión, se reitera que los tribunales de ética médica son entidades *sui generis* o atípicas, por tener una especial relación interadministrativa con la Nación, a través del Ministerio de Salud, con el fin de cumplir sus funciones de acuerdo con la respectiva ley de creación.

2.2. Régimen jurídico de la función de los tribunales de ética médica

En primer lugar, debe indicarse que, a pesar de que siempre se ha asemejado a los tribunales de ética médica con los Consejos profesionales, por tener también una

⁴ Esta última afirmación presenta grandes problemáticas en la práctica, por cuanto, en el proceso disciplinario regulado a partir de la Ley 23 de 1981, la participación del Ministerio de Salud es prácticamente nula, por cuanto, sólo intervienen en la apelación cuando la sanción proferida es la suspensión en el ejercicio de la profesión, según lo dispuesto en el artículo 89 de la norma lo que, en últimas conlleva a que el Ministerio, en pleno uso de sus facultades, pueda alegar no hacerse cargo del pago de las sanciones pecuniarias por las que sean condenados los Tribunales de Ética Médica.

naturaleza atípica o *sui generis* en razón a los mismos factores, esto es, ejercer funciones públicas, estando adscritos a un Ministerio⁵-, debe indicarse que las funciones tradicionalmente asignadas a estos consejos profesionales no se asemejan a la función asignada a los tribunales de ética médica.

Lo anterior se explica porque la finalidad principal de los tribunales de ética médica es velar por el correcto ejercicio de la profesión, en el marco de unos principios bioéticos, mientras que los Consejos profesionales tienen un mayor número de funciones atribuidas por la ley: se encargan de fomentar la profesión respectivas, elaborar y actualizar los registros de los profesionales, asignarles un valor a la matrícula e incluso expedir las tarjetas profesionales, labores que, para el caso de la medicina, fueron atribuidas a las Seccionales de Salud, al Colegio Médico Colombiano y a la Federación Médica Colombiana.

Una vez comprendida la naturaleza de los tribunales de ética médica, como entidades privadas *sui generis*, queda la inquietud respecto de si sus funciones también son de carácter privado o si son públicas.

Para resolver este interrogante, debe comenzar por indicarse que las funciones públicas, entendidas en sentido amplio, son:

“las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público y de los órganos autónomos e independientes, como también mediante las entidades o agencias públicas para alcanzar los fines estatales; en este campo también pueden ser incluidos los particulares que en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y por mandato legal son investidos de funciones públicas.” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia c-620 de 2008).

⁵ En sentido similar, otros colegios profesionales y tribunales de ética adscritos a Ministerios. Para ilustrar este asunto, se tiene que el Consejo Nacional de Trabajo Social está adscrito al Ministerio de Trabajo; el Consejo Profesional de Administración de Empresas y Consejo Profesional de Ingeniería Química, ambos están adscritos al Ministerio de Comercio y el Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus Profesiones Auxiliares está adscrito al Ministerio de Cultura.

De conformidad con lo anterior, el artículo 26 de la Constitución Política otorga la posibilidad a los particulares de ejercer funciones públicas y es atendiendo a este punto que la Ley 23 de 1981 les dio la potestad disciplinaria a los tribunales de ética médica, para que velaran por el correcto ejercicio de la medicina.

Así las cosas, gran parte de la doctrina se inclina por justificar la asignación de funciones públicas en manos de particulares, debido a su eficacia y rapidez en el ejercicio, respecto de la paquidérmica función pública que, ante los ojos de muchos, pareciera ir siempre un paso más atrás que los particulares. Esta última afirmación ha sido refutada por gran parte de la doctrina, entre ellos, David Suárez Tamayo (1999), quien en su texto *“Ley 489 de 1998: No necesitamos más leyes, necesitamos mejores leyes”*, señaló:

“Sólo queda esperar que la doctrina y la jurisprudencia sean capaces de construir a partir de la ley una teoría consolidada y madura de lo que debe ser la administración pública en Colombia y la forma de ejercerse la denominada función administrativa; en los últimos años, con la expedición de las leyes 30,100,142,143,446 y ahora la 489, algunos han olvidado el norte, la filosofía, la justificación y la validez del Derecho Público, del Derecho Administrativo y de la razón de ser y de las competencias propias del juez de lo contencioso administrativo; en cambio, han querido ver en el Derecho Privado y en el juez ordinario la solución y la salvación a las dificultades propias de la administración pública, lo cual no compartimos ni aceptamos.” (Suárez Tamayo,1999).

Sin embargo, una vez hecha esta claridad, respecto de las distintas miradas de lo público en cabeza de los particulares, es preciso pasar a resolver la distinción entre función pública del ejecutivo y la función pública de la rama jurisdiccional pues, a pesar de que en amplia jurisprudencia ha dicho que el ejercicio de los tribunales de ética médica no es jurisdiccional, sino de tipo administrativo, lo cierto es que aún persisten posturas que informan que, materialmente, es asimilable al ejercicio jurisdiccional, por valerse del poder punitivo del Estado y tener el alcance de limitar derechos y libertades.

Así, la normatividad misma ofrece una serie de confusiones al respecto, pues asimila conceptos propios de la Rama Ejecutiva, y no de la Rama Judicial, comenzando por la denominación de *Tribunal*, y siguiendo por la asimilación de *magistrado* a la persona que decide y, por último, pero no menos importante, dándole el carácter de *Fallo* a las decisiones. Aspectos que se constituye en algo meramente denominativo o formal, pues sustancialmente las funciones ejercidas por estas entidades han sido catalogadas por la jurisprudencia como propias del Ejecutivo.

La premisa según la cual, los tribunales de ética médica cumplirían funciones judiciales, puede ser vista desde dos ópticas contrarias: la primera, como una usurpación de funciones y, la segunda, como una respuesta al principio de colaboración armónica (artículo 334 de la Constitución), por lo que resulta mandatorio preguntarse por los elementos distintivos de las funciones jurisdiccionales y administrativas.

i. En cuanto al extremo referente a la *usurpación de funciones*, éste estaría enmarcado en el contexto del Estado de Policía, a partir del cual, se le otorgan poderes (casi exorbitantes para algunos) al Ejecutivo, que incluso estaría facultado para la limitación de derechos y libertades de los ciudadanos, buscando garantizar el bienestar general y la vida en comunidad.

El concepto de Estado de Policía nace de la *polis* griega donde el Estado ejercía un poder preponderante e ilimitado, en aras de asegurar el desarrollo de la vida en comunidad, para lo cual, se valía de limitaciones y restricciones a los derechos y libertades de los individuos y acudía a figuras como la “policía legislativa”, que sometían el ejercicio de los derechos a los deseos del Ejecutivo.

Bajo ese entendido, pero sin ser tan radicales, la usurpación de funciones del ejecutivo al poder judicial conllevaría al desbalance de poderes, una inobservancia de las prerrogativas de la Administración y, en últimas, a una flagrante violación de derechos tan fundamentales, como el debido proceso -por cuanto, se cercenarían las garantías de los disciplinados-, o incluso, el de libertad -por el alcance que tienen los actos administrativos de restringir libertades, en la esfera profesional-.

Visto de esta manera, resulta dado afirmar que entender los tribunales de ética médica desde la perspectiva de “función judicial” se constituye como un exabrupto de poder, que desatendería a los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, con el agravante del tipo de normas “éticas” que regula y que, en caso, de ser asimilables con las decisiones judiciales, conllevaría a que las mismas no estuvieran ajustadas a Derecho, menos a la Constitución.

ii. El otro límite expuesto, y que se ajusta a lo manifestado por el Consejo de Estado, es entender que las funciones jurisdiccionales en cabeza de la Administración se constituyen como un elemento esencial del principio de colaboración armónica, según lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución.

Esta perspectiva no presenta mayor debate, pues supone que la función disciplinaria de los tribunales de ética médica sería solo una más de las múltiples interacciones y mezclas que, actualmente se vislumbran entre las tres ramas del poder público, sin que ello necesariamente signifique la “usurpación del poder”.

Vistas así las cosas, la función judicial en cabeza del Tribunal no significaría una fragmentación entre el ejecutivo y el judicial, sino que, por el contrario, estaría sustentado en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, bajo la premisa de que debe haber unos balances entre las funciones que, en caso de ser necesario, deben confundirse entre sí, para buscar el interés general y la protección de Derechos Fundamentales.

En definitiva, respecto del balance que debe existir entre las tres ramas del poder público se van a encontrar perspectivas disímiles y, todas ellas, igualmente válidas; por lo tanto, resultaría difícil y, en el contexto de las conjeturas, determinar si convendría que la función ejercida por los magistrados de los Tribunales fuera concebida como de carácter judicial o si, por el contrario, la claridad con la que el legislador le ha otorgado el carácter de función administrativa pretende salvaguardar los principios inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho.

iii. Así las cosas, a pesar de las perspectivas recién enunciadas, reiterada jurisprudencia ha sido clara en definir que las funciones desempeñadas por los

tribunales de ética médica son propias de la rama ejecutiva, por lo que debe entrarse a determinar el tipo de función: disciplinaria, correccional o administrativa sancionatoria.

En efecto, respecto de la naturaleza de la función atribuida a los tribunales de ética médica, la sentencia C-259 de 1995 ha determinado que la potestad sancionatoria puede darse en dos vertientes: i) Disciplinaria, frente a los funcionarios que violan deberes y prohibiciones y ii) Correccional, que abarca un espectro más amplio, al referirse a las infracciones cometidas por los particulares en distintas materias, como fiscal, tránsito y financiera.

Sin embargo, a pesar de que en principio podría considerarse que la función atribuida a los Tribunales es de tipo correccional, por ser el disciplinado un particular, lo cierto es que, a renglón seguido, la Sentencia deja claro que le da prevalencia a lo sustancial de la decisión, más que a lo meramente formal, indicando que la potestad disciplinaria propende por el acatamiento y la observancia de deberes tanto para los servidores públicos, como para los particulares.

Para sustentar esto último, la Sala reitera que hay una correspondencia en los principios que rigen, tanto a servidores públicos como a particulares y que, en tal medida, los deberes de sujeción y la consecución de fines similares, ubican las facultades de los tribunales de ética médica en el derecho disciplinario. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-259 de 1995):

“...el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza.”

Hace notar la Sala, en la transcrita definición, la relación del derecho disciplinario con quienes están sujetos a “deberes especiales” y pueden ser responsables por “infracción de deberes funcionales”, previa aplicación del debido proceso y los elementos que lo caracterizan.

Las enunciadas características permiten concluir que la responsabilidad en el ejercicio de las profesiones, prevista en el artículo 26 de la Constitución Política y en los términos que defina la ley, es objeto del derecho disciplinario.”

En conclusión, la función asignada a los tribunales de ética médica, según lo dispuesto en la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 26 de la Constitución Política, es: i. Pública, ii. Administrativa, iii. De tipo sancionatorio, iv. De carácter disciplinario y v. no asimilable a las funciones ejercidas por los Colegios Profesionales.

2.3. Régimen de los actos en los tribunales de ética médica

En primer lugar, es importante indicar que la naturaleza de las decisiones de los tribunales de ética médica no se constituyen en decisiones judiciales, a pesar de que, se les denomine fallos, providencias o autos, pues, aceptar estas categorías y circunscribir la función administrativa en la judicial sería revivir la ya resuelta “deferencia especial” o la “intangibilidad relativa” de las decisiones adoptadas por la administración, de la que se trató en el acápite anterior, donde se aclaró la naturaleza de la función judicial.

Así pues, los actos expedidos por los tribunales de ética médica son actos administrativos de carácter sancionatorio. Son una manifestación del ejercicio del poder por parte del Estado, se impone aun en contra de la voluntad del destinatario y que se presume como válida una vez se produce. Así las cosas, aunque no es objeto de estudio del presente estudio realizar un análisis detallado de las características del acto administrativo, es importante caracterizar los actos administrativos emitidos por los Tribunales seccionales de Ética Médica, así: i) desfavorables (por tener el alcance de restringir la esfera jurídica del ciudadano, a partir de una sanción); ii) personales

(por referirse a la situación jurídica o cualidades de los médicos); iii) sin efectos prolongados (son actos que se distinguen en la configuración de derechos, que pueden afectarse por un término máximo de cinco años); y iv) son reglados (son actos administrativos que se dictan por el contenido de la Ley 23 de 1981 y sus normas concordantes).

En el mismo sentido, las decisiones proferidas por los tribunales de ética médica tienen los efectos propios del *ius puniendi* del Estado, tema que fue ampliamente tratado en la Sentencia por parte del Consejo de Estado, a partir de la cual se anuló la destitución de Piedad Córdoba, y donde se indicó lo siguiente:

“Los actos administrativos proferidos por los titulares de la acción disciplinaria, hacen parte del ius puniendi. La función disciplinaria constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado (ius puniendi), en la vertiente denominada derecho administrativo sancionador 17, el cual se desdobra en tres modalidades: (i) Contravencional¹⁸ (ii) correccional. (iii) Disciplinaria.” (Consejo de estado, ponencia del 09 de agosto de 2016).

En definitiva, según la naturaleza de las funciones atribuidas a los tribunales de ética médica, en concordancia con el alcance de sus decisiones, que tienen incluso la potencialidad de restringir derechos y libertades, se concluye que los Tribunales son entidades con la potestad de emitir actos administrativos sancionatorios, en ejercicio del poder punitivo del Estado, sin que ello signifique que todos los actos administrativos expedidos por parte de los Tribunales tengan este alcance, es más, con la claridad de que la mayoría de decisiones de los tribunales de ética médica no lo tienen, sino que son de simple trámite o de preclusión y archivo.

2.4. Régimen de contratos en los tribunales de ética médica

Es importante indicar que el régimen de los contratos puede variar al interior de cada Seccional e inclusive respecto con el Tribunal Nacional de Ética Médica, según se pasa a explicar:

En primer lugar, respecto de la vinculación laboral al interior del tribunal de ética médica, se puede dar a través de un contrato de trabajo o un contrato por prestación de servicios, de acuerdo con la naturaleza de la actividad a realizar y, en esa medida, la relación será civil o laboral y se regirá por la normatividad respectiva.

Y, en segundo lugar, los contratos suscritos con terceros y demás gastos del ejercicio cotidiano del Tribunal se rige por las normas de derecho privado, según lo dispuesto en la normatividad civil y comercial, teniendo en consideración que la asignación de recursos y vigilancia de estos la ejerce el Departamento, por lo cual, cada Tribunal debe estar presto a rendir cuentas de su presupuesto.

2.5. Régimen de personal en los tribunales de ética médica

Entender el régimen del personal el tribunal de ética médica supone analizar su naturaleza desde el origen legal que les dio lugar. Para ello, es importante recordar que los tribunales de ética médica están conformados por: un abogado secretario, cinco magistrados, abogados, contratistas y secretarias.

Así las cosas, la naturaleza del personal que resulta importante mencionar es la de los magistrados, como autoridad encargada de la expedición de actos administrativos, cuya concepción resulta importante pues, jurisprudencialmente, se ha dado la discusión sobre si su naturaleza es de servidores públicos (en razón a su función y los tipos de actos que emiten) o si es privada (en razón a la naturaleza de los tribunales de ética médica).

Sin embargo, esta discusión quedó zanjada desde su origen legal ya que, a pesar de que la Ley 23 de 1981 no se ocupó de definir la naturaleza de los tribunales de ética médica, si determinó a partir de su artículo 73, que los cinco magistrados serían profesionales de la medicina que, no por el hecho de ejercer una función pública podían ser considerados servidores públicos.

Reiterando lo anterior, la providencia del Consejo de Estado del 05 de mayo de 2015 indicó que no solo no eran servidores públicos, sino que tampoco podían asimilarse a los jueces pues, como ya se vio, la naturaleza de sus decisiones no es judicial, sino de tipo administrativa. En palabras del Consejo de Estado:

“El artículo 73 de la Ley 23 de 1981 señala que los tribunales de ética médica cumplen una función pública pero que sus miembros son particulares y no adquieren el estatus de funcionarios públicos. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, la cual reiteró la condición de particulares de los miembros de dichos tribunales. No cabe duda que ni los tribunales de ética médica ni sus miembros forman parte de la rama judicial, así como tampoco ejercen funciones jurisdiccionales, ni siquiera de forma transitoria.”

Según lo expuesto que la naturaleza de los magistrados que componen los tribunales de ética médica -así como del resto del personal- es privada, a pesar de cumplir una función pública que, se reitera, es de tipo administrativa y no judicial.

En definitiva, no cabe duda de que ni los tribunales de ética médica ni sus miembros hacen parte de la rama judicial, ni siquiera de forma transitoria; sino que deben ser entendidos como particulares en ejercicio de una potestad disciplinaria propia de la rama ejecutiva.

2.6. Régimen del juez en los tribunales de ética médica

Respecto del régimen judicial que revisa las decisiones emitidas por los tribunales de ética médica, debe indicarse que, al ser actos administrativos, en ejercicio de la potestad disciplinaria, están sujetos a los límites legales y constitucionales, la sana crítica y racionalidad. De ahí que sea necesario evitar los excesos en la punición y que la limitación en las decisiones por ellos emitidas sea de revisión judicial, a partir de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Normativamente, el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo plantea que este Tribunal conoce, entre otros asuntos, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones en los que estén involucrados los particulares cuando ejerzan función administrativa.

En otras palabras, la función administrativa debe ser realizada acorde al ordenamiento jurídico, basándose en el principio de legalidad por lo tanto los actos administrativos deben estar sometidos a este y, en ese entendido, debe haber un control judicial de la administración en el sentido de verificar que esas decisiones que esta toma son conformes al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en Colombia hay un control interno de la administración, por cuanto, el Derecho administrativo se tiende a separar del Derecho privado, se crea con unos principios propios y se crea una jurisdicción especializada, que sería la Contenciosa.

CAPÍTULO 3. PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO EN LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia plantea que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones administrativas, lo que incluye a las actuaciones sancionatorias y, en esa misma línea el artículo tercero del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, entre un listado taxativo de principios, al debido proceso, entendiendo que todas las actuaciones administrativas se tendrían que adelantar conforme a las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

Para el caso concreto de la Ley de Ética Médica, por tratarse de un procedimiento especial, que simplemente se aproxima al genérico procedimiento descrito en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin asemejarse completamente, obliga a que cada entidad, autoridad u órgano ajuste los principios a su propio procedimiento y, con ello, se genera un gran riesgo de diluir el debido proceso entre las formas propias de cada procedimiento, flexibilizándolo y hasta haciéndolo desaparecer.

Esta última afirmación cobra especial relevancia en el caso del procedimiento establecido en la Ley 23 de 1981, no solo por tratarse un procedimiento especial, sino también por tratarse de un procedimiento sancionatorio, lo que ajusta y hace que el procedimiento administrativo sea menos obligante para este tipo de actuaciones.

En este último capítulo se pretende exponer el contexto en el que se desarrolla el debido proceso en los Tribunales de Ética Médica, a la luz de la Constitución, las leyes y la Jurisprudencia. Para ello, se tratarán los siguientes subprincipios, que hacen parte del debido proceso: Principio de legalidad, juez natural, publicidad, motivación, defensa, presunción de inocencia y *non bis in idem*

1. Principio de legalidad

El principio de legalidad haya soporte en la Constitución Política al establecer la cláusula general de reserva entendida en dos sentidos: en primer lugar, como la competencia exclusiva que asiste al legislador para determinar delitos, penas y procedimientos de investigación y juzgamiento; y en segundo término, como el conocimiento que tienen los destinatarios de la ley acerca de lo prohibido para saber lo permitido y, de acuerdo con ello, regular su propia conducta.

Este principio adquiere relevancia para determinar si el Estado reconoce y garantiza la existencia de la diversidad, el pluralismo y la disidencia, pues, no podría ser objeto de juicio de reproche lo que es la persona y solo debe sancionarse lo que la persona hace, conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Este principio cobra especial importancia en los tipos penales en blanco, que son aquellos en los que el legislador remite a otras normas para completar o precisar la conducta objeto de regulación, se requiere también la preexistencia de la norma para el reenvío. Asunto que ocurre en materia disciplinaria, donde el principio de legalidad es flexible, lo que significa que la Ley 23 de 1981 se compone de postulados generales, por tratarse de cuestiones éticas y disciplinarias y debe remitirse a otras normas del ordenamiento jurídico, para encontrar fundamento y sentido a sus propios postulados.

Así las cosas, la legalidad en derecho sancionatorio está dada por la adecuación típica que se somete a los principios de respeto a las formas de cada juicio y especialidad, lo que significa que para el análisis de cada caso concreto es preciso determinar si se cumple el factor de sustancialidad de la ilicitud.

La anterior afirmación guarda sustento en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que dispuso que *“la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*, que va en concordancia con la *teoría de móviles y finalidades* del acto administrativo dispuesta en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, según la cual, el fundamento de los actos administrativos debe adecuarse a los fines de las normas que los autorizan y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Este último punto resulta especialmente complicado de verificar en el caso de los Tribunales de Ética Médica, por cuanto, en principio, la mera infracción al deber objetivo de cuidado genera un juicio de reproche. No obstante, la Corte Constitucional, ha sido reiterativa en indicar que, en virtud de los principios constitucionales, enmarcados en el Estado Social de Derecho, la autoridad administrativa no debe sancionar aquellas faltas a la ética médica que sean meramente formales o irrelevantes para el Derecho mismo.

En palabras de la Corte Constitucional:

“La ilicitud sustancial supone que la infracción debe tener la importancia suficiente que logre alterar la buena marcha de la administración en su sentido teleológico, esto es, atendiendo a la finalidad del deber. Como consecuencia de este dogma producto de la consagración legal, no basta la mera conducta contraria al deber para estructurar la falta disciplinaria, pues el contenido del ilícito disciplinario exige entonces también dilucidar la funcionalidad del deber.

Así es como la conducta que es objeto de reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. De ello se deriva el derecho disciplinario como juicio ético-jurídico de reproche, una valoración de «lo bueno» o «lo correcto» desde una perspectiva jurídica, perspectiva esta que se impone como mandato general de cómo ejecutar el deber y aceptada como válida por los servidores públicos porque con ella se logra el funcionamiento esperado de la Administración Pública.”
(Corte Constitucional de Colombia, sentencia c-252 de 2003).

En consecuencia, resulta complicado determinar los límites al deber de cuidado y, en consecuencia, fijar unos mínimos que permitan definir cuándo se está en presencia de hechos relevantes para la ética médica, y parece contradictorio afirmar que se protege el deber objetivo de cuidado y, a la vez, informar que no toda infracción a ese deber es constitutiva de análisis o sanción.

2. Principio de funcionario competente

El principio que en materia judicial se conoce como “juez competente” en Derecho Administrativo se conoce como “funcionario competente”.

Así las cosas, este concepto, lleva a pensar en la Constitución, las leyes y los manuales de funciones contentivos de los deberes limitados, sujetos a lo dispuesto por el resto del ordenamiento y acordes a la naturaleza propia de la entidad.

Bajo ese entendido, para los Tribunales de Ética Médica, el principio de “funcionario competente” adquiere relevancia a partir de los artículos 62 y siguientes de la Ley 23 de 1981, por cuanto, serían las encargadas de dar competencia a los Magistrados del Tribunal de Ética Médica, como los que tramitan y llevan a su finalidad cada uno de los actos administrativos que definen la situación de los médicos investigados respecto de los que surgen las distintas quejas.

Entre el articulado, se definen, en un principio, los requisitos para ser magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica, en el siguiente entendido:

“ARTÍCULO 63. – Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en al capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios éticoprofesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.”

ARTÍCULO 64. – El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representante de las facultades de medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.

(...)

ARTÍCULO 65. – Para ser miembro del Tribunal Nacional de Ética Médica se refiere:

- a. Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.*
- b. Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a quince años o haber desempeñado la cátedra universitaria en facultades de medicina legalmente reconocidas por el Estado por lo menos durante cinco años”.*

Y, posteriormente, se pasan a enumerar las cualidades propias de los magistrados de los Tribunales seccionales de Ética Médica, así:

“ARTÍCULO 68. – El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina 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, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número con el lleno de la calidad que más adelante se señale.

ARTÍCULO 69. Para ser miembro del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:

- a. Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.*
- b. 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 legalmente reconocidas por el Estado.*

ARTÍCULO 70. – Los miembros de los Tribunales Seccionales de Ética Médica serán nombrados para un período de dos años pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante la primera autoridad política del lugar, o ante aquella en quien ésta delegare la facultad de adelantar la diligencia.”

Según lo expuesto, se tiene que la competencia asignada a los miembros de los tribunales de ética médica, allí denominados como Magistrados, es de origen legal y permite poner en cabeza de los profesionales en la medicina que ostenten esa

posición la facultad y responsabilidad de valorar y juzgar las acciones de sus colegas, por contar con experiencia e idoneidad.

Se observa que, para el caso de los Magistrados de los Tribunales de Ética Médica la forma como se les imponen ciertos deberes está limitada a lo dispuesto en la Ley 23 de 1981, reglamentado por el Decreto 780 de 2016, lo que está acorde a la naturaleza de la entidad, del cargo y de las decisiones que allí se toman, de donde se deduce la existencia de las obligaciones de los miembros de los Tribunales de Ética Médica.

Finalmente, es preciso indicar que, si bien los miembros de los tribunales tienen un carácter particular, por ejercer las funciones públicas recién transcritas están sujetos a un orden superior y, en definitiva, actuar contrario a este orden se configura en una violación de prohibición del numeral segundo del artículo 35 del Código Único Disciplinario, que los hace sujetos disciplinables por parte de la Procuraduría General de la Nación.

3. Publicidad de las decisiones

El principio de publicidad se constituye como otro de los pilares esenciales del debido proceso y fundamento de la función administrativa por concretar la notificación de las notificaciones, lo que conlleva al derecho a ser informado de las actuaciones administrativas que, para el caso de los Tribunales de Ética Médica definen la situación jurídica de los médicos en lo que tiene que ver con sus antecedentes disciplinarios por el ejercicio de su profesión.

Las notificaciones de los actos administrativos consisten en:

“Dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, a excepción de los casos en los cuales la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a

reserva legal” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-012 de 2013).

Así las cosas, en Derecho Administrativo se tiene la obligación de notificar los actos administrativos una vez existen o nacen a la vida jurídica, para efectos de que sean oponibles y ejecutoriados, según lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política, que prescribe que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en el principio de publicidad.

Sobre el principio de publicidad de los actos administrativos, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“Los actos administrativos, por disposición del legislador, admiten dos formas concretas de publicidad, su publicación en el diario oficial, gaceta o cualquier otro medio oficial de divulgación, si se trata de contenidos abstractos u objetivos, esto es impersonales, y la notificación, si se trata de contenidos subjetivos y concretos que afectan a un individuo en particular, o a varios, identificables y determinables como tales, lo anterior por cuanto la publicidad se ha establecido como una garantía jurídica con la cual se pretende proteger a los administrados, brindándoles a éstos certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que emanan de su expedición. En cuanto a los actos administrativos subjetivos, cuya acción de nulidad tenga caducidad, ellos deberán ser debidamente publicitados.”

En el caso bajo estudio, por tratarse de actos administrativos sancionatorios de carácter particular, los actos administrativos emitidos por los Tribunales de Ética Médica están sujetos a nulidad por falta de competencia (temporal o territorial) o por vulneración de alguno de los preceptos constitucionales, según considere el particular afectado por la decisión.

Ahora bien, el mismo artículo 209 constitucional obliga a que la Administración o, como en este caso, quienes cumplen funciones inherentes de la Administración, pongan las decisiones en conocimiento de los destinatarios del acto administrativo,

más cuando se da en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y se trata de sanciones que afectan la situación jurídica del administrado.

4. Principio de motivación

Cuando se piensa en el deber de motivar los actos administrativos, automáticamente se piensa en el ejercicio de las potestades unilaterales de la administración y en los actos administrativos como decisiones racionalmente justificadas.

Motivar, como la misma palabra lo indica es explicar la causa que ha motivado la expedición del acto administrativo y debe plasmarse expresamente, toda vez que el acto administrativo debe contener todos aquellos supuestos fácticos o jurídicos que estimularon la manifestación unilateral de la Administración, es decir, las circunstancias de hecho o de derecho que llevaron a la expedición de ese acto administrativo.

Cuando la Administración plasma su voluntad en los actos administrativos, puede hacerlo a partir de una potestad discrecional (circunstancia que la Administración analiza para decidir si aplica, o no, cierto acto administrativo) o por una potestad reglada (Ante la actuación de un supuesto de hecho contrario a la norma, la Administración deberá aplicar una norma predeterminada en el Ordenamiento Jurídico).

Para el caso de los Tribunales de Ética Médica las decisiones plasmadas en los actos administrativos son meramente discrecionales y responden a la experiencia y al ejercicio de la profesión del Magistrado instructor del proceso, quien dirige todo su conocimiento a la valoración de la profesión de la medicina.

Ahora bien, la importancia de la motivación de los actos administrativos ha sido descrita por distintos doctrinantes en el siguiente entendido:

“Motivo; del concepto de causa del derecho privado no puede aplicarse exactamente a los actos administrativos, porque en derecho privado se trata generalmente de convenciones libremente pactadas por las partes,

mientras que, en derecho administrativo, generalmente se trata de actos unilaterales, que emanan de una sola voluntad, la de la Administración. Pero la Administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y derecho que corresponda. En las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tener en cuenta las circunstancias, los fines propios del servicio a su cargo, y que la medida sea proporcionada a los hechos que la determinan. Las circunstancias de hecho y de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo, constituyen el motivo de dicho, y su inexistencia conduce a las figuras de la desviación de poder y a la falsa motivación.” (Diccionario Jurídico, 1971, pp.105-106.)

Por su parte, el estudioso Galindo Vacha (2006), ha analizado a ese respecto:

“El principio que informa la actividad de la Administración es el legal, como quiera que son las disposiciones jurídicas, los valores y el interés general los que condicionan su actuar, por lo que su voluntad estará siempre dirigida por éstos; simplemente para determinar la razón de ser de su actuación, tendrán que examinarse las circunstancias fácticas y de derecho, que constituyen los motivos.

(...)

“En síntesis, la causa de los actos administrativos está constituida por las circunstancias de hecho y de derecho que conducen a la administración pública a determinada actuación, esto es su motivación, que se expresará en las ocasiones previstas por la ley, en el cuerpo mismo de los actos administrativos.”

En ese sentido, la motivación fáctica-jurídica de las decisiones toca, indudablemente con las situaciones sometidas al análisis de los distintos operadores judiciales y administrativos, que deben estar acorde a su experiencia, capacitación y conocimiento, a través del ejercicio de la sana crítica.

Bajo ese entendido, una falsa motivación de un acto administrativo expedido por los Tribunales de Ética Médica se daría en aquellos casos en que se afecta el elemento causal de los actos, no hay una relación entre los supuestos fácticos y bioéticos, son contrarios a la realidad o no se alcanza un estándar de prueba que permita definir si se archiva, precluye o formulan cargos en una investigación.

Por lo tanto, la motivación en la actuación disciplinaria resulta válida y eficaz cuando cumple con todos los requisitos formales y sustanciales, se hace el ejercicio probatorio e investigativo pertinente para, en últimas, adecuar las conductas de los médicos investigados a los cánones disciplinarios de prohibición, valorando los eximentes de responsabilidad y especificando el interés jurídico del que se pretende protección.

5. Principio *non bis in idem*

El artículo 11 del Código Único Disciplinario permite concebir la materialización del principio conocido como el *non bis in idem*, que se traduce en la imposibilidad de juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho y, en esa medida, el operador disciplinario debe observar los principios constitucionales que le brindan seguridad jurídica al procesado, en doble vía: como garantía material, según la cual, no se puede imponer una sanción por hechos que ya han sido juzgados; al igual como garantía procesal, frente a la imposibilidad de iniciar una actuación cuando los hechos ya han sido objeto de investigación y decisión.

Lo anterior, de conformidad con lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia c-478 de 2007, en donde se dispuso que:

“El principio del non bis in idem tiene el carácter de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, y con él se busca “evitar que las personas sean sometidas por el Estado a permanentes y sucesivas investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento, colocándolas en estado de absoluta indefensión y de continua ansiedad e inseguridad”.

Bajo la óptica de esta última providencia, queda claro que el fundamento del *non bis in ídem* se sustenta no solo en el juzgamiento, sino también en la seguridad jurídica y la justicia material, como reflejos del principio de cosa juzgada, según el cual, las decisiones judiciales plenamente ejecutoriadas adquieren un carácter definitivo e inmutable.

Una vez hecha la claridad acerca del principio y su relación con otros elementos constitutivos del debido proceso, es preciso hacer referencia al alcance que, jurisprudencialmente se ha hecho al mismo, por cuanto, a pesar de que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han dedicado esfuerzo para atender a las incertidumbres que rodean las garantías en materia sancionatoria, todavía persisten debates y dilemas respecto de la aplicabilidad y alcance material del *non bis in ídem*.

Ocurre entonces que, en jurisprudencia reiterada se ha echado mano a la distinción entre *circunstancia fáctica* y *hecho sancionable*. Así, en sentencia de constitucionalidad 870 de 2002, a partir de la cual se discutía la constitucionalidad del artículo 87 de la Constitución, se hizo la siguiente claridad: El *non bis in ídem* trata de un mismo hecho sancionable, más no de una misma circunstancia fáctica, es decir, si la persona despliega una conducta, ésta puede conllevar a distintas consecuencias jurídicas y ser objeto de reproche por distintas autoridades sancionatorias, sin que con ello implique una vulneración del principio constitucional.

Tomando esa premisa como punto de partida, los Altos Tribunales han reiterado que los tres elementos idénticos en la circunstancia fáctica que configura el *non bis in ídem* son: la identidad del sujeto (actor), la identidad del objeto (mismo hecho) y la identidad de la causa (motivo de iniciación del proceso).

Sin embargo, desde el momento mismo en que se hace un análisis a estos elementos comienzan a presentarse dificultades respecto de la prohibición al doble juzgamiento y alcance real del artículo 29 de la Constitución en lo atinente a la relación existente entre las Procuradurías y los distintos Tribunales de Ética Profesional.

Esta última afirmación -epicentro de este escrito- surge, a partir de las contradicciones insuperables que se generan entre lo dicho por la Corte Constitucional y la práctica de los organismos de control, según se pasa a explicar brevemente:

En primer lugar, debe recordarse el artículo 11 del Código Único Disciplinario, brevemente explicado algunos párrafos previos, que indica expresamente que *“el destinatario de la ley disciplinaria (...) no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho”*.

En igual sentido, la Corte ha sido clara en distinguir los tipos de sanciones en seis categorías, a saber: i) derecho penal delictivo, ii) derecho contravencional, iii) derecho disciplinario, iv) derecho correccional, v) derecho de punición por indignidad política y vi) régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores. Sin embargo, y como ya se vio, dicha categorización se da con ocasión de distinguir el motivo de iniciación del proceso, siendo este uno de los elementos necesarios para la aplicabilidad de este principio. Y, en consecuencia, no podrían utilizarse diversos mecanismos de la misma naturaleza para juzgar una circunstancia fáctica con identidad de materia.

FUNDAMENTO NORMATIVO	PRIMERA PREMISA
El destinatario de la ley disciplinaria no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho.	Hay seis tipos de sanciones: i) derecho penal delictivo, ii) derecho contravencional, iii) <u>derecho disciplinario</u> , iv) derecho correccional, v) derecho de punición por indignidad política y vi) <u>régimen jurídico especial ético-disciplinario</u>
SEGUNDA PREMISA	CONCLUSIÓN
La diferencia de motivos de iniciación del proceso es uno de los elementos necesarios para salvaguardar el principio <i>non bis in ídem</i> .	Las sanciones disciplinarias guardan la misma naturaleza, por lo cual, no podrían utilizarse varios mecanismos de esta naturaleza para valorar un cumplimiento o incumplimiento del deber profesional y funcional, cuando confluyan en una misma circunstancia fáctica.

En consecuencia, una lectura juiciosa a los fallos de la Corte Constitucional da cuenta que aún está sin resolverse de fondo la diferenciación entre la valoración a una conducta a partir del régimen disciplinario respecto de los regímenes ético-disciplinarios que regulan, especialmente, a los profesionales de diversas áreas. Asunto que toma mayor fuerza, cuando el ejercicio de la labor diaria exige la plena correspondencia entre los deberes como funcionario público y los deberes enmarcados en el ejercicio profesional.

Se resalta entonces que, jurisprudencialmente, el motivo de iniciación del proceso es un elemento fundamental para valorar la vulneración, o no, al *non bis in ídem* y que, es precisamente, el objeto de este escrito abrir el debate acerca de su ejecutoriedad cuando un servidor público también tiene otras calidades profesionales susceptibles de sanción, lo que convertiría la sanción disciplinaria en un hecho reprochable por las diversas calidades del autor y no por el acto en sí mismo.

6. Derecho de defensa

En la sentencia C-131 de 2002, la Corte Constitucional resolvió declarar exequible una expresión del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que establecía que la defensa técnica del implicado en un proceso de responsabilidad fiscal era facultativa,⁶ bajo el entendido de que el artículo 29 de la Constitución no ordena la defensa técnica en procesos que no son de naturaleza penal. Lo cual fue reiterado en la sentencia C-328 de 2003, así:

“(...) la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad

⁶ Los enunciados acusados en dicha ocasión son los subrayados a continuación. “**Artículo 42 de la Ley 610 de 2000. Garantía De Defensa Del Implicado.** Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.”

permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano (...). Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado (...).”

En pronunciamiento más reciente del Consejo de Estado (2017), con ponencia de César Palomino Cortés, se sostuvo que:

“(...) tratándose del derecho disciplinario esta Corporación ha sostenido que el derecho a la defensa técnica se circunscribe al ámbito penal, por tanto, no constituye un requisito indispensable en el desarrollo del proceso disciplinario, donde el encartado puede ejercer su defensa. En este orden de ideas, no constituye una causal de nulidad la circunstancia de que el investigado no hubiese tenido defensa técnica, ya que si bien el numeral 2 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prevé el derecho del investigado a nombrar un defensor, el disciplinado puede ejercer directamente su defensa.”

Así pues, considerando la jurisprudencia enunciada, se podría concluir que en el ámbito disciplinario no es mandatorio la presencia de un abogado que represente los intereses del investigado, según la libertad de configuración del legislador puesto que no lo exige como un requisito de validez del proceso, y más aun considerando lo regulado en el artículo 77 de la Ley 23 de 1981.

No obstante, el Tribunal Nacional de Ética Médica, señaló lo contrario en la Gaceta 62-2018 en el proceso con radicado 2543-14, argumentó lo siguiente:

“(...) Efectivamente en el artículo 29 de la Carta vigente se consagra el debido proceso y ello se hace de manera imperativa, en cuanto en referencia al mismo, el Constituyente dispuso que el mismo se “aplicará” a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es absolutamente claro que frente a una ley pre-constitucional, que concebía el derecho a la defensa como un derecho de ejercicio potestativo y una nueva codificación constitucional que la concibe como un derecho de ejercicio imperativo, por aquella concepción de la primacía constitucional de manera necesaria habrá de aplicarse el precepto constitucional de mayor jerarquía valorativa.” (Páginas 6 a 9, 11, 21 y 22 de la Providencia 62-2018).

Es claro que, para el Tribunal Nacional de Ética Médica la protección del derecho al debido proceso implica que el médico investigado dentro del proceso disciplinario cuente con una defensa técnica, debido a la interpretación *pro persona*, en concordancia con el derecho de defensa contenido en el artículo 29 constitucional.

Por otra parte, en los literales d) y e) del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se entiende, que ser asistido por un defensor es una de las garantías mínimas que debe ser acogida en cualquier proceso penal. Lo cual se lee textualmente así:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (...)"

De la lectura del citado artículo se podría concluir que, las garantías judiciales, incluido el derecho a una defensa técnica, es una garantía propia del proceso penal, tal como lo han decantado las altas cortes colombianas. Sin embargo, acogiendo una interpretación sistemática del conglomerado normativo y doctrinario interamericano de derechos humanos, se halla en reciente pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gustavo Petro vs Colombia que, las garantías judiciales determinadas en el artículo octavo convencional, no se limitan únicamente a los procesos penales, sino que deben aplicarse a todos los procesos que, aunque sean de otra naturaleza, se caracterizan por ser sancionatorios. Esto en virtud de la garantía del derecho de defensa y como límite a la potestad sancionatoria estatal en sus facultades de limitar los derechos de los ciudadanos. Esta posición fue reiterada por el mismo órgano en la solicitud de Opinión Consultiva N° 26, en la que resaltó que existen unas garantías mínimas que deben aplicarse en los procesos atendiendo a su naturaleza y alcance, aunque se traten de procesos sancionatorios no penales.

En igual sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Maldonado vs Guatemala, en el que recalcó que, el derecho disciplinario es un conjunto normativo que determina un estándar de conductas que deben asumir los destinatarios de determinada profesión o cargo para ejercer sus funciones, en esta medida, a aquel que se aparte de dicho estándar, se le reprochará su actuar, teniendo

el Estado la potestad de sancionar acorde a lo establecido en la Ley; lo cual sitúa al derecho disciplinario como parte del derecho sancionador, y en esta medida:

“(...) el derecho disciplinario es una especie de derecho punitivo que se acerca a las previsiones del derecho penal y por ello “las garantías sustanciales y procesales del derecho sancionatorio más general –el derecho penal– son aplicables mutatis mutandis al derecho disciplinario, (...) en atención a que ambos emplean las sanciones como principal mecanismo de coerción”

Incluso, en el mismo pronunciamiento, entiende que dichas garantías se extienden a los procesos civiles, laborales y administrativos, siendo por ello, inconvencional no extenderlo al ámbito disciplinario.

Así pues, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos extiende las garantías mínimas al ámbito disciplinario, incluyendo en ella, el derecho a la defensa técnica, terminando con ello, la discusión acerca de si en el proceso disciplinario es, al igual que en el proceso penal, obligatoria la presencia de una defensa letrada que acompañe al investigado a lo largo del mismo.

En consecuencia, pese a que, en el ámbito disciplinario no es mandatorio la presencia de un abogado, atendiendo al tenor literal del artículo 77 de la Ley 23 de 1981, no resulta convencional interpretar esta disposición de manera aislada, sino a la luz del derecho de defensa contenido en el artículo 29 constitucional, aplicando la jurisprudencia interamericana y la del Tribunal Nacional de Ética Médica señaladas anteriormente.

7. Principio de presunción de inocencia

Para el caso de los procesos disciplinarios deberá solicitarse el archivo o la preclusión de un proceso cuando no sea posible desvirtuar la presunción de inocencia que cobija al investigado. Esta causal ha tenido desarrollo jurisprudencial y frente a ella se sostiene que:

“(...) cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- el Ente Acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación exhaustiva y que a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y su correlato, el in dubio pro reo (...)

Significa lo anterior que en etapa de indagación o de instrucción, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, no se pueda afirmar con probabilidad de verdad que el hecho delictivo existió o que el implicado es su autor o partícipe. En consecuencia, si evaluada la indagación o la investigación no se alcanza el estándar de conocimiento necesario para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por la causal sexta, dado que es constitucionalmente inadmisibles, mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para acusar o para precluir por una causal diversa a la enlistada en el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004». (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 20 de octubre de 2015).

De igual forma la Sala Penal en auto del cinco de octubre de 2010 explicó:

“En este punto cabe aclarar, que el in dubio pro reo se constituye en un argumento válido y pertinente para efectos de demostrar la concurrencia de la causal de preclusión contenida en el numeral 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, cuya certeza sobre su configuración exige acreditar que: (i) los elementos de convicción hallados no permiten sustentar la acusación -situación entre la que se cuenta, por ejemplo, la imposibilidad de superar el estadio de la duda- y (ii) no es posible obtener otros medios de conocimiento que puedan eventualmente cumplir esa función, o que “ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 5 de octubre de 2016).

Bajo ese entendido, el principio de presunción de inocencia se emplea como estándar de suficiencia fijado por el legislador, estándar que se alcanza cuando existen elementos materiales probatorios de los cuales se infiere con probabilidad de verdad la existencia de un hecho sancionable atribuible al investigado y no como regla de valoración judicial que ordena que en caso de duda se falle a favor del investigado.

En otras palabras, el investigado se encuentra amparado por el principio de la presunción de inocencia, mismo que impone la carga de la prueba al ente investigador; el cual, una vez practicadas las pruebas decretadas, debe determinar el grado de convicción de las mismas, y en caso de tener dudas, deberá apegarse al principio del *in dubio pro reo*.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que:

“(...) el principio del “in dubio pro reo” hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente”.

Así mismo, la Corte Constitucional, haciendo extensible este principio al proceso disciplinario, en la sentencia C-244 de 1996 manifestó:

“Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado”.

Ahora bien, el principio general de derecho denominado *in dubio pro reo* de amplia utilización en materia delictiva, y que se venía aplicando en el proceso disciplinario por analogía, ha dado lugar al *in dubio pro disciplinado*.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia 2013-01217, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, indicó que:

“el principio general de derecho denominado "in dubio pro reo" de amplia utilización en materia delictiva, y que se venía aplicando en el proceso disciplinario por analogía, llevó al legislador a consagrar en la disposición que hoy se acusa, el in dubio pro disciplinado, según el cual, toda duda que se presente en el adelantamiento de procesos de esta índole, debe resolverse en favor del disciplinado. El "in dubio pro disciplinado", al igual que el "in dubio pro reo" emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado”.

(...)

“En suma, hasta tanto no exista una prueba fehaciente que conmine la inocencia del implicado, tal beneficio debe resolverse en su favor, o dicho de otro modo, si dentro de un proceso disciplinario las pruebas recaudas son insuficientes para sancionar al investigado, la aplicación de este principio deberá prevalecer”.

En consecuencia, para el caso concreto de los procesos disciplinarios adelantados en los tribunales de ética médica se requiere alcanzar un estándar de certeza para formular cargos al médico investigado pues, en caso de no hacerlo, deberá archivarse o precluirse la investigación en favor del médico disciplinado.

CONCLUSIONES

Del anterior trabajo investigativo se puede concluir lo siguiente:

- Los Tribunales de Ética Médica son una manifestación de la huida del Derecho en la Medicina, por cuanto, funciones propias del *ius puniendi* del Estado pasó a estar en cabeza de particulares donde el legislador, a partir de la Ley 23 de 1981 le dio prevalencia al conocimiento técnico de los médicos, sobre el conocimiento jurídico de los abogados, por cuanto, los actos administrativos son expedidos por profesionales en la medicina.
 - La medicina se instituye como una ciencia globalizada, cuya fuente de conocimiento se denomina *literatura médica*, lo que hace que esté supeditada a mandatos de origen global, que la hacen una ciencia universal, ya no sometida únicamente a los postulados y protocolos internacionales, sino a las actualizaciones y constantes investigaciones que se deriven a nivel mundial.
 - La naturaleza de los Tribunales de Ética Médica se divide de la siguiente manera: i) Naturaleza jurídica: privado; ii) Régimen de los actos: Administrativo; iii) Régimen de los contratos: De derecho público y privado; iv) Régimen del personal: Privado y v) Juez: Contencioso administrativo.
 - Según el artículo 29 de la Constitución Nacional, el debido proceso se aplica a actuaciones judiciales y administrativas, que perfectamente se ajusta a los casos de los Tribunales de Ética Médica, por tratarse de un proceso ético-disciplinario que se adelanta a los profesionales de la medicina.
 - Entre los subprincipios que hacen parte del debido proceso en materia ético-profesional de la medicina, se encuentran los siguientes: Principio de legalidad, juez natural, publicidad, motivación, defensa, presunción de inocencia y *non bis in idem*.

REFERENCIAS

DOCTRINA

Álvarez, Enrique. El mundo jurídico imposible (un análisis para el método de la Historia del Derecho). En: Anuario de Historia del Derecho Español, No. 69, 1999, pp. 657.

Álvarez-Patiño, L. A. (2019). Función administrativa por particulares. Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10495/12003>

Auto de marzo 9 de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Diccionario Jurídico. Evolución Jurisprudencial del Consejo de Estado 1958-1981. Tomo I. Págs. 105-106.

Del Saz, Cordero Silvia. Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional. En: Revista de Administración Pública. Núm. 133. Enero-abril 1994.

Deleuze, G. (1989). Lógica del sentido. Barcelona: Editorial Anagrama.

Flechas Serna, C., & Merizalde Arico, C. (2013, January 28). *Análisis jurisprudencial: La ética médica en la jurisprudencia de la corte constitucional*. Universidad de la Sabana. Recuperado de <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5403>

Forero, E. Ética y Legislación en Medicina, Tercera edición, Impresión Gente Nueva Editorial, Bogotá 2003 pág. 73-74.

Generalidades de medicina legal. In: Hernández Ordóñez M. eds. Fundamentos de medicina legal New York, NY: McGraw-Hill; 2014. Recuperado de:

<http://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2358/content.aspx?bookid=1446§ionid=100085446>.

Guzmán, F, Franco, E, Morales de Barrios, M. C., Vega, J.M. (1994). El acto médico. Implicaciones éticas y legales. *Acta Médica Colombiana* 19 (3). Recuperado de http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf

López-Zamora, S. A. (2015). La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y responsabilidad penal. *Principia Iuris*, (21). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/926/901>

Muñoz Agredo, M. F. (2007). De los tribunales de ética médica y seguridad jurídica. *Revista Centro de Estudios En Salud*, 1(8), 150–170. <https://doi.org/10.13140/RG.2.1.2365.3602>

North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México, México: fondo de cultura económica.

Procuraduría General de la Nación, sala disciplinaria. Bogotá D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012). Aprobado en Acta de Sala n°. 35. Radicación No161 - 5161 (IUC 020 – 156291 – 2007). Disciplinado: my Oscar Javier Ruiz Negrete. Cargo y Entidad Hospital Central de la Policía. Quejoso Jairo León Rueda. Asunto Apelación Fallo Sancionatorio. P.D. Ponente: Dr. Juan Carlos Novoa Buendía.

Sassen, S. (2010) *Estado, soberanía y globalización: Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas*. Bogotá: Siglo del Hombre. Pp. 103 – 138.

Serpa Florez, R. (1997). tribunales de ética médica el Juicio Ético-Disciplinario. *Revista Temas Socio-Jurídicos*, 33. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rtemscj33&id=57&div=9&collection=journals>

Suárez Tamayo, D (1999). Ley 489 de 1998: No necesitamos más leyes, necesitamos mejores leyes. *Revista Letras Jurídicas EEP de Medellín*. Vol. 4, N°1, marzo de 1999.

Suárez Tamayo, D. (2017). Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pp. 79-104.

Suárez Tamayo, D, Posada Puerta, M. F, & Mejía Londoño, P. (2012). Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de los tribunales de ética profesional. *Opinión Jurídica*, 11(21), 39–56. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94524419003>

Suárez Tamayo, D., Mejía Londoño, P., & Restrepo Gómez, L. (2014). Procedimientos administrativos sancionatorios Inventario normativo y de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. *Opinión Jurídica*, 13(25). Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/866>

Teubner, G. (2010) Estado, soberanía y globalización: Regímenes globales Bogotá: Siglo del Hombre. Pp. 65 – 102.

Ortega Moreno, A. M. (2014). *Estudio comparado de los regímenes disciplinarios de médicos y abogados*. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/3056/4/Estudio-comparado-regimenes-disciplinarios-de-médicos-y-abogados.pdf>

NORMATIVIDAD

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Senado de la República (Año XIII- No. 115). Gaceta a015-1980. Miércoles, 10 de diciembre de 1980.

Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Febrero 18 de 1981. DO. 35.711 del 27 de febrero de 1981.

JURISPRUDENCIA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014a). Resolución 5/2014. Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia. Medida cautelar No. 314-13. 18 de marzo de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-012 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo; enero 10 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-031 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; enero 27 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara; mayo 6 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178 de 1997. (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; abril 10 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-252 de 2006 (M.P. Jorge Arango Mejía; febrero 26 de 1997)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-259 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara; junio 15 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-386 de 1996. (M. P. Alejandro Martínez Caballero; agosto 22 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-470 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; junio 14 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-478 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; junio 13 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-597 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; octubre 21 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-606 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón; diciembre 14 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-620 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; junio 25 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-964 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; diciembre 1 de 1999).

Consejo de Estado. Radicado número: 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08). (C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero). 17 de agosto de 2011.

Consejo de Estado. Radicado número: 11001-03-06-000-2010-00077-00(2016). (C. P.: William Zambrano Cetina) octubre 21 de 2010.

Consejo de Estado. Radicado número 11001-03-25-000-2011-00316-00 (C.P. William Hernández Gómez (E); agosto 09 de 2016).

GACETA CLXXI. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Ref.: Expediente número 898. Normas demandadas: Artículos 28, Parágrafo 32, 37, 57, 59, 60, Título III, Capítulos I, II y III de la Ley 23 de 1981. Actor: Carlos Alberto Jaramillo Villegas. magistrado ponente: doctor Luis Carlos Sáchica. Sentencia número 4. Bogotá, D. E., 31 de marzo de 1982.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 20 de octubre de 2015, radicado 42949, número de providencia AP6363-2015.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 5 de octubre de 2016, radicado 45851, número de providencia AP6930-2016.