

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD
MEDICA Y ODONTOLOGICA EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI DE LOS AÑOS 2003 AL 2012**



**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
FACULTAD DE SALUD
MAESTRIA EN DERECHO MEDICO**

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN
LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD ODONTOLOGICA EN EL
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA DE LOS AÑOS 2005 AL 2013**

IVONNE LEDY ADAMS SUAREZ

**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
FACULTAD DE SALUD
MAESTRIA EN DERECHO MEDICO
SANTIAGO DE CALI, 2016**

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MEDICA Y ODONTOLOGICA EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI DE LOS AÑOS 2003 AL 2012

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN
LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD ODONTOLOGICA EN EL
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA DE LOS AÑOS 2005 AL 2013**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho Médico**

Presentado por:

IVONNE LEDY ADAMS SUAREZ

Santiago de Cali, 2016

Nota de Aceptación

Aprobado por el Comité de Grado, en cumplimiento de los requisitos exigidos por la universidad Santiago de Cali, para optar al título de Magíster en derecho médico.

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Santiago de Cali, marzo de 2016.

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD
MEDICA Y ODONTOLOGICA EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI DE LOS AÑOS 2003 AL 2012**

Dedicatoria

A Dios principalmente, por darme salud, inteligencia y la sabiduría necesaria para poder dejar mis conocimientos en este trabajo de grado.

A mis padres, por estar siempre a mi lado, por darme las herramientas necesarias para desarrollarme como persona y el apoyo incondicional que me han dado para siempre seguir adelante.

Agradecimientos

Me siento agradecido con Dios por darme la vida, por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

Le doy gracias a mis padres por apoyarme en todo momento, por los valores que me han inculcado, y por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación en el transcurso de mi vida.

Tabla de Contenido

Tabla de Contenido	6
Lista de Tablas	10
Introducción	12
Capítulo I	13
El problema	13
1.1. Planteamiento del problema	13
1.1.1. Formulación del problema	15
1.1.2. Sistematización del problema jurídico	15
Capítulo II	16
Objetivos	16
2.1. Objetivo general	16
2.2. Objetivos específicos	16
Capítulo III	17
Justificación	17
Capítulo IV	19
Marco de referencia	19
4.1. Estado del arte	19
4.2. Marco teórico	28
Capítulo V	37
La responsabilidad odontológica	37
5.1. La responsabilidad jurídica	38
5.2. Responsabilidad penal	39
5.3. Responsabilidad civil	39
5.3.1.1. El contrato.	40

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD
MÉDICA Y ODONTOLÓGICA EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI DE LOS AÑOS 2003 AL 2012**

5.3.1.2. Típica.	44
5.3.1.3. Antijurídica.	44
5.3.1.4. La imprudencia.	46
5.3.1.5. Negligencia.	46
5.3.1.6. Impericia.	46
5.3.1.7. Iatrogenia.	46
5.3.1.8. Mala praxis.	46
5.3.1.9. Daño derivado de la anestesia.	47
5.3.1.10. Daño derivado de la colocación de prótesis dental.	47
5.3.1.11. Daño causado por partes colocadas en cavidad bucal.	47
5.3.1.12. Daño causado a partes de la cavidad bucal.	47
5.3.1.13. Daño originado por los instrumentos que emplea.	47
5.3.1.14. Daño producido por el contagio de enfermedades.	48
5.3.1.15. Violación de los reglamentos.	48
Capítulo VI	50
Moral y ética odontológica	50
6.1. La moral odontológica	50
6.2. Ética odontológica	51
6.3. Esterilización.	54
6.4. El principio de beneficencia.	56
6.5. Principio de no maleficencia.	56
6.6. Principio de autonomía.	56
6.7. Principio de justicia.	57
6.8. Código de ética del odontólogo	57
Capítulo VII	70

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD
MEDICA Y ODONTOLOGICA EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI DE LOS AÑOS 2003 AL 2012**

La falla en el servicio	70
7.1. Prueba de la falla	73
7.2. Falla presunta	73
7.3. Carga dinámica de la prueba	75
Capítulo VIII	78
La prestación de los servicios odontológicos hoy	78
Capítulo IX	87
Análisis de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad odontológica	87
9.1. Responsabilidad por el ejercicio de la odontología en Colombia	88
9.2. Consentimiento informado	89
9.3. Importancia probatoria de las historias clínicas	91
9.4. Carga dinámica de la prueba	92
Capítulo X	114
Consecuencias jurídicas procesales debido a la alteración de la carga probatoria sin previo aviso, en los procesos de responsabilidad odontológica	114
Capitulo XI	123
Momento procesal oportuno para que el juez de conocimiento informe a las partes de la alteración de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad odontológica	123
11.1. Sentencia C-202/05	123
11.2. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia	126
11.3. Intervención del ciudadano Pablo Felipe Robledo del Castillo	127
11.4. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal	128
11.4.1. Competencia.	129
11.4.2. Problema jurídico planteado.	129
11.5. Examen de los cargos formulados	129
11.6 La carga dinámica de la prueba, origen y evolución en Colombia en los procesos de responsabilidad odontológica	136

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACION A LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD
MEDICA Y ODONTOLOGICA EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI DE LOS AÑOS 2003 AL 2012**

11.7. Decaimiento de la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal aplicable a la exclusión de la carga probatoria dinámica en los procesos de responsabilidad odontológica	140
11.8. Críticas a los motivos excluyentes de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad odontológica	147
Capítulo XII	153
Conclusiones	153
Referencias Bibliográficas	159

Lista de Tablas

Pág.

Tabla 1. Estimación de la demanda de odontólogos en Colombia.....	79
---	----

Lista de Figuras

Pág.

Figura 1. Evolución porcentual de desempleo de odontólogos según escenario 2005-202080

Introducción

Atendiendo que el factor probatorio es sumamente relevante e incidente para que el Juez profiera la respectiva sentencia; en tratándose de procesos de responsabilidad odontológica como quiera que la carga probatoria ha sido invertida de tal forma que no es el demandante quien debe demostrar lo que pretende, sino, que es el demandado a quien le corresponde su defensa a través de las pruebas, se inicia el presente proyecto de grado, con el propósito de analizar si se está garantizando efectivamente el derecho de defensa y contradicción del odontólogo como sujeto pasivo en este tipo de demandas. Pues el Juez debe fallar en todo caso, no sólo cuando haya lagunas en la norma, sino también cuando falten elementos necesarios para su convicción.

Por ello, para una efectiva distribución de justicia, las pruebas deben servir de sustento a la providencia proferida por el Juez, respetando el principio de legalidad y cumpliendo con las ritualidades exigidas por la ley procesal civil, en aras de garantizar los Derechos consagrados en nuestra carta política. Además, porque el material probatorio debe generar en el fallador la convicción sobre la existencia de un hecho con fundamento en las comprobaciones objetivas y no en apreciaciones subjetivas, razón por la cual, este tema es de gran interés tanto para odontólogos como para abogados, pues la inversión de la carga probatoria no debe ser una causal para presentar demandas temerarias contra el profesional de la salud, sino para descubrir la verdad a fin de respetar y conservar el derecho a la vida, la salud y la dignidad humana.

El presente trabajo de grado, es un análisis de los efectos jurídicos que soporta el odontólogo-demandado con ocasión de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad odontológica en Santiago de Cali, en los años 2005 al 2013.

Capítulo I

El problema

1.1. Planteamiento del problema

Las normas que regulan la carga de la prueba, (Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 Código Civil) desempeñan la función principal de señalar las consecuencias de la falta de la prueba, sin embargo cuando el hecho no ha sido probado surge la cuestión acerca de quién se verá perjudicado por esta circunstancia y, por consiguiente, quién debió haber probado el hecho para evitar la sentencia adversa.

Dentro de un proceso las partes apuntaladas en el tradicional *onus probandi* pueden asumir una actitud procesal pasiva en materia probatoria, actitud que puede obedecer a una estrategia jurídica, bajo la creencia que al uno o al otro le corresponde la prueba de la culpa sea porque se tiene la ventaja de una presunción –por antonomasia las actividades peligrosas- ora porque las obligaciones adquiridas son de medio o de resultado, entre otros ejemplos. (MUÑOZ, Sabate Luis. “La Técnica Probatoria”. Documento (en línea). Recuperado el 08/09/2012. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/60306448/TECNICA-PROBATORIA-LUIS-MUNOZ-SABATE>).

Ahora bien, dadas las particularidades fácticas de un caso, la relación jurídica procesal se torna tan compleja que la mayoría de veces es difícil saber quién debe probar que hecho relevante para la decisión del asunto, siendo así que cuando al respecto no hay claridad las partes quedan sometidas, inadvertidamente, al juicio que en tal sentido haga el fallador, juicio que por supuesto sólo se lleva a cabo en la sentencia. La dificultad atrás descrita de estirpe netamente procesal, en los últimos años ha encontrado un reiterado escenario: los procesos de responsabilidad médica. (RESTREPO, 2005).

De una exhaustiva revisión de la doctrina y la jurisprudencia tanto patria como foránea se han identificado una serie de construcciones teóricas y conceptuales cuyo propósito confeso no

es otro que restablecer el equilibrio perdido en un proceso tan complejo como en el que se involucra la medicina, donde el grado de conocimiento técnico científico respecto a los actos odontológicos escapa al común de los abogados, jueces y ni que decir de los afectados, víctimas y pacientes; proceso que de guiarse bajo las reglas tradicionales de la carga de la prueba, pone en desventaja al actor al dificultársele poder endilgarle responsabilidad a los odontólogos, es decir, que no se esconda tras su conocimiento ergo, un proceso de esta naturaleza bajo una distribución de la carga de la prueba tradicional no conduciría al triunfo de la verdad a propósito de aquellos que creen que el proceso persigue la verdad verdadera- sino de la ignorancia. (FERNÁNDEZ, Entralgo. “RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. LA LEX ARTIS. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES”. Documento (en línea). Recuperado el 08/09/2012. Disponible en: www.riaj.com/portal/index.php?option=com_docman).

Pero el afán de reequilibrar las cargas procesales a favor de la parte actora ha ocasionado una vulneración de mayor entidad en la estructura del proceso, entiéndase el proceso verbal y no el ordinario dadas las reformas introducidas por la ley 1395 de 2010, mismo y consecuentemente en detrimento de garantías fundamentales como lo es el debido proceso y el derecho de defensa. Derecho éstos que se vulneran a la parte demanda servicios odontológicos, odontólogos, clínicas, entre otros, cuando el juzgador sin previo aviso y ya en el fallo aplicando las consecuencias de la carga de la prueba como regla de decisión ante la falta de pruebas de un hecho o varios, ora constitutivos o extintivos, hace recaer sobre la parte pasiva de la relación jurídica procesal la culpa en aplicación de una presunción disimulada o establece el nexo causal igualmente acudiendo a una presunción invocando en la sentencia figuras tales como: la pérdida de la oportunidad, la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, la prueba prima facie. (La doctrina Española llama a las tres reglas anteriores como criterios correctores de la rigidez de la carga de la prueba. Ver ww.indret.com/ Álvaro Luna Yerga, Regulación de la Carga de la Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil), teoría dinámica de la prueba, la inversión de la carga de la prueba y la doctrina del daño desproporcionado. (PONCE, Malaver Moisés. “Responsabilidad Médica”. Director de la División Central de exámenes Médico Legales. Documento (en línea). Recuperado el 08/09/2012. Disponible en: <http://geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>).

En este orden de ideas, como ya se habrá advertido, el problema no es que se recurran a teorías y construcciones doctrinarias en aras de sortear obstáculos de tipo probatorio y de paso efectivizar el principio de igualdad procesal, sino que se sorprenda a las partes y en especial a los odontólogos- con una alteración de la carga de la prueba que no se esperaba, pues ello es manifiestamente inconstitucional por vulnerar los derechos fundamentales a lo que atrás me he referido.

1.1.1. Formulación del problema

¿Qué efectos jurídicos soporta el odontólogo demandado con ocasión de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad odontológica en el departamento del valle, en el período 2005 - 2013?

1.1.2. Sistematización del problema jurídico

¿En los proceso de responsabilidad odontológica, puede el juez de la causa alterar las cargas probatorias sin previo aviso al momento de dictar su fallo?

¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas procesales de la alteración de las cargas probatorias sin previo aviso?

¿Cuál sería entonces el momento procesal oportuno para que el juez informe de la alteración de la carga probatoria?

Capítulo II

Objetivos

2.1. Objetivo general

Evaluar de qué forma la carga probatoria afecta al odontólogo-demandado en los procesos de responsabilidad odontológica.

2.2. Objetivos específicos

Analizar si es procedente que el Juez de la causa utilice discrecionalmente el mecanismo de alteración de la carga probatoria sin previo aviso, al momento de dictar su fallo.

Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas procesales debido a la alteración de la carga probatoria sin previo aviso.

Establecer el momento procesal oportuno para que el Juez de conocimiento informe a las partes de la alteración de la carga probatoria.

Capítulo III

Justificación

Con el presente trabajo se trata de generar la inquietud en la sociedad, si realmente la alteración de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad odontológica, la cual corresponde hoy día al demandado- es respetuosa de los derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa, o si por el contrario ésta afecta los derechos del demandado, en el entendido de que más de las veces, éste se ve sorprendido al ignorar lo que debe probar.

Los distintos mecanismos y teorías que alteran la carga probatoria se establecieron principalmente con la finalidad de equilibrar la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica, en razón a lo técnico del asunto y a que se consideró y entendió que el paciente es la parte débil de la relación médico paciente, eso por un lado; y por otro, porque se ha aceptado que es el médico quien tiene una mayor facilidad de probar que obró conforme a los códigos de conducta y ética profesional o mejor, de acuerdo a la Lex Artis. Sin embargo, tal inversión probatoria, hoy por hoy, conlleva a que se afecte en cierto modo el derecho de defensa del odontólogo, puesto que no son muy claras las reglas del juego, en el decreto y la práctica de pruebas.

La ley 35 de 1989, en odontología, promulgaron en nuestro país códigos de ética profesional que consagran deberes para el ejercicio de tales disciplinas, al tiempo que establecen el funcionamiento de tribunales para el conocimiento de los procesos por su violación. Los sujetos pasivos de la acción ético disciplinaria son personas naturales que posean título profesional, razón por la cual no es de competencia de dichos tribunales la investigación de las instituciones como tales, ni tampoco el ejercicio ilegal de una profesión. La acción ético disciplinaria prescribe en cinco años y existe una remisión expresa al Código de Procedimiento Penal para complementar la ritualidad del proceso ético, al que son aplicables las normas que no contraríen su naturaleza, haciendo claridad en cuanto a que no sería procedente la constitución de parte civil en el proceso ético.

La Medicina no es una ciencia exacta, existiendo una obligación de medios o actividad por parte de los profesionales sanitarios, que no de resultado, salvo determinados supuestos como en la cirugía satisfactiva, en los que si se exige jurisprudencialmente dicho resultado.

A modo de ejemplo citaremos la cirugía estética, vasectomía-ligadura de trompas, Odontología, algunos procedimientos oftalmológicos que se equiparan a un contrato de obra (Arts. 1544 en relación 1583 C. Civil), y si el resultado no ha sido correcto y conforme a lo solicitado, forzosamente se verán obligados a indemnizar al perjudicado, existiendo un aumento considerable de reclamaciones en dichas especialidades en los últimos tiempos.

En caso de obligación de resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en casos como: La sentencia de 28 de junio de 1999 que ya contempla el caso de un tratamiento odontológico, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda.

Esta presunta afectación al derecho de defensa y contradicción, es el pilar de este proyecto de investigación, para establecer si la alteración de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad médica, es vulnerable de este derecho fundamental y en qué momento se incurre en él como tal.

Aunado a ello, la alteración de la carga probatoria de desarrollo doctrinario y jurisprudencial, implica un desajuste en la estructura del proceso como método, en el entendido de que la parte a la cual le corresponde la carga probatoria, no allegue una prueba que pueda inferir el sentido del fallo a proferir.

Capítulo IV

Marco de referencia

4.1. Estado del arte

La carga procesal es una relación jurídica que se debe catalogar como la facultad o poder que tiene el sujeto, de ejecutar libremente el acto objeto de ella para su propio beneficio, “en efecto, esas normas legales autorizan a una parte para solicitarle al juez que ordene a la otra esas conductas o permiten al juez decretarlas de oficio, pero no otorgan el derecho a que el citado sea obligado a comparecer y declarar, de manera que este pueda escoger libremente el no hacerlo, sometiéndose a las consecuencias adversas previstas en las mismas normas...” (HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil* 2da Edición, Temis, Pág 11).

Conforme lo planteado por la jurisprudencia y doctrina, se establece que en las obligaciones de medio, le corresponde al acreedor (el paciente), demostrar la negligencia del profesional médico y/o de la institución donde se le prestó el servicio; mientras que cuando se trate de una obligación de resultado le corresponderá al profesional y a la institución demostrar que fueron cuidadosos y prudentes al momentos de cumplir su labor, pero que por circunstancias ajenas a su voluntad no se logró el resultado que se esperaba. (GARCÍA, Huayama Juan Carlos. *Responsabilidad civil de los Odontólogos*”. Documento (en línea). Recuperado el 09/09/2012. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista021/responsabilidad%20civil%20de%20los%20medicos.pdf>).

Para respaldar lo anterior, se transcribe un aparte de la Sentencia del Consejo de Estado de Agosto 13 de 1992, MP DANIEL SUAREZ HERNANDEZ:

“Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera, Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992). Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández. Referencia: Expediente No 7274 Actor: Gloria Villamizar Callejas.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1o. de noviembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda”.

“...Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica a quienes son expertos en la misma y sobre todo a quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado (...) Bajo el anterior entendimiento, al actor le corresponde probar de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico, y de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que éste último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza se tornan difíciles de probar.”

“...Así, por ejemplo, en la medida en que la ciencia médica haya progresado de tal manera que los exámenes de laboratorio no ofrezcan riesgo de error, contra el médico pesará una obligación de resultado y, en consecuencia, el paciente no deberá probar su culpa, y al médico sólo lo libera la prueba de una causa extraña. En cambio, si la ciencia médica no ha podido eliminar los riesgos de error en la elaboración o interpretación de exámenes de laboratorio, entonces el médico sólo es responsable en la medida en que se pruebe una culpa de su parte”. (TAMAYO JARAMILLO, 2007).

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, se puede interpretar que es al demandante a quien le corresponde probar, pues en principio, es él quien acude a la justicia para la protección de un derecho que considera vulnerado por parte del demandado. Sin embargo, en el ámbito médico, atendiendo la mala praxis del profesional, la Jurisprudencia y Doctrina ha establecido que la carga probatoria se debe invertir, pues haciendo un paralelo con el artículo en comento, se observa que se le impondría a la víctima -quien para el caso de responsabilidad odontológica es el afectado- que demuestre la negligencia del profesional en odontología, el daño antijurídico y su nexos causal (Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil Colombiano).

Ahora, desde la perspectiva de la inversión de la carga, se deduce que para el médico le es menos dispendioso demostrar que: (TAPIA, RODRÍGUEZ, 2003).

Actuó conforme a las reglas de la ética médica, con todo el profesionalismo que requiere el procedimiento.

Explicar detalladamente el procedimiento que se siguió, es decir, si se realizaron oportunamente la toma de muestras, exámenes y/o análisis; como también su diligencia y cuidado.

Mostrar que los eventos surgidos con posterioridad al procedimiento se deben a situaciones ajenas a su voluntad.

Presentar criterios científicos que demuestren y den certeza que lo ocurrido no ha sido por negligencia suya o de su equipo médico.

Explicar con un lenguaje corriente y entendible a cualquier persona.

Para reforzar lo anterior, se trae a colación el siguiente criterio: “La prueba de la culpa del médico, como una condición necesaria para establecer la responsabilidad profesional, es una carga que puede resultar muy difícil para el demandante, ya se trate del paciente, víctima, o de sus familiares, que en más de las veces genera impunidad en materia civil, pues el paciente se encuentra limitado para determinar probatoriamente lo que sucedió en desarrollo de la atención o de la intervención de que fue objeto, pues por regla general es lego en estas materias, por tanto, desconoce el diagnóstico y el tratamiento para recibir, adopta una actitud pasiva en la relación médico-paciente, y si se trata de intervención quirúrgica, las más de las veces está anestesiado o inconsciente. De esta manera que exigirle al paciente, en esas circunstancias, que pruebe la culpa del médico, como una condición sine qua non para que se declare la responsabilidad patrimonial, es tanto como negarle el derecho a la reparación de los perjuicios de los que ha sido víctima, pues convierte este derecho en ilusorio, que si bien formalmente existe, en la práctica se hace imposible de materializar, pues el demandante poco o nada puede hacer para demostrar la conducta médica seguida, más aún cuando las “pruebas reinas” en esta materia son elaboradas por los mismos odontólogos...” (SERRANO, Escobar Luis Guillermo. “Nuevos Conceptos de Responsabilidad médica, Bogotá D. C., Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Pág 241).

En la evolución jurisprudencial (Corte constitucional. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), MP, Ruth Stella Correa Palcio).

Sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial se exigía al actor, en sus inicios, aportar la prueba de la culpa para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y no de resultado, por lo tanto de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la culpa del odontólogo, sin embargo, en la década anterior, siguiendo de cerca la doctrina argentina y española, se introdujeron algunas construcciones conceptuales, en especial en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con el objeto de morigerar la carga de la

prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

La Ley 35 de 1989, sobre ética del odontólogo colombiano define que el odontólogo está obligado a mantener una conducta pública y privada ceñida a los más elevados preceptos de la moral universal; debe colaborar en la preparación de futuras generaciones en instituciones docentes aprobadas por el Estado, estimulando el amor a la ciencia y a la profesión, difundiendo sin restricciones el resultado de sus experiencias y apoyando a los que se inicien en su carrera.

Que el odontólogo debe, en caso de que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la odontología o a regentar cátedra en las mismas, se someterá a las normas legales o reglamentarias sobre la materia así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional;

Que el odontólogo debe en su vinculación a las actividades docentes implica una responsabilidad mayor ante la sociedad y la profesión. La observancia meticulosa de los principios éticos que rigen su vida privada y profesional y sus relaciones con otros odontólogos, profesores y estudiantes deben servir de modelo y estímulo a las nuevas promociones universitarias;

Que el odontólogo no podrá atender ningún paciente que por su estado de salud, peligre su vida, salvo previa autorización escrita de sus familiares y/o el médico tratante.

Que el odontólogo no fijará honorarios que establezcan competencia con sus colegas, ni aceptará o dará comisiones por remisión de pacientes.

Que el odontólogo debe informar, por escrito, al Tribunal Seccional de Ética Profesional, de cualquier acto que vaya contra la moral y la ética profesional, cometido por algún colega.

En el trabajo de (HINESTROSA FORERO Fernando), se define que “Queda pues el juez limitado a dirimir la controversia estrictamente a lo que las partes le soliciten, debiendo en todo caso y, por razones de interés público, adoptar decisiones ex officio en los eventos en que la ley así se lo imponga, como en los siguientes casos” y se cita muy específicamente lo que a éste Tesis se refiere y es particular al sunto de “...g) Cuando deba utilizarse como prueba, el juramento estimatorio, y la parte contra quien se dirige el reclamo objeta la cuantía estimada, si bien es cierto que la carga probatoria radica en la parte que estimó la cuantía, de llegarse a demostrar que la suma a la cual tiene derecho es superior a la que estimó, el juez condenará al pago de la suma demostrada. Es decir, que en la hipótesis expuesta, el juez podrá condenar a suma superior a la que se estimó, siendo una decisión ultra petita que se autoriza en el inciso quinto del artículo 206 del Código General del Proceso. Lo anterior para consagrar reglas de equidad y de igualdad, puesto que la Ley 1395 del año 2010 introdujo una sanción para la parte que estima bajo juramento la cuantía de los perjuicios, compensaciones, mejoras o frutos, si llegare a exceder su reclamo en la proporción señalada en la ley, pero no consagró consecuencias adversas para el caso de que la contraparte objete y su objeción resulte infundada. El Código General del Proceso opta por aplicar consecuencias adversas para la parte que objeta, si a la postre, el reclamante tenía derecho a la solicitud invocada, pero resultó corto en su estimación, pues gracias a la objeción se pudo comprobar que la cuantía es mayor a la que pidió en la estimación. Así entonces, en el nuevo estatuto procedimental se reflejan consecuencias adversas, bien para la parte que estima en forma exagerada, o bien para la parte que objeta en ejercicio de su derecho de contradicción de la prueba, y su objeción resultó infundada, siendo tal consecuencia la de imponer multa a la parte que reclama el perjuicio, en beneficio de la otra parte, siempre que aquella se exceda en el 50% entre la cantidad estimada y la que resulte probada, o por el contrario, la parte que objetó será condenada a pagar al reclamante de los perjuicios, una suma incluso superior a la que fue estimada, siempre que las pruebas así lo demuestren. “Así como también que la teoría dinámica aplica como una regla sucedánea a la clásica distribución de la carga probatoria que establece, en materia de obligaciones el artículo

1757 del Código Civil, y que consagra el inciso inicial del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el cual es acogido en el artículo 167 del Código General del Proceso.

La regla tradicional de distribución de carga probatoria es adoptada con una visión individualista, en donde cada parte prueba los hechos que le interesen, no obstante, se ha evidenciado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, una evolución en la atribución de la carga de prueba, para que de acuerdo a la experiencia en cada asunto, el juez asigne la carga a la parte a quien le resulte más fácil la demostración de los hechos independientemente de quien los manifestó, bajo criterios de solidaridad, de cooperación y de buena fe.

Aligerado el rigor de la carga probatoria para el consumidor queda simplemente un problema de dinámica de la carga, y de modulación judicial, lo cual se encuentra totalmente reglado con el artículo 167 del Código General del Proceso, que contiene:

“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá distribuir la carga al momento de decretar las pruebas o durante su práctica, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o circunstancias de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares” (Artículo 167 del Código General del Proceso).

Es de anotar que en el caso del principio de precaución, constituye una cautela para prevenir los daños irreparables al medio ambiente y a la vida, como consecuencia de una

actividad humana que amenace sus derechos, por tanto, no hay que esperar que los daños se causen, conociendo de antemano la probabilidad que efectivamente pueda ocurrir una situación dañosa e irreparable, la carga de la prueba la debe tener a quien le sea más fácil acreditar esos hechos, ya que por tener un alto contenido científico, la carga probatoria recae en la parte que posee, por su idoneidad, esos conocimientos especializados.

Este es uno de los problemas centrales en la aplicación del Principio de Precaución dentro de los procesos judiciales.

La doctrinante argentina ADRIANA BESTANI DE SAGUIR, en un trabajo de investigación, sobre el principio de precaución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, encontró que en unos casos se consideró la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, veamos:

“La crítica de Peyrano, entre otras cosas, se centra en que el juez ambiental tiene numerosas facultades, entre ellas la de la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el área del Principio de Precaución. Siendo así, le resulta claro que se flexibilice el criterio para considerar suficientemente clara la demanda y no considerar procedente el defecto legal. Aquí, entonces, el Principio de Precaución, si bien no por sí sólo sino en el contexto del caso y en conjunción con otros principios que tienen que ver sobre todo con el proceso especial instrumentado por la LGA..., tiene el efecto de la inversión de la carga de la prueba.”

Obsérvese que en este aparte se plantea la posibilidad de utilizar en casos donde se discute la aplicación del principio de precaución la doctrina de las cargas probatorias dinámicas con el efecto de la inversión de la carga de la prueba, como en este caso analizado, con la consecuencia de radicarla en cabeza del demandado.

Por otra parte, en el marco de la diferenciación entre el Principio de Precaución y la acción declarativa de certeza, la posición de una de las sentencias analizadas por ella, dice que aquél es “un principio jurídico de derecho sustantivo” (mientras que aquélla es “una regla de derecho procesal”), de tal modo que, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. Que “el principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados” (Artículo publicado en Internet, autora: Adriana Bestani de Saguir, título: El principio de precaución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Obsérvese que sí bien ellos le dan la calidad de principio jurídico de derecho sustantivo al principio de precaución para la toma de decisiones precautorias, no dejan soslayar la importancia de la regulación procesal en el sentido que deben respetarse los principios adjetivos.

El tratadista Argentino Ricardo Lorenzetti, señala que el principio de precaución responde a la siguiente pregunta: dada la incerteza científica sobre la peligrosidad ambiental de una actividad, ¿quién tiene la carga de probar su ofensividad o inofensividad? ¿El proponente del proyecto o el órgano público? La prueba de un hecho es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio.

En virtud del principio precautorio, la carga probatoria se invierte. Por esta razón se adjudica la carga de la prueba a quien propone la actividad potencialmente dañosa, a quien se beneficia con ella, o a quien ha tenido acceso a la información.

4.2. Marco teórico

“El proceso no es una institución autorreferente, con fines que se agotan en sí mismos, sino que por el contrario, reviste una naturaleza instrumental respecto de los objetivos del sistema jurídico, que están plasmados (al menos, muchos de ellos) de modo más directo en las normas sustanciales. Un ordenamiento procesal puede ser muy seguro, o muy previsible y también muy disfuncional” (ACCIARRI, Hugo; “Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales”, L.L. 2001-B, 663 y ss.)

“... puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas, que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se ha olvidado” (Puig Brutau, José, "Introducción al derecho civil"; Ed Bosch, Barcelona, 1981, cit. por Morello, Augusto M., "La Prueba. Modernas tendencias", ed. Platense, La Plata, 1991, pág. 81).

“La realidad -como la vida- no está trazada de una vez y para siempre ni de manera uniforme. El querer abrazar a todos los casos y manejarlos en rígidas reglas se ve que es imposible y si se fuerza a ello, esa compleja realidad se vengará de las doctrinas y de las normas. Ninguna de ellas, por lo demás, es el final del camino” (Morello, Augusto Mario; “Distribución de la carga de probar y flexibilización de los principios procesales”, L.L. 2000-F-1362 y ss.).

La teoría de las “Cargas Probatorias Dinámicas” no se compatibiliza con el ordenamiento procesal ni con el paradigma constitucional. La auto-atribución judicial de flexibilizar la carga de la prueba en los casos de mala praxis médica ha merecido en determinada doctrina una clara desaprobación científica y normativa. Este trabajo de investigación acompañará con la crítica a estos juristas adunando nuevos argumentos, visualizando otras problemáticas y demostrando diferentes alternativas interpretativas, jerárquicamente coherentes con el orden jurídico. Efectivamente, la dificultad probatoria que se denuncia en los casos de mala praxis debiera

sortearse con una propuesta sustancial para mantener el incondicional apego a las garantías constitucionales. Por eso proponemos que la parte que asume la carga de probar debe ser aquella que afirma un hecho anormal o extraordinario. Vale decir, debe recaer sobre aquél cuya conducta rompe con el nexo causal de “normalidad” y no, como se sostiene, sobre quien se encuentra en “mejores condiciones de probar”. Esta modalidad de imposición de prueba responde a un “decisionismo judicial” que no se funda en norma jurídica válida y vigente alguna. El fin no justifica los medios. Probar hechos por quien imperativamente no debe hacerlo no justifica el avasallamiento a derechos constitucionales (ALVARADO VELLOSO, 2007).

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, puesta en relieve en nuestro continente por el maestro PEYRANO, en coautoría con CHIAPPINI, a partir del año 1984 (LINARES AVILEZ, Daniel. “Reflexiones sobre la prueba dinámica”. Artículo publicado en la Portada de Linares abogados. Disponible en: http://www.linaresabogados.com.pe/LinaresAbogados_Reflexionesobrepruebadinamica.pdf), actualmente viene ganando reconocimiento en la legislación procesal comparada, luego de haber experimentado un robustecimiento en el plano jurisprudencial igualmente comparado. Así, es grato tener a la vista la sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de nuestro país (ver anexo), resolución que acogiendo la indicada doctrina, seguramente, forma parte de esa experiencia de fortalecimiento que, en un futuro no muy lejano, también permitirá innovar nuestra legislación acorde con la tendencia internacional. Dicho sea, de paso, que, son varias las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales del país, en el mismo sentido (QUIROGA LEÓN, Aníbal. Estudios de Derecho Procesal. IDEMSA. ISBN: 978-603-45039-9-1.lima, 2008, pp. 103).

A continuación, las particularidades de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas a la actualidad.

Iniciado el proceso civil en virtud de impulso original nacido en el interés en el conflicto (que dio lugar al interés en el proceso), surgen para las partes, correlativamente, los deberes y

obligaciones, como imperativos jurídicos al lado de las cargas del proceso. El profesor Quiroga (QUIROGA LEÓN, Aníbal. Estudios de Derecho Procesal. IDEMSA. ISBN: 978-603-45039-9-1.) dice que, por las cargas del proceso, las partes se encuentran en una situación de necesidad de llevar adelante determinado acto procesal para evitar la realización de un perjuicio procesal en caso de incumplimiento. Citando a MICHELI (Lima, 2008, pp. 103), nos dice que la carga representa la consecuencia dañosa, a cargo del sujeto, en dependencia de un comportamiento que el sujeto es libre de seguir o no; pues la carga agota su función en la determinación psicológica al obrar. Si no se satisface la carga, la parte interesada incurre en desventaja en favor de su oponente.

Por su lado, DEVIS ECHANDIA (Citado por BOTTO OAKLEY, Hugo. La congruencia procesal. M.E.L. Editor. ISBN 987-1261-19-5.), define la carga señalando: “En consecuencia, podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”.

La carga de la prueba forma parte de las cargas del proceso. Resalta BOTTO OAKLEY (Córdoba, Argentina, 2006, pp. 207-208), que, el desarrollo doctrinal del concepto de carga de la prueba, se debe principalmente a los trabajos de GOLDSCHMIDT, ROSEMBERG y CARNELUTTI, quienes sentaron las bases fundamentales de la llamada doctrina de la carga en general y de la carga de la prueba en particular.

Definiendo, a la carga de la prueba, DEVIS ECHANDIA (Citado por BOTTO OAKLEY, Hugo.

La congruencia procesal. M.E.L. Editor. ISBN 987-1261-19-5) sintetiza: “...es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben

fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”.

Históricamente la institución de la carga de la prueba ha sido sostenida por el principio, según el cual, al actor le corresponde probar los hechos constitutivos que afirma y al demandado los hechos impositivos, extintivos y/o modificativos que opone.

Sin embargo, tal como hemos señalado en la introducción, existe una tendencia de innovación caracterizada por una flexibilización de esas reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, bajo la influencia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

En palabras de AVENDAÑO (Córdoba, Argentina, 2006, pp. 210-221), por las cargas probatorias dinámicas, se trata de trasladar la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se halla la parte para acreditar la realidad de los mismos, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para demostrarlos. Es decir, se trata de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o de hecho para producirla. Todo ello en pos de la búsqueda de la verdad.

Para dicho autor (Citado por BOTTO OAKLEY en la obra ya referida y en las mismas páginas), el origen de esta teoría data del año 1823 (afirmación discrepante respecto de los autores que sostienen que esta teoría tiene su origen en la República Argentina); y, habría sido expuesta por el destacado jurista y pensador inglés Jeremías BENTHAM (conocido como el padre del utilitarismo). Este autor habría denunciado el abuso que tiene lugar por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda, y habría propuesto que la carga pesara sobre quien esté en mejores condiciones de probar. Para fundamentar su aseveración reproduce esta cita textual de BENTHAM:

“Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. (...) Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma, tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas (AVENDAÑO LEYTON, Ignacio. “Cargas Probatorias Dinámicas en el Proyecto del Código Procesal Civil”. Ensayo publicado en el portal LexWeb – La ley en internet, de Chile, con fecha 13/08/2012. Disponible en: <http://www.lexweb.cl/cargas-probatorias-dinamicas-en-el-proyecto-del-cpc>).

Las reformas procesales como las que vienen implementándose en el país (y, por cierto, en otros países, desde mucho antes) responden en mayor o menor medida a materializaciones más o menos puras de concepciones que del proceso en general se han defendido, y que luego, especialmente desde la segunda mitad del siglo XIX, se han traducido en marcas (positivas y negativas) en la concreta configuración de los diversos principios, reglas e institutos que sirven en su estructuración.

En efecto, y simplificando al máximo la explicación circunscribiéndola sólo a lo necesario para la contextualización de lo que puede servir para entender el apogeo de la fórmula de las cargas probatorias dinámicas, en el abordaje de las visiones que en torno al proceso se sostienen se ha coincidido en destacar la existencia de dos grandes concepciones que han estado permanentemente luchando dogmática, ideológica y normativamente por la hegemonía. Una es la concepción liberal, la otra la concepción publicista (AVENDAÑO LEYTON, Ignacio. “Cargas Probatorias Dinámicas en el Proyecto del Código Procesal).

La primera, llevada hasta las últimas consecuencias, y desde la reivindicación del principio dispositivo y del respeto a las garantías procesales, especialmente la imparcialidad del tribunal (Caso “Pinheiro, Ana María y otro con Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”, importó fundamentalmente la inadmisión de matizaciones en la afirmación de que las partes son dueñas del proceso, lo que desde luego implicó una concepción que terminó exagerando las limitaciones que debían consagrarse en la actuación de los jueces más allá de lo que resulta ser razonable con el desarrollo adecuado del proceso. Así, por ejemplo, y considerando que bastaba con las ansias de justicia de las partes como motor natural del proceso, se asume que el juez no debiera estar autorizado para hacer avanzar de oficio el procedimiento, estando privado no sólo de poderes materiales que ligan con el fondo de la controversia que deben resolver, sino que también se le priva de poderes procesales vinculados a la dirección e impulso del procedimiento que le permitirían adoptar de oficio todas las medidas que considere pertinentes para el válido, eficaz y pronto desarrollo del procedimiento, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas al estado de poder pronunciar la sentencia.

La segunda, postulando la necesidad de escapar de los problemas y deficiencias de la concepción liberal, incurrió en el mismo defecto de la exageración dogmática y normativa llegando a levantar modelos procesales con postulados ideológicos que coincidían en la consideración del proceso como un mal social, la desconfianza en las partes y el reforzamiento del protagonismo y poderes de dirección formal y material de los jueces que son llamados a encabezar, como representantes de un Estado que abandona su tradicional posición de pasividad, un modelo procesal que persiga establecer la verdad como condición para resultado justo, lo que a partir de Klein y su ZPO de 1895 viene siendo conocido como proceso social que, con el atractivo eslogan de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional en la sociedad moderna, hizo fama y sumó adeptos gracias a la constante y amplia difusión realizada por parte de la doctrina procesal durante todo el siglo pasado e incluso el actual (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 10 diciembre de 1997). La evolución experimentada por los modelos procesales concretos en diversos países, europeos primero, latinoamericanos después, evidencia una progresiva instalación de un modelo de enjuiciamiento que apuesta por un cambio de paradigma que va de la mano de la presencia y participación activa del juez (Montero Aroca,

J., "Las concepciones garantista y autoritaria del proceso civil en el siglo XX". Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, pp. 223 y ss. En: http://egacal.educativa.com/upload/Q2009_MonteroJuan.pdf), a lo que se suma con destacado énfasis el predominio del principio de cooperación eficiente de las partes con el juez y del juez con las partes, interacción y dinámica colaborativa que identificaría la estructuración de un modelo procesal sustancialmente dirigido a producir una sentencia justa (Monteleone, G., "L'imparzialità del giudice e la prova nel processo", Rivista Il Giusto processo civile, vol. II, 2012, pp. 323 y ss.).

Destacándose esta perspectiva, se ha señalado que una de las contribuciones más importantes de Klein en el tema de la adquisición del material de prueba y la fijación de los hechos siempre en la búsqueda de la justa decisión de la controversia, está referida especialmente al desarrollo del deber de cooperación de las partes del proceso y su obligación de información recíproca, lo que incide en la dimensión ética del comportamiento de las partes y del proceso mismo (Gozáñi, O., "El neoprocesalismo", Revista Iberoamericana de Derecho procesal, Año VI, Núm. 9, 2006, pp. 227 y ss. [Links]; González Álvarez, R., Neoprocesalismo: teoría del proceso civil eficaz, Ed. Ara, Lima, 2013). En este esquema la colaboración, la buena fe y lealtad procesal, la moralización del proceso (Hazard, G.; Dondi, A. Etiche della professione legale, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 98) y el llamado solidarismo toman la palabra buscando dejar atrás la idea del proceso como una contienda entre partes parciales enfrentadas ante un tercero imparcial, y en el afán de la búsqueda de la verdad objetiva impone la redefinición del principio de buena fe procesal para dar lugar a un deber de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, incluyendo deberes asistenciales del juez, y los deberes de veracidad e integridad de las partes (Peyrano, J., "El cambio de paradigmas en materia procesal civil", en Peyrano, J. (Dir.), Principios procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos aires, Tomo I, 2012, pp. 131 y ss.).

Esta tendencia publicista ha sido exitosa y productiva en los textos, pero no ha logrado traducirse en un salto cualitativo en la superación de la crisis de la Justicia en la realidad de los sistemas procesales que han aplicado disciplinadamente su fórmula. Basta con constatar la

situación en la actualidad de muchos países, especialmente de nuestra Región, que siguen padeciendo una crisis de la calidad y eficiencia de la Justicia a pesar de la influencia clara y predominante de la concepción publicista del proceso (Trocker, N., "La concezione del processo di Franz Klein e Tattuale evoluzione del diritto processuale civile europeo", Rivista Il Giustoprocesso civile, vol. I, 2012, pp. 55 y ss.).

Tampoco se trata de reivindicar la fórmula de la pasividad judicial absoluta, neoliberal, inmovilista, o retrógrada, como se han preocupado de difundir torcidamente varios autores interesados en llevar sus particulares concepciones hasta las últimas consecuencias, vinculándolas, por cierto, al progresismo y modernidad procesales que tendrían, en esta línea, una única vía de desarrollo posible. Es que somos de la opinión que desde hace tiempo que las diferencias de planteamiento que puedan existir en torno a las concepciones de modelos procesales más o menos abiertos a un rol protagonista de los jueces no pueden simplificarse en un modo que muchas veces pierde de vista la realidad de las concretas regulaciones procesales que recogen un reforzamiento de este rol, ignora interesadamente (ya que así sale más sencillo descartar las posiciones contrarias) que en la actualidad ya nadie controvierte seriamente la necesidad de dotar a los jueces de mayores poderes que resultan perfectamente atendibles como cuando se trata de los poderes de dirección formal o procesal, y peor aún, olvida que el propósito de las reformas procesales debe estar siempre centrado en la mejora efectiva de la Administración de Justicia a partir del diseño de sistemas procesales que no sólo sean nuevos, sino viables y mejores abundando los planteamientos reformistas realizados en abstracto y desde arriba (desde el olimpo personal como ilustrativamente dice De la Oliva).

Por todo lo señalado, y sin perjuicio de destacar la superioridad de los modelos predominantemente adversariales que permiten una mejor Justicia (Cappelletti, M., "Le grandi tendenze evolutive del proceso civile nel diritto comparato", en Cappelletti, M., *Processo e ideologie*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1969, pp. 169), bien regulados desde luego, y con las dosis necesarias y razonables de actuación judicial, pero dónde sean las partes y sus abogados quienes deban asumir la responsabilidad central de ingresar y controlar la información que servirá de

sustento a la sentencia, es que nos parece a esta altura más razonable dejar de lado estos enfrentamientos ideológicos y hasta políticos que, en buena medida, han desatendido la prudencia de partir por considerar aspectos tan básicos como importantes, vinculados sobre todo al factor humano que tiene a su cargo el funcionamiento del sistema, lo que debe siempre incluir a los jueces y también a los abogados, la conveniencia de poner de relieve la relevancia de una mayor responsabilidad en los intervinientes y la necesidad de una mayor modestia epistemológica a la hora de definir la distribución de roles entre las partes y el juez (Montero Aroca, J. "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal", en Montero Aroca, J., *Proceso civil e ideología*, Ed. Metropolitana, Santiago, pp. 315 y 316).

Capítulo V

La responsabilidad odontológica

En la antigüedad existían penas severas para los cirujanos que por mala praxis o impericia produjeran daño grave en el cuerpo del paciente, es así como en el año 1726 a.C., el Código Hammurabi establecía que aquel cirujano que hiciera una incisión profunda en el cuerpo del paciente y provocara su muerte o abriera un absceso en el ojo y lo dañara le cortaban una mano; aunque ahora la sociedad no tiene este tipo de castigos, la ley establece diferentes salidas judiciales a errores cometidos por el profesional de la salud, ya sea por impericia, mala praxis, desconocimiento, negligencia o simplemente falta de información (Briseño Cerda, 2006, pág. 111).

La Constitución, la ley y la tecnología han ocasionado un vertiginoso cambio en el ejercicio odontológico, convirtiendo la relación profesional – paciente en algo contractual.

Durante mucho tiempo el ejercicio puramente liberal monopolizó la profesión (odontológica), quedando la mayoría de los problemas encomendados al libre entendimiento entre odontólogos y pacientes, y no siendo por tanto muy necesaria la promulgación de disposiciones legales que regulasen este ejercicio. Actualmente el ejercicio de la odontología y su relación con los pacientes está sufriendo una vertiginosa transformación. Hemos pasado en poco tiempo de una atención sanitaria paternalista a un ejercicio de las profesiones de la salud donde la relación es contractual, y donde el “receptor de servicios” (paciente) puede y realizar un exhaustivo seguimiento del servicio prestado, exigiendo resultados satisfactorios, so pena de demandas o litigios por insatisfacción con el mismo (Briseño Cerda, 2006, pág. 112).

Aunque la práctica odontológica en cuanto a la responsabilidad civil ha sido poco estudiada, porque se ha dado mayor prioridad a la actividad médica, se observa que el factor más debatido es el consentimiento informado y la historia clínica, como fuente de información y

también prueba del estado de salud del paciente y la información suministrada por el profesional, para que finalmente sirvan en la determinación de la responsabilidad que atañe al odontólogo.

Es así como en la práctica odontológica, la responsabilidad en la gran mayoría de las ocasiones tienen que ver con lo civil o penal. A continuación se describe cada tipo de responsabilidad en la que puede incurrir un odontólogo.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la responsabilidad es la “obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causal legal” (Diccionario de la Lengua Española).

La responsabilidad se puede dividir en responsabilidad moral y responsabilidad jurídica, ésta a su vez dividida en: responsabilidad civil, responsabilidad penal y responsabilidad en seguridad social.

La responsabilidad moral es un juicio de reproche personal e interno por haberse cometido un “pecado” o una conducta contraria a un antivalor que riñe con los postulados éticos personales. En este tipo de responsabilidad no existe una relación entre dos (2) sujetos de derecho, es un juicio de conducta que el propio individuo realiza de su actuar y/o pensar. Es ante todo una responsabilidad unilateral. Se puede cometer falta moral con el solo pensamiento y el deseo, por tanto no crea a favor de nadie la facultad de exigir “reparación” (Serrano Escobar, 2000).

5.1. La responsabilidad jurídica

Es la que nace por la violación y/o el quebrantamiento de las reglas jurídicas que constituyen el derecho, cuando ello ocurre el Estado debe intervenir para dirimir el conflicto, en

procura del restablecimiento del orden social y la reparación del daño si éste se produjo (Serrano Escobar, 2000).

5.2. Responsabilidad penal

Hace relación a un juicio de reproche social frente a una conducta (acción u omisión) que realiza un hombre capaz de autodeterminarse y comprender que lo que realiza es un hecho prohibido por la ley penal. Cuando la acción u omisión de una persona atenta y/o vulnera un bien jurídico que compromete la seguridad del Estado o el orden social, cuya conducta estaba previamente definida en la ley como punible o sancionable (Serrano Escobar, 2000).

5.3. Responsabilidad civil

Cuando la acción u omisión de la persona afecta la órbita (vida, honra, bienes, etc.) de otra persona, causándole un daño (Serrano Escobar, 2000).

A diferencia de la responsabilidad penal, se ocupa de la relación jurídica entre dos (2) sujetos de derecho en la cual una persona por acción u omisión le ha causado daño a otra, en donde la víctima no es la sociedad como en la responsabilidad penal, sino un particular, y cuya consecuencia no es una sanción mediante la imposición de una pena, sin la obligación que pesa sobre el responsable de REPARAR EL DAÑO causado, destacándose que en ocasiones el daño recae sobre una persona que no tenía con el autor vínculo jurídico anterior y en otras este daño es causado a un sujeto con quien su actor tenía un vínculo jurídico anterior que lo comprometía a cumplir una determinada prestación (contrato).

La responsabilidad civil o responsabilidad por daños, es la obligación que pesa sobre una persona de reparar los daños que infringió a otra, que no tenía el deber jurídico de soportarlo.

Se divide en:

5.3.1. Responsabilidad civil contractual. Es la que surge como consecuencia de la violación de una relación jurídica llamada CONTRATO, celebrado entre dos (2) o más personas, una de las cuales asumió la calidad de deudor frente a otra que es el acreedor.

Para que haya responsabilidad civil es necesario que exista un contrato, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, el daño ocasionado como consecuencia del incumplimiento contractual y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

5.3.1.1. El contrato. Es el vínculo jurídico que da lugar a las obligaciones entre ellas. Lo que da lugar a la responsabilidad civil contractual es el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas y los consecuentes daños a que dé lugar, pero si las partes cumplen con su obligación, el contrato termina normalmente.

Dentro del incumplimiento de las estipulaciones contractuales se habla de inejecución (el deudor que no cumple su obligación o la cumple tardíamente compromete su responsabilidad si ha obrado con culpa), cumplimiento defectuoso (no se cumple la obligación tal como fue acordada) o cumplimiento retardado de la obligación (en este caso hace referencia a la MORA, la cual se puede inferir tanto al deudor como al acreedor).

El daño ocasionado constituye un elemento esencial en la responsabilidad civil, solamente habrá responsabilidad si el deudor causa perjuicio al acreedor con ocasión del incumplimiento contractual.

Las características del daño son: debe ser cierto. Que no se trate de una mera expectativa de daño, sino que realmente debe existir una lesión en el derecho del acreedor.

Debe ser personal: es la víctima quien tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente.

Los daños pueden ser: daños directos o indirectos: obedece a la relación (directa o indirecta) que tenga la actuación con el daño.

Daños materiales y morales: el daño patrimonial o material cuando lesiona bienes económicos del perjudicado y es extrapatrimonial o moral cuando lesiona derechos sin valor pecuniario, pero de igual manera protegidos por la constitución y las leyes. Ej. Derecho a la intimidad.

El daño material se divide en daño emergente: consiste en el valor de la prestación que puede provenir del incumplimiento definitivo de la prestación, del retardo en su cumplimiento o del incumplimiento imperfecto. Ej: daño de un carro por estrellada y lucro cesante: es el bien económico que debía ingresar al patrimonio, pero como consecuencia del daño no ingresó.

En cuanto al nexo causal entre el incumplimiento y el daño hay que demostrar que este daño se produjo como consecuencia del incumplimiento contractual.

Exoneración de la responsabilidad civil contractual: se rompe el nexo causal y por tanto hay lugar a exoneración de responsabilidad civil cuando el daño no es consecuencia de la negligencia del deudor, presentado en los siguientes casos:

Fuerza mayor o caso fortuito: es el imprevisto que no es posible resistir. Art. 64 Código Civil. Dos elementos esenciales: imprevisibilidad: consiste en que no haya habido razón para pensar que el acontecimiento se produciría y la irresistibilidad: implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos.

Culpa del acreedor: cuando el incumplimiento de la obligación por parte del deudor es debido a la culpa del acreedor. Ej: El odontólogo que no saca a tiempo la muela, porque el paciente no cumplió la cita.

Hecho de un tercero: cuando la causa del perjuicio proviene del hecho de un tercero y este hecho no es imputable al deudor este último se exonera de responsabilidad. Ejemplo: cuando por motivos de disturbios o paros en el Hospital o centro de salud, no se pudo trabajar y las cirugías o tratamientos pendientes no se pudieron realizar.

Por cláusulas de no responsabilidad: son cláusulas que se estipulan dentro del contrato, para el deudor sustraerse de una obligación que normalmente tendría que cumplir.

Responsabilidad civil extracontractual:

Es la obligación de reparación que nace como consecuencia de todo daño causado en la persona o en los bienes de otro, con culpa de su autor, es considerada como una consecuencia de la violación del deber genérico DE NO DAÑAR, establecido en el art. 95 de la C.P. referido a los “deberes y obligaciones” de los asociados, que señala: ...”son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

El fundamento de esta responsabilidad es la culpa y presupone una declaración judicial que valore la conducta como ilícita y le condene a reparar el daño causado que implica que la víctima

del daño acuda a la administración de justicia en procura, no de que castigue al autor del delito, sino que se le declare responsable de dicho perjuicio y como consecuencia, se le condene a repararlo.

Es necesario que concurren los siguientes elementos para que se configure la responsabilidad civil extracontractual:

Capacidad delictual: toda persona es capaz de cometer un delito (hecho ilícito con la intención de dañar (dolo), la excepción es la incapacidad, y son incapaces aquellos que carecen de la capacidad mental (discernimiento) y por tanto carecen de voluntad, entre ellos: dementes, menores de diez años y quienes hayan obrado sin discernimiento.

Dolo o culpa: hecho cometido con intención (dolo) o sin intención (culpa).

Daño: es un detrimento, menoscabo, deterioro que sufre una persona en su integridad o en sus afectos, debe ser Cierto y Personal.

Nexo de causalidad entre la culpa y el daño: quiere decir que el daño sea consecuencia del dolo o la culpa.

Las fuentes de la responsabilidad civil extracontractual:

Responsabilidad por el hecho propio: llamada también responsabilidad directa, consagrada en los art. 2341, 2342, 2345 y 2346 Código Civil. Consiste en que toda actuación del hombre que cause algún daño debe ser reparada. También se establece para personas jurídicas cuando causan daño a través de sus agentes.

Responsabilidad por el hecho de terceros: consiste en que, aunque una persona no ejecute directamente el hecho dañoso, debe responder civilmente, con base en los vínculos que tiene con quien causó el daño directamente. El fundamento de esta responsabilidad es la culpa o negligencia en el cuidado o manejo de las personas que están bajo su responsabilidad.

Responsabilidad por el hecho de las cosas: el fundamento de esta responsabilidad se halla en la falta de cuidado o atención necesaria frente a las cosas de nuestra propiedad. Se refieren a:

Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas: daños causados por la ruina de edificios y responsabilidad por las cosas que caen de un edificio.

Responsabilidad por el hecho de las cosas animadas: responsabilidad por el hecho de los animales domesticados y responsabilidad por hechos de animal fiero.

Se puede exonerar en caso de que exista. Caso fortuito y fuerza mayor, hecho de un tercero, siempre y cuando éste no sea persona de cuyos actos responda el demandado, por culpa exclusiva de la víctima y por cláusulas de irresponsabilidad: que son acuerdos pactados por los contratantes desapareciendo la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito.

Para que una acción u omisión sea susceptible de ser enjuiciada penalmente tiene que infringir conscientemente una prohibición penal, es decir que la conducta tiene que ser:

5.3.1.2. Típica. La acción u omisión de la persona tiene que estar debidamente descrita en las normas contenidas en el Código Penal, tales acciones u omisiones generan imposición de una pena, que puede ir desde una simple amonestación hasta la pérdida de la libertad.

5.3.1.3. Antijurídica. La acción de la persona debe ser valorada (juicio de valor) frente a los contenidos y/o disposiciones que conforman el orden jurídico, el cual está integrado por la

ley y por las normas de convivencia y la costumbre. Valorar si la conducta es o no contraria a derecho, y si la conducta es castigable

Y existir culpabilidad, que es la voluntad o intención de la persona en causar un daño.

La culpa es una conducta contraria a lo que debería haberse observado. Es la falta de prudencia de una persona en calcular las posibilidades de ejecutar la prestación pactada.

Se habla de dolo cuando la persona actúa con el fin de causar daño. Art. 63 Código Civil: ...El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otra...”.

La responsabilidad penal puede tener como fundamento una culpabilidad dolosa (intencional). En el campo de la salud se presentaría si un médico desea causar daño a su paciente y utiliza el acto médico como medio o procedimiento para ocasionarlo; una culpabilidad culposa (negligencia, imprudencia, impericia, violación de reglamentos), o una culpabilidad preterintencional (cuando el resultado va más allá del daño querido).

Los delitos dolosos que con mayor frecuencia cometen los profesionales de las ciencias de la salud, en ejercicio de su actividad pueden ser: cooperación e inducción al suicidio, lesiones, omisión de socorro y denegación de auxilio, descubrimiento de secretos, falsedades, etc.

Los delitos que más suelen suceder en la práctica del ejercicio odontológico son los calificados como culposos, esto es aquellos en los cuales no se tiene la intención de causar daño pero este resulta como consecuencia de una imprudencia, negligencia, impericia, iatrogenia o por el incumplimiento de reglamentos.

5.3.1.4. La imprudencia. Se da cuando el médico adopta una actitud profesional injustificadamente apresurada o carente del juicio previo y necesario que se requiere para prever los resultados del acto médico. Ej: anesthesiólogo que en una cirugía programada efectúa la inducción anestésica sin hacerle al paciente la valoración previa que le permita determinar las condiciones del mismo.

5.3.1.5. Negligencia. Actitud profesional mediante la cual, el médico no hace lo que debe hacer. “Del Inglés: negligence. Figura jurídica referente a la responsabilidad profesional: descuido, falta de celo, vigilancia o constancia debidos en la atención de los pacientes; omisión de medidas que debieron cumplirse, p. Ej. Faltas de asepsia, ausencia de la debida verificación radiográfica antes de practicar cirugía, actitudes descuidadas en caso de lesiones discretas que debieron alertar sobre un diagnóstico precoz de cáncer” (Briseño Cerda, 2006, pág. 113).

5.3.1.6. Impericia. Cuando el profesional realiza su actuación sin el conocimiento, la habilidad o la capacidad profesional requerida para realizar un tratamiento o una intervención adecuada.

5.3.1.7. Iatrogenia. “Iatrogénesis (iatrogenesis) [gr. iatros, médico + gr. génesis, producción] Creación de un estado anormal en un paciente sea por inadvertencia o bien tratamiento erróneo dispuesto por un médico o cirujano dentista. Hoy se aplica a cualquier estado adverso de un paciente que es resultado de tratamiento por un médico o cirujano y por extensión un dentista” (Briseño Cerda, 2006, pág. 115).

5.3.1.8. Mala praxis. Negligencia profesional y falta de cumplimiento de las normas establecidas en la administración del tratamiento, diagnóstico o cualquier otra forma de cuidado médico (Briseño Cerda, 2006, pág. 113). Por mala praxis se pueden presentar algunos eventos como son:

5.3.1.9. Daño derivado de la anestesia. El profesional debe conocer los riesgos eventuales y consecuencias de los productos analgésicos que suministra a su paciente, debido que en ocasiones los usuarios manifiestan no ser alérgicos, pero no saben o desconocen que lo son; por lo que el odontólogo debe llevar a cabo todas las pruebas necesarias que le permitan advertir cualquier complicación por la aplicación de la anestesia a sus pacientes (Nuñez Z. & Martínez A., 2006, pág. 30).

5.3.1.10. Daño derivado de la colocación de prótesis dental. En este caso el odontólogo es completamente responsable, porque este hace parte de su trabajo y se supone que debe estar preparado y capacitado para ello, por lo tanto, si surge algún daño o es colocada inadecuadamente, la responsabilidad recae sobre el profesional de la salud (Nuñez Z. & Martínez A., 2006, pág. 30).

5.3.1.11. Daño causado por partes colocadas en cavidad bucal. En ciertas ocasiones, el odontólogo introduce objetos como coronas o pernos para atender ciertos casos, los cuales pueden alojarse en forma temporal o permanente en la cavidad bucal del paciente; si se comprueba que ésta causó perjuicio o no se hizo en el lugar indicado, el profesional debe responder por mala praxis (Nuñez Z. & Martínez A., 2006, pág. 30).

5.3.1.12. Daño causado a partes de la cavidad bucal. Se presenta cuando en odontólogo causa daño a piezas distintas a las trabajadas o afecta el seno maxilar, por lo tanto, se hace necesario que se informe al paciente sobre los riesgos que pueda presentar determinado tratamiento y de su autorización a través del consentimiento informado. (Nuñez Z. & Martínez A., 2006, pág. 30)

5.3.1.13. Daño originado por los instrumentos que emplea. Al momento de introducir determinados instrumentos a la boca, debe hacerse con el mayor cuidado, ya que éstos elementos se pueden romper, generando posible lesión en cavidad bucal, o dificultades de orden

respiratorio, por lo cual deberá responder, debido a su falta de previsión y pericia en su manipulación (Nuñez Z. & Martínez A., 2006, pág. 30).

5.3.1.14. Daño producido por el contagio de enfermedades. Para que el odontólogo responda por este tipo de daño, es necesario que el paciente pueda probar dicha eventualidad, para que el odontólogo sea declarado responsable (Nuñez Z. & Martínez A., 2006, pág. 30).

5.3.1.15. Violación de los reglamentos. El odontólogo incurre en falta cuando por acción u omisión viola las disposiciones legales que regulan su profesión.

Como consecuencia de lo anterior, el odontólogo se puede ver frente a delitos como:

- **Homicidio culposo:** Art. 329 C.P. “el que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos a seis años, y en multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio”.

El Código de Procedimiento Penal en el art. 39 autoriza la audiencia de conciliación cuando en los delitos de homicidio y lesiones personales culposas se paga la indemnización integral de los perjuicios causados. Sin embargo, no es aplicable cuando los delitos se agravan por encontrarse el profesional en estado de embriaguez, o bajo efecto de drogas o cuando abandona sin justa causa el lugar de los hechos.

- **Lesiones personales culposas:** cuando se presenta un daño en la integridad física o cuando se causa un trastorno en la salud del paciente que no se quería, pero que es consecuencia de una negligencia, imprudencia, impericia u omisión.

- ***Culpabilidad preterintencional:*** no es muy frecuente, consiste en que el resultado va más allá del daño querido, como cuando se quiere lesionar y se causa la muerte.

Existen delitos diferentes, a los que atentan contra la vida o la integridad personal, entre los cuales se puede mencionar:

- ***Falsedad en documentos:*** se puede dar cuando se modifica, altera, destruye u oculta la historia clínica del paciente. Art. 219, 221 y 223 del Código Penal consagra las penas a que puede verse sujeto el profesional de la medicina que incurra en dichos delitos. También es posible que el profesional de la salud incurra en el delito previsto en el art. 289 del C.P. que establece la divulgación y empleo de documentos reservados. Violación del secreto profesional (Serrano Escobar, 2000).

Capítulo VI

Moral y ética odontológica

6.1. La moral odontológica

A la moral profesional, también se le conoce como deontología, de acuerdo con (Alvarez de la Cadena, 2006, pág. 41), la palabra proviene de *Deontós*”, que significa lo debido, el deber y de *logos*: tratado o discurso. Es decir, viene a ser la ciencia que trata de los deberes.

Es un término creado por Jeremy Benthan, filósofo inglés para referirse a una ciencia de “lo conveniente”, es decir, una moral fundada en la tendencia a perseguir el placer y huir del dolor; para Benthan, es enseñar al hombre la forma de dirigir sus emociones, de modo que queden subordinadas, en cuanto es posible, a su propio bienestar.

La deontología trata acerca de los deberes o moral profesional, se entiende como el estudio de los deberes y derechos de los profesionales, esos deberes, determinados por la ética, fijan íntimamente las obligaciones en relación con la bondad o la maldad de las acciones que libremente se ejecutan en el actuar profesional y en todas las vinculaciones con los pacientes (Alvarez de la Cadena, 2006, pág. 41).

La moral en odontología se rige por los principios de la deontología, que es la disciplina que trata sobre los deberes o moral profesional, estudia los derechos y deberes que cada profesión exige a la luz de la ley moral natural.

Los principales deberes de los odontólogos, la Dra. Carolina Alvarez los clasificó de la siguiente forma:

“1. Para sí mismo: Nuestra profesión, así como todas las profesiones que cuidan de la salud, están al servicio del hombre y de la sociedad. En consecuencia, respetar la vida humana y la dignidad de la persona es respetarnos y dignificarnos a nosotros mismos.

2. Para el paciente: La relación médico – paciente es una interacción entre personas, que se produce en la atención dental y es la esencia de nuestra profesión. No se debe ver al paciente como un objeto, sino como una persona.

3. Para los compañeros de profesión: La confraternidad y el compañerismo nos obliga el respeto con quienes ejercen una profesión similar a la nuestra y esto nos conduce a procurar ser justos en nuestras apreciaciones.

4. Para la sociedad: La profesión implica un deber con el bienestar social, el ejercicio de la profesión debe estar regulado por un sentido de justicia” (Alvarez de la Cadena, 2001), citado por (Gordillo Beltrán, 2008, pág. 8).

La deontología tiene sus bases en tres fuentes: la ley natural o ley de Dios, que induce al hombre a realizar lo correcto por medio de sus principios; la ley civil, proveniente de reglamentos y normas constitucionales, promulgados por cada nación; y la ley canónica o legislación eclesiástica, que tiene como fin recordar al profesional sus deberes en determinados casos y circunstancias donde su actividad establece contacto con algunos intereses morales y religiosos (Rivas, 2005).

6.2. Ética odontológica

El término ética proviene del vocablo griego *ethos*, que significa comportamiento, costumbre, y se define como la ciencia filosófica práctica y normativa que estudia la inclinación a la bondad o maldad de los actos humanos (Alvarez de la Cadena, 2006, pág. 25).

La actuación ética del profesional de odontología, como de otras ciencias de la medicina, tuvo que ser regulada y controlada, como consecuencia del desarrollo de la bioética, o ética de la vida; como principio para garantizar a los pacientes el respeto a su dignidad, integridad y salud.

Para (Pardo, 2010, pág. 19), la bioética es la parte de la ética dedicada a estudiar las acciones técnicas del hombre en el contexto de la biomedicina, es decir, en el ejercicio de las profesiones sanitarias y de la biología; estas actuaciones tienen en común que afectan al hombre y a otros seres vivos; de ahí el prefijo “bio” en su nombre.

El concepto se inició en Estados Unidos en los años 70, de la mano de la praxis médica, como tendencia impulsada por la necesidad de codificar en normas los planteamientos éticamente relevantes en la vida pública; para mediar entre los conocimientos científicos y los valores morales.

De acuerdo con (López de la Vieja, 2005, pág. 42) la bioética se identifica como un conjunto de leyes, normas y reglamentos destinados a regular la praxis médica en investigación y ejercicio de la medicina.

El odontólogo, como casi todos los profesionales se enfrentan a conflictos de valores o decisiones morales, la cual puede afectar el bienestar de sus pacientes, pero también su vida personal y laboral, según la decisión que tome frente al problema. Los procesos o tratamientos odontológicos tienen una base ética y también una consecuencia, por lo tanto en esta profesión debe evaluarse dicho componente, usando un criterio objetivo

Según (Castillo & Guerra, 2011), la odontología no es un medio sino un fin, ya que ayuda a la realización de otro mediante una bonita sonrisa y al saber escuchar y orientar a los usuarios cuando llegan a consulta. No se trata solo de aplicar técnicas

clínicas de alto costo, sino comprender el proyecto de vida de cada ser humano, con lo cual el odontólogo debe contribuir.

En el ejercicio odontológico existen muchos riesgos y alta probabilidad de contaminación, tanto al paciente como al médico, se sabe que la boca es el hábitat frecuente de alrededor de 300 especies de microorganismos, los cuales están presentes al realizar los tratamientos; por lo tanto existe la necesidad imperativa de que el odontólogo vele por la seguridad de su entorno; donde juega un papel importante la bioética, como medio para garantizar la protección, al hacer cumplir las normas de bioseguridad, reglamentos y protocolos escritos para tal fin.

Las normas de bioseguridad surgieron para controlar y prevenir el contagio de enfermedades infecto-contagiosas, las cuales cobraron mayor importancia con la aparición del virus de inmunodeficiencia humana, también son todas aquellas normas, procedimientos y cuidados que se deben tener a la hora de atender pacientes y/o manipular instrumental contaminado para evitar el riesgo de infectarnos o enfermarnos. Etimológicamente bioseguridad viene de BIO = Vida y SEGURIDAD = libre o exento de riesgo.

Los profesionales de la Odontología están expuestos a una gran variedad de microorganismos desde esporas, bacterias, hongos, virus y protozoarios que pueden estar en la sangre y saliva de los pacientes. Cualquiera de estos organismos pudiera causar una enfermedad infectocontagiosa, a saber: desde la simple gripe hasta neumonía, hepatitis B, tuberculosis, herpes y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Del Valle, 2002).

El uso de normas efectivas de control y prevención, así como las medidas de protección universal permitirán evitar la contaminación cruzada entre pacientes, el personal auxiliar del consultorio y hasta de pacientes al profesional de la Odontología o al asistente y viceversa (Del Valle, 2002)

Tanto la Asociación Dental Americana (ADA) como el Centro de Control y Prevención de Enfermedades Infecciosas (CDC) y la Administración de Seguridad en Salud Ocupacional (OSHA) han establecido una serie de normas que todos los odontólogos deben cumplir (Del Valle, 2002).

Como no todas las enfermedades infecto-contagiosas pueden ser identificadas al comienzo por exámenes de laboratorio (especialmente el VIH por el período de ventana donde puede dar un falso negativo), historia médica – clínica y/o examen físico- clínico; el CDC ha introducido el concepto de precauciones universales y se refiere a que todas las medidas de control y prevención para evitar infectarse con saliva, sangre o cualquier otro fluido corporal deben aplicarse a todos los pacientes por igual, queriendo decir que usarán las mismas normas de bioseguridad con todos los pacientes indistintamente se sospeche de infección o no, ya que las mismas normas son aplicables a los pacientes sanos (Del Valle, 2002)

6.3. Esterilización.

Es el procedimiento mediante el cual se destruye toda forma de vida microbiana incluyendo esporas, bacterias, hongos, protozoarios y virus. Los métodos de esterilización más usados son:

- Autoclave (calor húmedo): consiste en vapor saturado bajo presión a altas temperaturas. La norma universal dice que debe usarse a 121°C 1 atm por 20 minutos.

- Horno esterilizador (calor seco): es el más usado por la mayoría de los odontólogos, a 180°C por 30 minutos o 160°C por 1 hora, pero haciendo la salvedad de que se debe calcular el tiempo que tarda el horno en alcanzar esas temperaturas y luego sumarle el tiempo requerido para la correcta esterilización.

Para ambos métodos, los instrumentos deben ser muy bien lavados con cepillo, agua y jabón, luego secados y organizados por cajetines, o en bolsas o envueltos en papel especial para esterilizar y antes de meterlos al horno o autoclave colocarles una porción de cinta testigo que nos indicará que lo que esté ahí recibió la temperatura indicada para lograr la esterilización, sino cambia de color debidamente presumimos que existe algún problema y puede ser corregido a tiempo. Los paquetes quirúrgicos deben llevar doble envoltura para ofrecer seguridad al ser manipulados por alguien que no tenga guantes estériles al momento del procedimiento.

Hoy día las turbinas y piezas de mano son fabricadas para poder ser esterilizadas en el autoclave, pero lo primero que se debe hacer una vez terminada la actividad, es poner a funcionar la turbina unos 30 segundos sólo con salida de agua, limpiarla muy bien con un agente desinfectante, lubricarla con su correspondiente aceite y envolverla para esterilizarla; siempre que las instrucciones del fabricante lo permita, de no ser así, se desinfectará la parte activa con solución de glutaraldehído al 2%

Estos y otros procedimientos se realizan en cumplimiento de la bioética, es decir, la ética encaminada a proteger a toda costa la vida e integridad de las personas.

En este sentido, la bioética se rige por cuatro principios: de beneficencia, de no maleficencia, de autonomía y de justicia, todos unidos por el valor de la vida y la persona. Estos principios se tienen como obligatorios y absolutos a la hora de resolver conflictos en el ámbito de cualquier profesión de la salud.

6.4. El principio de beneficencia.

Es el balance que debe inclinarse hacia los beneficios y cualquier molestia o daño que se presente debe ser manejado. Se brindará respuestas a las preguntas o dudas surgidas en el paciente o su familia (Bach & Vicente, 2012, pág. 36).

Beneficencia significa bien, lo mejor para el otro, relacionado con la búsqueda del bien para el otro. Su esencia consiste en la obligación ética de aumentar los beneficios tanto como sea posible y disminuir al mínimo los daños y perjuicios que el individuo pueda recibir (García, 1990).

6.5. Principio de no maleficencia.

En el seguimiento se debe garantizar la detección de posibles consecuencias o daños a la salud. Los datos, tales como nombres de personas y de instituciones en general se deben manejar guardando la respectiva privacidad. (Bach & Vicente, 2012, pág. 37)

Su objetivo es no hacer daño en forma intencional, considerado como el principio más básico y fundamental de la ética médica (García, 1990).

6.6. Principio de autonomía.

Llamado principio de respeto a la autonomía del paciente. Es la capacidad que tiene cada individuo de ejercer su autonomía de decidir si participa o no de determinado procedimiento, de asumir las implicaciones del mismo. El paciente decide de forma voluntaria participar. Se debe respetar la toma de decisiones, para lo cual cuando él o la familia lo decidan pueden retirarse. (Bach & Vicente, 2012, pág. 36).

Tiene que ver con el respeto por la autonomía del individuo, sustentado en el respeto de la capacidad que tienen las personas para decidir libremente lo que desean o no hacer con respecto a su tratamiento, de acuerdo con las opciones; además con la protección de los individuos con deficiencias o disminución de su autonomía, es decir, personas vulnerables o dependientes, deben ser protegidas contra cualquier intención de daño o abuso.

Por lo tanto, en este principio se requiere dar información relevante para que el paciente tome su decisión, facilitar la comunicación con el uso de lenguaje simple y comprensible; no engañar sobre el diagnóstico y pronóstico, ni al paciente y menos a sus familiares; dar a conocer diferentes opciones terapéuticas; respetar la confidencialidad y los compromisos contraídos con el paciente (García, 1990).

6.7. Principio de justicia.

En él se considera la igualdad y equidad que deben tener todas las personas. (Bach & Vicente, 2012, pág. 37)

Se refiere a la igualdad de todos los individuos, tiene que ver con darle a cada cual lo que se merece tener, principalmente en la asignación y distribución de los recursos médicos y tecnológicos (García, 1990).

6.8. Código de ética del odontólogo

La odontología es una rama de la medicina que se practica en el país hace más de 100 años, sin embargo, solo en 1905 se reglamentó por primera vez por medio del Decreto 509 y el Decreto 731 de 1905 fijo las directrices para el ejercicio de la Odontología a los empíricos o no graduados, también dio facultad al Colegio Dental de Bogotá para la expedición de títulos, ya que no existía en esa época universidades acreditadas para expedir títulos (Gordillo Beltrán, 2008, pág. 4).

Fue en 1914 cuando se emitió la Ley 83, que se reglamentó la medicina y las profesiones afines, incluyendo la odontología. Los artículos 14, 15 y 16 trataban lo concerniente a la odontología y determinada que para ejercerla era necesario contar con diploma de una Institución aprobada por el entonces Ministerio de Instrucción Pública, pero se permitía el ejercicio a los empíricos que estuvieran ejerciendo 5 años atrás (Gordillo Beltrán, 2008, pág. 4).

En 1929 se expidió la Ley 35 de 1929, la cual derogó la Ley 83, facultando al Presidente de la República para reglamentar la odontología, expidiendo para el efecto el Decreto 2022 de noviembre 29 de 1930, derogado por el Decreto 361 de febrero de 1931, donde se reconoció la calidad de cirujano dentista a aquellos graduados en Colombia o el exterior y se aceptó a los licenciados que hubiesen obtenido permiso legalmente con anterioridad (Gordillo Beltrán, 2008, pág. 4).

Se creó una Junta Central de Títulos Odontológicos, encargada de hacer cumplir el decreto 361. Sin embargo, en 1935, con el Decreto 1891 se ordenó a la Junta Central funcionar en la Escuela Nacional de Odontología, que fue la primera escuela universitaria de esta profesión, anexa a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia. Aunque a lo largo de los años la legislación en materia odontológica ha ido evolucionando, en 1989 se emitió la ley 35 o Código Odontológico, que es el que rige en este momento (Gordillo Beltrán, 2008, pág. 5).

De acuerdo al código de Ética del Odontólogo (Ley 35 de 1989), la profesión está al servicio de la salud pública, por lo tanto debe primar el beneficio del paciente, manteniendo y acatando las normas de conducta profesional.

Una de las obligaciones más importantes de la profesión de odontólogo es la prestación de un servicio eficaz, lo que lo obliga a estar actualizado, renovando constantemente sus conocimientos, yendo a la par con los adelantos tecnológicos y nuevas tendencias en lo que a su profesión se refiere. En la relación odontólogo –

paciente debe estar presente la buena fe, ateniéndose el profesional a la confianza y expectativa del cliente, no a sus propios intereses.

Por lo tanto, el odontólogo tiene una responsabilidad social con el paciente, sus colegas, con la sociedad y consigo mismo.

En Colombia, la ética del odontólogo se rige por lo dispuesto en la Ley 35 de 1989.

En el capítulo I de la Ley, se establece en un solo artículo, lo que implica ser odontólogo, que es un profesional al servicio de la sociedad, obligado a prestar sus servicios guiado por principios de calidad, oportunidad, con los conocimientos, capacidades y experiencia suficientes y requeridas para ejercer, por lo tanto debe procurar su constante investigación, mantener actualizados sus conocimientos, con el fin de optimizar el servicio.

Por ser un profesional público, debe cuidar su conducta pública y privada, ciñéndose a preceptos morales universales, hacer respetar su profesión en todo momento, absteniéndose de emplear procedimientos que deterioren la salud o el bienestar de su paciente.

En este artículo también se menciona la oportunidad que puede tener el odontólogo a nivel profesional en el campo de la docencia, la justicia, como funcionario público, donde se debe abstener a las normas o reglamentos dispuestos para tal fin.

El Capítulo I describe la relación odontólogo – paciente, donde se destaca el artículo 5, que señala la obligación de informar al paciente sobre los “riesgos, incertidumbres y otras circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento”.

En este sentido, el Decreto Reglamentario de la Ley 35 de 1989 (Dec. 491 de 1990), determina en su artículo 9, que el odontólogo queda exonerado de hacer advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

- a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados lo impidan
- b) Cuando exista urgencia para llevar a cabo el procedimiento odontológico

En el artículo 10 estipula que debe dejar constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o en su defecto de la imposibilidad de hacerla. Además, al tener en cuenta que el tratamiento o procedimiento odontológicos pueden comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el odontólogo no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables inmediatos o tardíos, de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica odontológica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médicos.

Considero que el artículo anterior exonera de gran parte de responsabilidad al odontólogo por efectos adversos que se presenten en el tratamiento odontológico, dejando al paciente imposibilitado para llevar a cabo acciones judiciales en contra de éste por dicho concepto, pero falta determinar de qué tipo específico de reacciones o efectos tardíos de imposible previsión habla la ley.

También se menciona la necesidad de ser prudente, mantener en condiciones aptas su consultorio, dedicar a sus pacientes, el tiempo suficiente y necesario para garantizar un buen trabajo; su derecho a recibir un honorario acorde con sus servicios, pero teniendo en cuenta la situación económica del paciente, en este sentido, el profesional de la salud está en obligación moral y social de atender a todos los pacientes que necesiten sus servicios en forma urgente, sin condicionar el pago anticipado de honorarios para poder atenderlo.

El odontólogo en la relación con su paciente, no debe adquirir compromiso de realizar tratamientos para el cual no se encuentre capacitado, porque incurriría en error por impericia o mala praxis, ni utilizar materiales diferentes al convenido, destaca la importancia de recibir autorización por parte de los usuarios al momento de que se detecte algún peligro o posible daño para la salud, como consecuencia el procedimiento odontológico.

El artículo 20 determina que la responsabilidad del odontólogo por reacciones adversas inmediatas o tardías, como consecuencias del tratamiento o procedimiento, se limita al riesgo previsto, es decir, a lo que él ha advertido o informado a su paciente.

El capítulo III da cuenta del secreto profesional, prescripción, historia clínica y otras conductas. Destacándose la obligación de guardar el secreto profesional sobre lo que haya visto y escuchado, además de instruir a su personal auxiliar sobre esta misma posición. La historia clínica es un elemento primordial en la atención, por lo tanto, debe abrirla y conservarla.

Por otro lado, prohíbe hacer uso de drogas, instrumentos u otros agentes que no se encuentren debidamente avalados y probados por medio de investigación científica, ni permitir o facilitar la práctica ilegal de la odontología; pues está en deber moral de informar a las autoridades cualquier conocimiento que tenga acerca de ello.

En cuanto a las relaciones del odontólogo con sus colegas, se describe en el Capítulo IV de la Ley 35, se destaca la necesidad de lealtad, solidaridad y respeto entre colegas, absteniéndose de caer en competencia desleal por precios o competencia. Si es el caso, debe solicitar ayuda o colaboración de un colega cuando lo requiera, con el fin de mejorar la salud del paciente; pero también debe denunciar

a todo profesional que realice actos en contra de la moral y la ley ante el Tribunal de Ética.

El capítulo V en las relaciones del odontólogo con el personal auxiliar, es necesario que el profesional supervise las labores de dicho personal y no delegar procedimientos que requieran su competencia a personal no calificado.

En el último capítulo VI, se enuncian lo que debe tener en cuenta el odontólogo para sus relaciones con las instituciones y determina la obligación de ajustarse a las normas y atribuciones del cargo que acepte en determinada entidad pública o privada, sin perder su independencia y dignidad, absteniéndose de recibir dineros de pacientes que atiende dentro de dichas instituciones; además atenta contra la ética suministrar información falsa o cargar honorarios irreales a la entidad, atendiendo a sus propios intereses, al igual que no debe aprovechar para inducir a los pacientes de esas entidades a utilizar sus servicios particulares o privados.

El capítulo VII sobre requisitos para ejercer la profesión del odontólogo, presenta la obligatoriedad de realizar por lo menos un año completo de servicio social, en forma gratuita en áreas o personas de escasos recursos económicos, que sirve como práctica para que el profesional acredite su título. Además constituye falta grave a la ética, inscribirse empleando documentos alterados o falsificados.

Las relaciones del odontólogo con la sociedad y el Estado se encuentra en el capítulo VIII de la Ley 35/89, destaca el hecho de ser la odontología una profesión para beneficio de la sociedad, el profesional está obligado a fomentar actividades en pro del bienestar de la comunidad; además colaborar con las entidades gubernamentales si es requerido.

En cuanto a la publicidad y propiedad intelectual, incluido en el Capítulo IX del Código de Ética del Odontólogo, la Corte Constitucional declaró inexecutable el

artículo 50 y parte del artículo 51 mediante la Sentencia C355 de 1994, por considerarlo violatorio de la Constitución Nacional e improcedente, ya que la publicidad para dar a conocer sus servicios no viola ninguna norma ética, por el contrario, hace parte de una estrategia de promoción para el profesional.

El artículo 55 del Capítulo X acerca de consultas y testimonios que señalaba: *“Es contrario a la ética absolver consultas y testimonios públicamente a título personal, bajo cualquier pretexto, haya o no remuneración, sobre asunto relacionado con la odontología y ramas auxiliares, salvo que lo requieran las autoridades competentes”*, fue declarado inexecutable.

En el capítulo XI sobre el alcance y cumplimiento del Código y sus Sanciones, da facultad a la Federación Odontológica Colombiana, las Facultades de Odontología y las Asociaciones Profesionales para velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

El capítulo XIII de la Ley 35 describe todo el proceso disciplinario ético profesional al que puede ser sometido el profesional de la odontología en su práctica, para lo cual debe ser instaurada una denuncia y por lo menos tener una prueba sumaria, ante el Tribunal de Ética Odontológica, quienes evaluarán las pruebas, sacarán conclusiones e impondrán la respectiva sanción en caso que sea necesario o el inculpado tenga responsabilidad manifiesta en el hecho.

El capítulo XIV indica las respectivas sanciones que puede imponer el Tribunal Ético Profesional en contra de la ética odontológica, de acuerdo con su gravedad o si existe reincidencia en ellas, donde proceden las siguientes sanciones:

- a) Amonestación privada.
- b) Censura, que podrá ser: 1. Escrita, pero privada. 2. Escrita y pública. 3. Verbal y pública.
- c) Suspensión en el ejercicio de la odontología hasta por seis meses.

d) Suspensión en el ejercicio de la odontología hasta por cinco años.

Estas sanciones se definen en los artículos 35 al 39 del Decreto 491 de 1990, de la siguiente manera:

Art. 35. «La amonestación privada consiste en la reprensión privada y verbal que se le hace al infractor por la falta cometida».

Art. 36. «Se entiende por censura la reprobación que se hace al infractor por la falta cometida». Art. 37. «La censura escrita pero privada, se hará mediante la entrega, por parte del Tribunal, de una copia de la decisión del mismo, al infractor sancionado».

Art. 38. «La censura escrita y pública se aplicará mediante la lectura de la decisión en sala plena del Tribunal y será fijada en lugar visible de los tribunales por diez (10) días hábiles y publicada en la revista de la Federación Odontológica Colombiana o en los boletines seccionales. Copia de este acto debe ser enviada al Ministerio de Salud».

Art. 39. «La censura verbal y pública será dada a conocer al infractor, mediante la lectura de la decisión ante la Junta Seccional de la Federación Odontológica Colombiana correspondiente y la fijación de la misma en lugar visible de la sede de los Tribunales por diez (10) días hábiles y publicada en la revista de la Federación Odontológica Colombiana o en los boletines seccionales. Copia de este acto debe ser enviada al Ministerio de Salud».

Por lo tanto, el código de ética del Odontólogo o Ley 35 de 1989 es un compendio completo que guía al profesional en su trato con la sociedad, los pacientes, colegas y él mismo, porque da la oportunidad de actuar en forma ética y

profesional, salvaguardando siempre la integridad y propendiendo por la salud y el bienestar de sus pacientes.

Con la Sentencia C-537 de 2005, la Corte Constitucional se pronunció ante la demanda de inconstitucionalidad que interpuso un ciudadano en contra de los artículos 1º, literales e, f) y g, parciales y los artículos 18, 30 parcial, 34 parcial, 49 y 55 de la Ley 35 de 1989; para conocer el caso a continuación se transcribe lo que dicen los artículos mencionados:

Artículo 1º. (...)

*e) Debido a la función social que implica el ejercicio de su profesión, el odontólogo está obligado a mantener una conducta **pública y privada** ceñida a los más elevados preceptos de la **moral universal**;*

*f) **Es deber del odontólogo** colaborar en la preparación de futuras generaciones en instituciones docentes aprobadas por el Estado, estimulando el amor a la ciencia y a la profesión, difundiendo sin restricciones el resultado de sus experiencias y apoyando a los que se inicien en su carrera.*

*g) La vinculación del odontólogo a las actividades docentes implica una responsabilidad mayor ante la sociedad y la profesión. La observancia meticulosa de los principios éticos que rigen su vida **privada** y profesional y sus relaciones con otros odontólogos, profesores y estudiantes deben servir de modelo y estímulo a las nuevas promociones universitarias;*

(...)

Artículo 18. El odontólogo no podrá atender ningún paciente que por su estado de salud, peligre su vida, salvo previa autorización escrita de sus familiares y/o el médico tratante.

Artículo 30. El odontólogo no fijará honorarios que establezcan competencia con sus colegas, ni aceptará o dará comisiones por remisión de pacientes.

Artículo 34. Es deber de todo odontólogo informar, por escrito, al Tribunal Seccional de Ética Profesional, de cualquier acto que vaya contra la moral y la ética profesional, cometido por algún colega.

Artículo 49. Para efectos de placas, membretes o avisos, el odontólogo sólo puede acompañar a su nombre, el de la universidad que le otorgó el título y la especialidad cuando sea el caso estipulado.

Especialidad en ... (especialidad) o práctica limitada a ... (especialidad). El uso de caracteres desproporcionados o iluminados o cualquier sistema similar es violatorio del presente artículo.

La mención de títulos académicos, honoríficos, científicos o de cargos desempeñados, solamente podrá hacerse en publicaciones de carácter científico.

Artículo 55. Es contrario a la ética absolver consultas y testimonios públicamente a título personal, bajo cualquier pretexto, haya o no remuneración, sobre asunto relacionado con la odontología y ramas auxiliares, salvo que lo requieran las autoridades competentes.

(Colombia, Corte Constitucional, 2005)

El actor demanda las expresiones “pública y privada” y “moral universal”, contenidas en la disposición. Señala que la conducta privada hace parte de la libre

personalidad, pertenece a la esfera de lo íntimo, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, como lo expresa el artículo 16 de la Carta. La conducta pública de un odontólogo puede ser reprochable desde el punto de vista moral, religioso, social, o de su propia conciencia, pero nada tiene que ver, per se, con su desempeño profesional, que puede ser impecable, óptimo, a pesar de llevar una vida licenciosa por fuera de sus actividades profesionales.

Del literal f) del artículo 1º literal f) de la Ley demanda la expresión “es deber del odontólogo”, aludiendo el hecho de que éste viola los artículos 16, 20 y 26 de la Constitución; ya que no está obligado a colaborar en la labor docente, esto es elección propia y libre y no por eso se viole ningún principio ético, considera mal redactado ese literal.

Demanda el Artículo 18 de la Ley 35 de 1989, porque considera violatorios de los artículos 1, 2, 4, 11, 13 y 94-2 de la Constitución, ya que coloca límite a la atención profesional, al tener que esperar la firma o autorización de un familiar o médico tratante para prestarle los servicios, además señala que dicha restricción es un obstáculo al cumplimiento del deber odontológico y además no distingue si el pacientes capaz o no; por lo tanto los derechos a la vida e integridad física no dan espacio para cumplir con los formalismos del artículo en mención.

Demanda en el artículo 30 de la ley 35 la expresión “no fijará honorarios que establezcan competencia con sus colegas”, debido a que no existe ley que establezca o exija a los odontólogos cobrar determinadas tarifas, sino que existen algunas sugeridas por la Federación, ante lo cual el profesional está en libertad de acogerse o no a ellas. Además por ser la odontología profesión liberal obedece a la ley de oferta y demanda del mercado.

En el artículo 34 de la Ley demanda la expresión “moral y”, debido a que el código de ética profesional tiene que regular estrictamente los actos en ejercicio de

la profesión, no los que haga en su vida privada o pública, remitiéndose a la Sentencia C-098 de 2003, de la cual algunos criterios en aras de la igualdad deben aplicarse a la profesión de odontología, según el demandante.

Basados en el hecho de que el Estado puede restringir el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad cuando la conducta personal del profesional pueda causar daño a las personas con que se relaciona, por ser la odontología una profesión encaminada a servir a la sociedad.

La Corte considera que como profesión al servicio de la comunidad, el odontólogo está en el deber de colaborar con la preparación de las futuras generaciones, estimulando el amor a la ciencia y a la profesión. En el evento de ser llamado a dictar alguna cátedra se someterá a las disposiciones legales, principios pedagógicos y éticos.

En cuanto al artículo 18 demandado, teniendo como base el artículo 11, 19, 20, 21 y 22, la Corte considera el artículo ajustado a la Constitución y la ley sobre los honorarios que puede cobrar, se consideró inconstitucional la expresión, debido a que vulnera el derecho a la contraprestación que se debe recibir por el trabajo; además, los honorarios generados por el libre ejercicio de las profesiones están directamente ligados al derecho al trabajo, ya que la unificación de tarifas es impracticable.

El Ministerio Público también considera que se viola el derecho del odontólogo de expresar su opinión y por lo tanto debe ser declarado inexecutable.

Para declarar inexecutable el artículo 49, la Corte tuvo en cuenta la Sentencia C-116 de 1999, donde se declaró inexecutable el artículo 57 del Código de Ética Médica, pues violaba, como en este caso los artículos 13, 20 y 25 de la Constitución

Realizando el análisis de cada norma demandada, la Corte decidió:

“Primero: Declarar exequible la expresión “Es deber del odontólogo”, contenida en el literal f) del artículo 1º de la Ley 35 de 1989 “sobre ética del odontólogo colombiano”.

Segundo: Declarar exequible el artículo 18 de la misma Ley 35 de 1989.

Tercero: Declarar inexequibles el literal e) y la expresión “privada” contenida en el literal g) del artículo 1º de la Ley 35 de 1989.

Cuarto: Declarar inexequible la expresión “no fijará honorarios que establezcan competencia con sus colegas” contenida en el artículo 30 de la misma Ley.

Quinto: Declarar inexequible la expresión “la moral y” contenida en el artículo 34 de la Ley 35 de 1989.

Sexto: Declarar inexequible el artículo 49 de la Ley 35 de 1989.

Séptimo: Declarar inexequible el artículo 55 de la Ley 35 de 1989”.
(Colombia, Corte Constitucional, 2005)

Capítulo VII

La falla en el servicio

La labor del profesional de odontología cobra importancia cuando surge la necesidad en el ser humano de solicitar o requerir el servicio, por razones como el dolor, la molestia, la disminución o falta de alguna función, traumas, estética, reparar la iatrogenia o un tratamiento anterior, entre otros, todo ello teniendo en cuenta el componente económico; de todas formas, el paciente llega a un consultorio odontológico con cierta expectativa, la cual espera el odontólogo satisfaga.

Lo primero que hace el odontólogo es realizar la historia clínica en forma diligente, con el fin de tener claros los riesgos previstos y no previstos, que podrían presentarse en el respectivo procedimiento a realizar, todo con el fin de dar respuesta a las necesidades del paciente; permite también dar falsas expectativas al paciente.

Luego se procede a autorizar el tratamiento a través del consentimiento informado, no sin antes haber explicado verbalmente al usuario los riesgos y lo que significa o contiene dicho consentimiento; utilizando todas las herramientas, figuras, dibujos, esquemas, fotos, entre otros, que sean útiles para resolver todas las dudas del paciente y proceder éste a firmar.

Por experiencia y de acuerdo a lo observado, cuando se asiste al odontólogo, especialmente en aquellos que trabajan por producción, o en empresas tanto del sector privado como público, el médico no se toma tantas molestias para explicar los riesgos que puedan surgir del procedimiento, sólo se limitan a informar a la persona lo que van a realizar y le hacen firmar al paciente antes de realizar cualquier proceso.

Teniendo en cuenta la cantidad de quejas que se han suscitado actualmente en el sector salud por mala praxis, impericia en la actividad odontológica, se hace necesario que el profesional replantee el hecho de “curarse en salud” explicando detalladamente los riesgos y no hacer firmar el consentimiento informado obviando dicha explicación, debido a que muchos pacientes desconocen su situación clínica y las posibles complicaciones que puede tener.

Después del consentimiento informado y una exhaustiva revisión de la cavidad oral, el odontólogo debe evaluar su capacidad, pericia y conocimientos de que dispone para realizar el trabajo, donde no se sienta capacitado o no tenga la debida experiencia, no debe dudar en remitir el caso a otros especialistas o asesorarse al respecto.

Aunque la prestación de servicios de salud ha cambiado, especialmente a partir de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, encaminada a brindar calidad, eficiencia y oportunidad en la atención, todavía existe la posibilidad que en la asistencia de dichos servicios surjan riesgos por diferentes motivos.

Si en la prestación del servicio no se tienen en cuenta los protocolos de seguridad y los debidos controles, éste se convierte en potencialmente peligroso, generando los llamados efectos adversos, que puede impactar la salud tanto del paciente como del profesional que lo atiende.

En la prestación del servicio odontológico, se pueden presentar algunos efectos adversos como los siguientes:

- Reacciones vagas
- Lesión dientes vecinos
- Fractura mandibular
- Fractura de implantes

- Fractura radicular, fractura de pernos o roturas de elementos protésicos por mal oclusión o por utilización de materiales deficientes.
- Lesiones de nervios y vasos sanguíneos (a veces inevitable: Ej. Lesión del nervio al extraer tercer molar).
- Recidivas en tratamientos de ortodoncia u ortopedia.
- Fracturas dentales post tratamientos endodóntico.
- Comunicación buco sinusal.
- Parestesias por anestesia o por extracciones.
- Rotura de instrumental endodóntico en ápices con posterior proceso peri apical.
- Desajuste articular por prótesis y ortodoncia desadaptados en oclusión (trastornos articular).
- Hiperplasia mucosa por prótesis desadaptada.
- Hipersensibilidad dental post tratamiento protésicos en piezas vitales.
- Alergias en sustancias utilizadas en la práctica.
- Ulceración de la mucosa bucal, por efecto de los ácidos utilizados para el blanqueamiento.
- Restos radiculares (ápices) posextracción.
- Defectos óseos producidos por extracciones complejas (alveolectomías externas).
- Fracaso en la óseo integración.
- Tratamientos de conducto con posterior proceso peri apical por conductos mal obturados.
- Problemas de orden estético en rehabilitación.
- Visualización de pernos cortos.
- Instrumentos que se rompen. Ej.: roturas de fresas, aspiración o deglución de cuerpos extraños (Servimed, 2013).

Por causa de estos efectos adversos hay ocasiones en que el profesional es acusado por negligencia, mala praxis, impericia o cualquier otra causa, por parte de los pacientes; sin embargo, para poder determinar la responsabilidad o culpabilidad que atañe al profesional, es necesario probar la falla del servicio.

7.1. Prueba de la falla

La Corte Constitucional menciona que la falla del servicio se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo. El retardo tiene que ver con la prestación del servicio tardíamente; la irregularidad, cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe ser en condiciones normales; contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia, cuando se presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. La omisión, cuando teniendo el deber legal de prestar el servicio no se actúa, no se presta y las personas quedan desamparadas (Consejo de Estado, s.f.).

Para alegar falla del servicio y sacar adelante las pretensiones de la demanda, se hace necesario demostrar la totalidad de elementos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, acreditando la existencia de la falla. El demandante no solo debe probar cómo ocurrieron los hechos sino cuándo, y dónde.

De acuerdo con (Gil Botero, 2010), de todos los actos de los profesionales de la salud se derivan consecuencias en el ámbito del derecho.

Por lo tanto, antes de 1990, los temas de responsabilidad médica se basaban en la carga de la prueba, donde el demandante debía probar la negligencia o motivo por el cual fallo el servicio, bien sea por mal funcionamiento, incumplimiento, omisión o daño y que entre el perjuicio y la falla había un vínculo de causalidad, de lo contrario, no prosperaban sus pretensiones.

7.2. Falla presunta

El Consejo de Estado consideró injusta la carga que debía afrontar el perjudicado para probar la falla en el servicio, por lo que a principios de 1990 se

empezó a introducir criterios para alivianar la obligación de probar los hechos, que había en cabeza del paciente (víctima) por la vía de la presunción.

Es así como con la Sentencia de octubre 24 de 1990 Exp. 5902 se introdujo el principio de presunción de falla del servicio médico, manifestando que en el caso de responsabilidad médica la prueba de la diligencia debía hacerla el demandado, es decir, el profesional de la salud, ya que ellos cuentan con los conocimientos suficientes y necesarios para probar dicha falla (Consejo de Estado, 1990).

Para probar determinada falla en el servicio, se hace uso de un material específico que se califica como probatorio, es decir, el que va a aportar las pruebas necesarias para establecer la responsabilidad, dentro de las que se encuentran: la historia clínica, los testimonios, los indicios, la inspección y la prueba pericial.

“a-Historia clínica: "Es el registro obligatorio de las condiciones de la salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros por autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley" (artículo 34 ley 23 de 1981).

b- Testimonio: "Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicita en la actuación procesal" (artículo 282 Código de Procedimiento Penal)

c- Indicio: Es aquello de lo cual se deduce la ocurrencia de un hecho punible.

d- Inspección: Mediante ésta se comprobará el estado de las personas, los lugares, los rastros y otros efectos materiales que fueran de utilidad para la averiguación del hecho. La individualización de los partícipes (artículo 259 Código de Procedimiento Penal).

e- Prueba pericial: es una prueba realizada por un profesional en la materia, que indaga los hechos, circunstancias, instrumentos y todo aquellos susceptible de aportar información sobre el caso”. (Gil Botero, 2010).

Existen eventos en que la demanda no prospera, porque es desestimada, debido a que se prueba el rompimiento del nexo causal, o la relación o vínculo directo entre la falla y los perjuicios o daños sufridos, por causales como: fuerza mayor, se trata de un suceso externo al procedimiento, imprevisible, es decir, no había forma de sospechar su ocurrencia e irresistible, o imposible de contrarrestar; o por caso fortuito, es un hecho que además de ser imprevisible e irresistible, ocurre dentro del campo de actividad del profesional; también se puede alegar culpa exclusiva del paciente, lo que produce exoneración total de la responsabilidad del odontólogo, cuando se pueda probar; otro motivo es por causa de un tercero (Irisarri B., 2000).

7.3. Carga dinámica de la prueba

Con el criterio de la falla probada, la falla presunta del servicio, el Consejo de Estado impulsó la teoría de la carga dinámica de las pruebas, como solución más equilibrada con la idea de justicia que debe mediar el procedimiento judicial en temas de la salud, donde el daño es recurrente.

En el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil se señala la necesidad aportar las pruebas necesarias para demostrar los hechos y efectos jurídicos, como fundamento legal de la carga de la prueba así: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”* (Art. 177 C.P.C.).

De acuerdo con (Pérez Restrepo, 2011), la carga dinámica de la prueba se resume en tres puntos:

- “a) Poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones;*
- b) deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y*
- c) Necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda”.*

La carga dinámica de la prueba se refiere a la obligación o deber del juez de sopesar los hechos a la luz de la jurisprudencia, es decir, el juez es el único que está obligado con la carga.

En el Proyecto de Ley No. 159 de 2011 o Código General del Proceso, artículo 167 se incluye la carga probatoria dinámica, en los siguientes términos:

“Artículo 167.- Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. (...)”.

Lo anterior indica que la prueba la debe aportar la parte que tenga mayor acceso o facilidad para conseguirla.

En el caso del servicio odontológico, considero que generalmente al odontólogo le queda más fácil aportar las pruebas, debido a que los documentos, fotografías, registros y demás elementos que podrían servir se encuentran en poder del profesional, como es la historia clínica, el consentimiento informado, entre otras, ya que el paciente casi nunca pide copia de dichos documentos o tiene acceso a ellos.

En el ordenamiento jurídico colombiano la carga dinámica de la prueba nació en medio del debate sobre responsabilidad médica en lo contencioso administrativo, pues al inicio de los 90, quien demandaba era quien aportaba las pruebas que acreditaba la falla del servicio, lo que terminaba en demandas que no prosperaban, debido a que los pacientes no tenían acceso a la consecución de pruebas.

Lo anterior cambió con Sentencia de octubre 24, cuando el Consejo de Estado indicó que en responsabilidad médica las pruebas estaban en cabeza del demandado (odontólogo o profesional de la salud), llamado presunción de falla del servicio médico.

En cualquiera de los casos se deben establecer tres elementos básicos: hecho dañoso, daño antijurídico y nexo causal (Pérez Restrepo, 2011).

Capítulo VIII

La prestación de los servicios odontológicos hoy

El ejercicio de la odontología en Colombia fue influido por dos leyes, que fueron la Ley 30 de 1992, la cual faculta a universidades y particulares para crear con requisitos mínimos, programas académicos de pregrado y posgrado, es así como en 1970 existían solo 5 facultades de Odontología y ahora en el 2015 existen alrededor de 33 facultades, para una población de 45 millones aproximadamente; al hacer la comparación con otros países se evidencia la sobredemanda que existe en el país; ya que en Estados Unidos son 53 programas o facultades para 332 millones y en Canadá 8 para 33 millones, titulando en el país alrededor de 1.750 nuevos odontólogos cada año (Ramos Gárbiras, 2011).

Al respecto, un estudio denominado los Recursos Humanos de la Salud en Colombia (Ternera Pulido, s.f.), hizo unas estimaciones de la demanda de odontólogos en el país para los años 2000 a 2020, obteniendo los siguientes resultados: ver tabla 1, página siguiente.

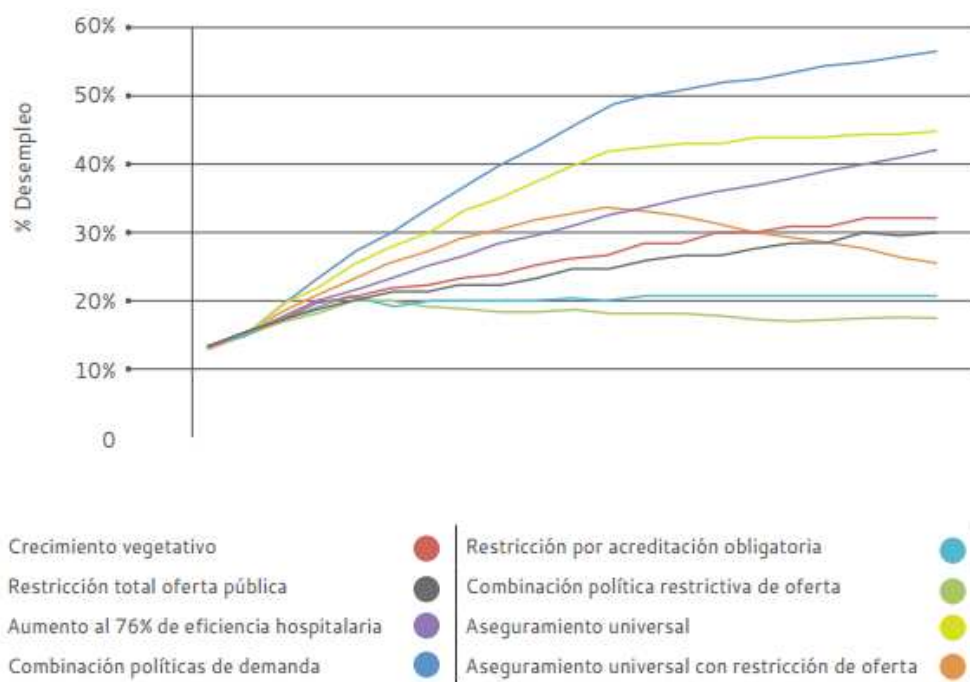
Tabla 1. Estimación de la demanda de odontólogos en Colombia

Año	Demanda Institucional	Demanda No Institucional	Demanda Total	Otro empleo, estudio, pensión
2005	11.158	9.264	20.492	7.474
2006	11.291	9.690	20.981	7.778
2007	11.528	9.850	21.378	8.084
2008	11.770	10.012	21.782	8.389
2009	12.004	10.101	22.105	8.698
2010	12.276	10.214	22.490	9.003
2011	12.554	10.327	22.888	9.309
2012	12.839	10.437	23.276	9.614
2013	13.131	10.546	23.677	9.920
2014	13.392	10.623	24.015	10.230
2015	13.698	10.727	24.425	10.534
2016	14.012	10.830	24.842	10.840
2017	14.334	10.930	25.264	11.146
2018	14.664	11.027	25.691	11.452
2019	15.002	11.121	26.123	11.759
2020	15.349	11.213	26.562	12.065

Fuente: Jairo Hernán Ternera Pulido. Planificación de talento humano en salud oral en Colombia Acta Odontológica Colombiana. Disponible en Internet: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/actaodontocol/article/download/28376/28732>

También se graficó la proyección del desempleo del profesional de odontología, obteniendo la siguiente figura

Figura 1. Evolución porcentual de desempleo de odontólogos según escenario 2005-2020



Fuente: Jairo Hernán Ternera Pulido. Planificación de talento humano en salud oral en Colombia Acta Odontológica Colombiana. Disponible en Internet: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/actaodontocol/article/download/28376/28732>

La estimación del desempleo de los profesionales de odontología para fluctúa entre el 20% y el 60%

Así mismo, (Ternera Pulido, s.f.), considera, que si el Ministerio de Protección social cumple lo dispuesto en la Sentencia T-760 de 2008, disminuyendo servicios en salud oral para el régimen subsidiado, donde sólo se garantiza atención para menores de 19 años, la situación para el odontólogo empeoraría, disminuyendo las escasas plazas rurales que aún existen.

Por lo tanto considera necesario poner en marcha algunas alternativas para paliar la situación, pero con el concurso y compromiso de los diferentes actores involucrados, entre las cuales propone:

- Regular el número de programas, facultades y cupos para formación de odontólogos en Colombia, ajustando la oferta educativa a las nuevas realidades de la profesión.
- Que las IPS vinculen más odontólogos, cumpliendo la recomendación de la OMS, con el fin de disminuir el desempleo.
- La recertificación obligatoria y cancelación de licencias profesionales debe acompañarse de medidas de regulación del número de cupos en las facultades de odontología (Ternera Pulido, s.f.).

Por otro lado, con la expedición de la Ley 100 se reformó el sistema de salud en Colombia, con un aumento en los servicios de este sector, se crearon las EPS, ARS, IPS, ESE, entre otras, permitiendo que la salud se mueva de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda, es decir, convirtiendo en un negocio el derecho a la salud, con las teorías económicas provenientes de la globalización (Ramos Gárbiras, 2011).

Según (Ramos Gárbiras, 2011) las EPS y ARS creadas con la Ley 100 sólo se preocupan por el rendimiento de su capital financiero, sin importarles los intereses del sistema (calidad, eficiencia, eficacia y equidad en los servicios); por lo tanto, en la ley 100 no hay estímulos ni garantías para que un profesional, docente, investigador, hospital, clínica o farmacéutico pueda sobrevivir digna y decorosamente.

En este sentido, la (Federación Odontológica Colombiana, 2011) considera que la profesión se enfrenta a un cambio importante, ya que se encuentra en una situación de deterioro debido a la inactividad y paquidermia de las instituciones representativas de la profesión.

La Federación considera inaudito que mientras muchas EPS y sus empresa asociadas se enriquecen con los recursos públicos de la salud, los trabajadores de la salud se encuentran en precarias condiciones laborales y de bienestar, con grandes pérdidas en su capacidad adquisitiva, sin vacaciones, sin prestaciones sociales, entre otras. Además de ello, las EPS retrasan el pago por sus servicios, que a veces va de 45 a 180 días (Federación Odontológica Colombiana, 2011).

Para (Ramos Gárbiras, 2011), lo anterior ha traído algunas graves consecuencias para el bienestar tanto de la salud de los colombianos como para los profesionales que se dedican a ella, como son:

“quiebra de un importante porcentaje de la red pública hospitalaria del país y de una gran cantidad de clínicas privadas; el enriquecimiento exagerado e injustificado de unos pocos particulares intermediarios (EPSs y ARSs), y la tercerización de la salud a través de la aviación de contratos a intermediarios, todo debido al abuso de la posición dominante que les permite dobles afiliaciones, afiliaciones fantasmas, no pago a las IPS, no capacidad de negociación de las IPS y de los profesionales, incapacidad de los entes de control, tarifas irrisorias previo tramite engorroso; deterioro de la excelencia y de la calidad de las profesiones de la salud colombiana, de la prestación de los servicios y del empleo en el sector, entre otras graves consecuencias” (pag. 3).

En este orden de ideas (Castro, 2008) los odontólogos actuales se encuentran viviendo el tiempo de transición generacional por la ley 100, ya que los odontólogos

con más de 30 ó 40 años de servicio tuvieron la oportunidad de conocer dos ambientes regulatorios totalmente diferentes.

El autor mencionado considera que con la entrada en vigencia de la Ley 100, en vez de llegar a la calidad promulgada por dicha ley, el servicio y la atención se ha deteriorado, comandado por los intereses económicos, empezando a olvidarse de las buenas prácticas.

Es así como algunas “prácticas” poco recomendadas que lleva a cabo el odontólogo en sus labores diarias se están volviendo costumbres, entre ellas se mencionan las siguientes:

Las llamadas “valoraciones y cotizaciones” que ofrecen los consultorios odontológicos “gratis” no se puede llamar un verdadero examen clínico, sino identificación ligera de los probables tratamientos, todo sin agotar debidamente la etapa diagnóstica y con el afán de llegar a un acuerdo comercial.

Esta premura en la atención ocasiona que no se le dedique el tiempo suficiente al paciente para llenar su historia clínica, conocer sus antecedentes médicos personales y familiares y otro tipo de exámenes como extraoral, articulación temporomandibular, paladar, orofaringe, lengua, etc., sino que la historia clínica se hace casi que exclusivamente levantando una carta dental e identificando al paciente.

Ello lleva a que la historia clínica no evidencie la razón por la cual se hizo el tratamiento, omite información valiosa como los síntomas, hallazgos clínicos para soportar el diagnóstico, y mucho menos la descripción de los procedimientos realizados

Otro aspecto que muchas veces se pasan por alto por el afán de iniciar pronto el tratamiento es la utilización de ayudas diagnósticas como las radiografías, o las

indican, pero no colocan sus resultados en la historia clínica, pasando a ser solo un anexo de ésta.

El consentimiento informado, que debía ser la debida explicación por parte del profesional al paciente, sobre riesgos, posibilidades, tratamientos a realizar y demás información de utilidad pasó a ser solamente un papel con un contenido genérico y preelaborado, el cual hacen firmar a todos los pacientes, más para “curarse en salud” que con la intención de tener la certeza de que el usuario comprendió la información y aprobó el tratamiento.

Las instituciones de salud que contratan odontólogos en muy pocas ocasiones se preocupan por la capacitación y actualización de éstos y aquel profesional que lo quiera hacer, debe lograrlo por su propio mérito, pagando los costos y por supuesto, buscando quien lo reemplace en su trabajo, porque no se puede dejar de generar ingresos o atender los pacientes.

De acuerdo con (Arroyave, 2003), el odontólogo y otros profesionales han entrado a replantear su quehacer dentro de la estructura social y económica de Colombia, debido a los estragos que produjo la Ley 100, ya que hasta hace 15 ó 20 años la odontología era una profesión con categoría especial y muy bien pagos, trabajando individual y liberalmente en su propia microempresa o consultorio, cuyo prestigio dependía solo del profesional. Sin embargo, actualmente la profesión se identifica con pauperización, desempleo, nuevos egresados, nombres de marca.

Cita las palabras del Presidente de la Asociación Odontológica Sindical Colombiana ASDOAS -, cuando destaca que para sobrevivir, el odontólogo actual se alquila a destaja a una empresa de salud, con una remuneración irrisoria en máxima exigencia laboral (Arroyave, 2003).

Para el Dr. Carlos Fernando Ortiz, académico de la Universidad Nacional, la odontología se ha convertido en algo totalmente dependiente y obedeciendo a las leyes de mercado, control de calidad e industrialización (Arroyave, 2003).

Con la Ley 100 de 1993, se ha colocado al odontólogo en manos de las EPS e IPS, que en ocasiones les hace violar aún la Ley 35 de 1989 o Código de Ética del Odontólogo, porque en la medida que las leyes de mercado le exigen atender al mayor número de pacientes posible, no dedican el suficiente tiempo para realizar una buena historia clínica y mucho menos una adecuada evaluación, omitiendo el artículo 8 de la Ley cuando estipula "el odontólogo dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud bucal. Igualmente, indicará los exámenes indispensables para establecer un buen diagnóstico y prescribir el tratamiento correspondiente" (Art. 8 Ley 35/89).

Por lo tanto, (Castro, 2008) hace un llamado a la concientización del profesional de la odontología, teniendo en cuenta que según el Código de Ética, esta es una profesión para servir a la sociedad, por lo tanto, no hay que tomar en poco o con ligereza la historia clínica, el cual es una herramienta ,muy importante para el éxito del tratamiento, empezando con realizar un buen diagnóstico, la toma de datos debe ser completa y exhaustiva, incluir sistema estomatognático y no solo los dientes, utilizar las ayudas diagnósticas que sean necesarias para llevarlo a cabo.

Toda persona necesita una consulta odontológica, tanto por prevención como por mejoramiento de su salud bucal, sin embargo, muchos no asisten porque sienten temor, más cuando ahora los profesionales se limitan a atender a las personas sin mediar casi palabra, preguntando solo lo necesario y asumiendo que su trabajo se limita exclusivamente a examinar los dientes y realizar el procedimiento indicado, trabajo que pretenden realizar sin ganarse la confianza del paciente, aumentando aún más el nerviosismo del mismo; por lo tanto, dicha consulta debe incluir diálogo,

donde se anime al usuario a expresar sus antecedentes médicos, a manifestar sus inquietudes, entre otros aspectos, así se evitan muchos desaciertos y malestares.

Como norma ética, el odontólogo debe ser consciente de la necesidad de brindar un trabajo de calidad, procurando el equilibrio entre cantidad (volumen de pacientes) y calidad o buen trabajo, ya que de ello depende su continuidad en el mercado y evita demandas de los usuarios por insatisfacción con el servicio.

Los que actúan conforme a la ética, poniendo en relieve los intereses y la vida de sus pacientes, cuando se ven en una situación de demanda o denuncia por supuesto daño tienen la convicción que su proceder y apearse a las normas finalmente va a dilucidar la verdad; sin embargo, cuando pasa lo contrario, muy probablemente las consecuencias de no atender el código de ética van a ser costosas.

Capítulo IX

Análisis de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad odontológica

Para el ejercicio de la odontología se requiere el uso de diferentes técnicas, procedimientos y conocimientos de carácter técnico, que persiguen un resultado que se espera sea exitoso, y este fin tiene implicaciones y consecuencias de acuerdo a la ley.

El odontólogo puede ser vinculado a diferentes acciones jurídicas de carácter civil, penal, ético, disciplinario y llamamientos en garantía por demandas contencioso administrativas.

El odontólogo está obligado a guardar el secreto profesional en todo lo que, por razón del ejercicio de su profesión, haya visto, escuchado y comprendido, salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales. Así mismo, está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional.

Para determinar el alcance de las obligaciones convenidas, la doctrina habla de las obligaciones de medio y de resultado; y del tipo de obligación asumida dependerá la carga de la prueba de las partes en un proceso de responsabilidad civil.

La obligación de probar, bien la culpa, o la ausencia de ésta, no se asigna de antemano a una de las partes en el litigio, sino a quien esté en mejores condiciones de probarla.

¿Qué es responsabilidad médica?

Los elementos de la responsabilidad son:

- El daño.
- La culpa.

- y el nexo causal.
- Manifestación de la voluntad

Para que se configure la responsabilidad contractual se exige la existencia de un contrato previo escrito o verbal entre el profesional tratante y el paciente, del cual emanen las obligaciones que serán luego incumplidas.

9.1. Responsabilidad por el ejercicio de la odontología en Colombia

La responsabilidad odontológica es una variante de la responsabilidad profesional y general que atañe a todas las personas independientemente que ejerzan o no una profesión, la diferencia estriba que a través de ese ejercicio surja un elemento objetivo «el daño», que tenga relación directa con el accionar médico, ya sea por una atención médica, una intervención quirúrgica, una práctica, etc., y que desde el punto de vista legal, se halle encuadrado dentro de los denominados delitos culposos, en donde la intencionalidad del accionar es no provocar un daño, que si sucede debe ser por imprudencia, impericia, negligencia e inobservancia de los deberes a su cargo.

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

La culpa o negligencia ha sido definida como el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo.

Este elemento es el vínculo que une, por una parte, la conducta del agente causante, y por la otra, el daño.

Hace referencia a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato.

Contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aun así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia.

9.2. Consentimiento informado

Responsabilidad por el hecho propio vs. Responsabilidad por el hecho ajeno

"En atención a la culpa del médico demandado, éste comprometió directamente tanto su responsabilidad como la de la clínica demandada, por lo que deben responder en forma solidaria por los daños causados al demandante" a raíz de la "ejecución defectuosa del contrato de prestación de servicios celebrado con el demandante", es decir, dentro de la órbita de la responsabilidad contractual".

La Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, emitió en su sentencia del 17 de noviembre de 2011, con ponencia del Magistrado Dr. William Namén Vargas, que cuando existe una prestación de servicios odontológicos ineficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las entidades prestadoras de salud prestándolos mediante contratación con instituciones prestadoras de salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los danos causados, en especial cuando se trata de la muerte o lesiones a la salud de las personas, por acción u omisión.

Al Hablar de obligaciones de medios cuando el deudor se ha comprometido a comportarse en cierta manera, es decir, a poner todos sus conocimientos, empeño o diligencias en lograr un resultado determinado, pero sin garantizar un resultado específico.

Las obligaciones de resultado son las contraídas con el fin de ejecutar un acto específico, positivo o negativo, que se traducirá en un resultado que de no efectuarse correspondería a un incumplimiento. De acuerdo con el código de ética odontológica (Ver Anexo 1), en su Artículo 2o. El odontólogo dispensará los beneficios de su profesión a las personas que los necesiten, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley, y rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral y cuando existan condiciones que interfieran su libre y correcto ejercicio. Además de esto el odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento. También el odontólogo mantendrá su consultorio con el decoro y la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional.

Para el cumplimiento de lo anterior se crea el Tribunal Nacional de Ética Odontológica, con sede en la capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la odontología en Colombia. Y a juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la Ética Odontológica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

- Amonestación privada.
- Censura, que podrá ser:
 - Escrita, pero privada.
 - Escrita y pública.
 - Verbal y pública.
- Suspensión en el ejercicio de la odontología hasta por seis meses.
- Suspensión en el ejercicio de la odontología hasta por cinco años.

¿Cómo se puede probar el consentimiento informado en un proceso de responsabilidad Odontológica?

“En cuanto a la forma como debe brindarse el consentimiento, vale destacar que no se requiere necesariamente que conste por escrito, puede expresarse en forma verbal, o inclusive tácita, lo cual puede inferirse por ejemplo de la aceptación de las Prescripciones clínicas, de las cuales conoce los riesgos a los que se expone.

El hecho de que el consentimiento no conste por escrito genera dificultades probatorias para la entidad que prestó el servicio, habida cuenta de que es la llamada a demostrar que obtuvo el consentimiento del paciente, pero no lo hace inexistente”.

El consentimiento informado se prueba con la firma del paciente, aunque ello no significa que el profesional de salud no tenga responsabilidad alguna.

9.3. Importancia probatoria de las historias clínicas

En esta sentencia se vuelve a demostrar la importancia de contar con historias clínicas completas y actualizadas. Un paciente demandó a su odontólogo por las consecuencias de un tratamiento interrumpido por él mismo. La historia clínica que se presentó en el juicio reflejaba escrupulosamente esas incidencias y terminó por ser decisoria a la hora de absolver al odontólogo.

Es muy recomendable que el odontólogo documente los incidentes que vayan surgiendo por los incumplimientos de los pacientes de las pautas que les va dando, ya que el correcto desarrollo de un tratamiento depende en buena medida de la colaboración del paciente. Para intentar evitar que los incumplimientos o la falta de colaboración de los pacientes se vuelvan contra el propio médico para exigirle responsabilidades por una supuesta mala praxis, conviene reflejar en la historia clínica de forma clara estos incidentes. Otra medida adicional de seguridad

es adecuar los consentimientos informados por escrito para que adviertan al paciente de la necesidad de su colaboración.

9.4. Carga dinámica de la prueba

Se aligeran las cargas probatorias en materia de causalidad, de manera tal que no resulte siniestra la prueba para el paciente indefenso, ni tampoco se llegue a satanizar ab initio a la entidad prestadora de salud o al médico tratante.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil señala que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”. En palabras simples, esta norma señala que las partes, si aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones, o su defensa en general, puede aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma. Esta norma, es el fundamento legal de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico.

La carga de la prueba, como la define PARRA, Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

...no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte (Ríos Leiva, 2013, pp. 95 y ss).

Asimismo, ROSENBERG plantea: Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no

obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada. (Ramos Romeu, 2008, pp. 345 y ss).

(...) cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables, esto es, de las normas sin cuya aplicación la parte no puede tener éxito en el proceso. (Montero Aroca, 2002, p. 87).

Otro autor fundamental para la definición de este tópico es MICHELI, quien afirma que: “La tradición romana, recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado. (PARRA QUIJANO, 2004, Pág. 242)

Para MICHELI, La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para un fin jurídico alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observancia de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado. (ROSENBERG, 2002, Pág. 7).

La regla de la carga de la prueba tiene (...) como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso.

(ROSENBERG, 2002, Pág. 7).

Se puede resumir la carga de la prueba en tres puntos: a) poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento; b) deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y c) necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda. (MICHELI, 1961, Pág. 59).

De otra parte, para saber qué se entiende por carga de la prueba es indispensable, según DEVIS, distinguir los dos aspectos de la noción, a saber:

1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar (...), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. (MICHELI, 1961, Pág. 59).

Por tanto, para DEVIS la carga de la prueba es: "...una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte" (MICHELI, 1961, Pág. 59).

Para este último autor, su concepto de carga de la prueba armoniza con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, a cada parte le incumbe demostrar lo que le atañe según sea el caso, lo que puede evidenciar que el contenido de la carga dinámica de la prueba no coincide con sus postulados en la materia. Reitera:

(...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso. Se exige que aparezca la prueba, más no importa quién la aduzca. De ahí que consideramos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, p u es únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; sólo cuando no aparece ésta, corresponde determinar la parte que debía evitar su omisión. Es decir: indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él, pero si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta. Si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo. (MICHELI, 1961, Pág. 59).

La carga dinámica de la prueba es una tesis que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad odontológica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por PEYRANO (DEVIS ECHANDÍA, 2002, Pág. 405), quien en su obra “Cargas Probatorias Dinámicas”, la que comparte con otros autores, elabora toda una sistematización al respecto. Esta tesis sustenta que “más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla.” (Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 152, diciembre 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia).

De la misma forma, en la obra de PEYRANO se sostiene: “Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo p o r motivos completamente ajenos a su voluntad.” (DEVIS ECHANDÍA, 2007, Pág. 198).

Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, consiste en que ésta es “una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla” (VALENTÍN, Gabriel. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. [En línea]:http://egacal.educativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf). Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.

Lo anterior, es corroborado por TAMAYO, el cual afirma que: No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance p ara lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto. (PEYRANO, Jorge Walter, et al. Cargas Probatorias Dinámicas. Op. Cit., Pág. 60).

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas

probatorias. En otras palabras, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba.

En Colombia la carga probatoria dinámica no ha tenido consagración legal expresa, ha sido de tratamiento jurisprudencial. Empero, en el proyecto de ley de Código General del Proceso, en su artículo 167, se incluye la carga probatoria dinámica, a saber: “Artículo 167.- Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos.

Por tanto, el nuevo Código General del Proceso traería consigo esta innovación. En este proyecto de ley se manifiesta:

“El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, y a que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho.”(PEYRANO, Jorge Walter, et al. Cargas Probatorias Dinámicas. Op. Cit., Pág. 60).

Después de todo surge el siguiente interrogante: ¿Qué críticas ha merecido el concepto de carga probatoria dinámica? Entre otros autores, TAMAYO, citado arriba, hizo críticas al Consejo de Estado por la posición que éste asumía en torno al manejo del concepto en cuestión. Tal

crítica se basó en que, primero, se rompía la regla general según la cual la carga de la prueba la tiene el demandante, pues el demandado no tiene porqué acudir al proceso a probar (salvo cuando propone excepciones), segundo, la carga dinámica de la prueba se convierte en violatoria del derecho de defensa, del debido proceso, porque si la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba la realiza el juez, quien acude al proceso jurisdiccional, de antemano, no sabe cómo razonará este al momento de decidir, y perfectamente la parte demandada puede ser sorprendida con la declaración de que tenía la carga de la prueba y no probó.

Desde otra óptica, Sergio José Barberio (BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista), manifiesta que todo litigante:

“no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina (...). P o r tal razón no hay en verdad "sorpresas ", pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra a l esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá -muy probablemente- a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada. (...) En ninguno de los supuestos se aprecia indefensión hacia quien "podía" probar, mantuvo silencio y no lo hizo.” (Temas Jurídicos. N° 11, 1995, Pág. 16).

Esta perspectiva muestra otra concepción con respecto a la carga dinámica de la prueba, mostrándola como pertinente en el proceso judicial. Una posible tercera posición, podría significar que la carga dinámica de la prueba no debe emplearse de manera indiscriminada, si no de manera excepcional, esto es, como excepción a la regla general de la distribución de la carga de la prueba, preceptuada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y sólo en casos donde la aplicación rígida de esta norma lleve a resultados inocuos.

En nuestro ordenamiento jurídico la carga probatoria dinámica tuvo plena aplicación jurisprudencial en los casos en los que se debatía la responsabilidad odontológica en lo contencioso administrativo.

Hasta el inicio de la década de los noventa, en casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, era imperativo que quien demandaba aportara las pruebas que acreditaran la falla del servicio en el acto médico, con el fin de que sus pretensiones salieran adelante; esto comportaba el régimen de la falla del servicio probada. Esta situación implicaba que en muchas ocasiones, las demandas fueran infructuosas puesto que para el actor era de imposible consecución dichas pruebas en tanto que escapaban de su esfera de conocimiento.

En sentencia del 24 de octubre de 1990 el Consejo de Estado (DEVIS ECHANDÍA, 2007, Pág. 197), indicó que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía al demandado en los casos de responsabilidad médica. Se generó, entonces, una presunción de falla del servicio médico, presidiendo así en estos tiempos el régimen de la falla del servicio presunta. Para el ejercicio de la odontología se requiere diferentes técnicas, procedimientos conocimientos de carácter técnico, que persiguen un resultado que se espera sea exitoso, y este fin tiene implicaciones y consecuencias de acuerdo a la ley. El odontólogo puede ser vinculado a diferentes acciones jurídicas de carácter civil, penal, ético, disciplinario y llamamientos en garantía por demandas contencioso administrativas.

Se hace aquí una precisión conceptual. En ambos regímenes, esto es, el de falla probada y el de falla presunta, se deben establecer tres elementos, a saber: hecho dañoso, daño antijurídico y nexo causal. La diferencia radica en la titularidad de la carga de la prueba, en tanto en el régimen de falla probada del servicio, la carga probatoria opera conforme los principios generales de la carga de la prueba regulada en el Código de Procedimiento Civil, es decir, el demandante tiene la carga de probar todos los hechos aducidos en sus pretensiones, para así configurar la responsabilidad de la entidad pública demandada. Mientras que en el régimen de falla presunta del servicio, se invierte la carga probatoria, dado que el demandante sólo debe probar el hecho dañoso y la relación de éste con el acto u omisión de la administración, creándose una presunción de falla en el servicio, lo que implica que el daño antijurídico se dé

como presunto, y que la carga probatoria pase al Estado para desvirtuar dicha presunción con el fin de lograr su exoneración.

A partir de la sentencia del 30 de julio de 1992 (Proyecto de Ley de Código General del Proceso. Ministerio del Interior y de Justicia), el Consejo de Estado se refiere a la carga de la prueba en el sentido de conducta de parte, debatiendo un asunto de responsabilidad médica, reafirmando el régimen de la falla presunta. A lo largo de esta sentencia lo que planteó el Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, parafraseado aquí, es lo siguiente: quien en mejores condiciones está para probar que no se actuó de forma negligente o descuidada es la entidad hospitalaria, por tanto es ésta quien tiene que ir al proceso a demostrar la diligencia y cuidado, puesto que las circunstancias conforme ocurren los hechos en el acto médico, con el paciente sedado o dormido, en un quirófano, hacen imposible que este pueda probarlos.

La carga probatoria dinámica comienza a reconocerse con la sentencia del 10 de Febrero de 2000, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez (DEVIS ECHANDÍA, 2002, Pág. 405); sin embargo, inicialmente se concibió como una forma estática de invertir la carga de la prueba y generar una presunción de falla en el servicio médico estatal. Por su parte, en sentencia del 24 de agosto de 1992 (PEYRANO, Jorge Walter, et al. Op. Cit. Págs. 106-107) la Sala menciona un dinamismo en la carga de la prueba determinándose aquí que la falla presunta no traslada en su totalidad la carga probatoria, sino que la distribuye según los criterios del juez.

Luego, en sentencia del 08 de Mayo de 1997 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo .Bogotá, D.C., 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902), el Consejo de Estado unifica conceptos en cuanto a la forma de imputación de la falla presunta médica, planteando que la presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño, y que el juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para establecer hasta qué punto la falla causó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño. La Corporación indica que cada parte probará lo que le corresponda.

Ulteriormente, el Consejo de Estado (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897), en el año 2000 advirtió que la teoría de la carga dinámica de la prueba (sustentada en el principio constitucional de equidad) no debía tratarse como regla general y que había que analizar el caso concreto para determinar su operatividad o no. La Sala arguye que los principios por los que se optó inicialmente por dicha teoría no son inmutables, esto es, se indica que la falla presunta no puede ser estática sino que debe analizarse el caso concreto para establecer quién está en mejores condiciones para probar los hechos respectivos.

Sseguidamente, la sentencia del 22 de marzo de 2001 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández) presenta una novedad según la cual es posible, en el marco de la teoría del dinamismo probatorio, la no exigencia de una certeza científica del nexo o relación causal, sino un grado suficiente de probabilidad de su existencia.

Sin embargo, más tarde, la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878) resquebrajó la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal para decidir los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, considerándose que en adelante las decisiones se tomarían con fundamento en la regla de prueba de falla probada, tomando especial relevancia la prueba indiciaría. Se excluyó, entonces, la carga dinámica de la prueba toda vez que se advirtió que el acogimiento de esa regla probatoria traía mayores dificultades que soluciones, a su vez que, con la aplicación de la falla presunta en determinados casos, se marginaban del debate probatorio asuntos muy relevantes. Se volvió, por ende, a la exigencia de la prueba de la falla del servicio por parte del actor como regla general. Igualmente, en esta sentencia se plantea que cuando resultare imposible esperar certeza o exactitud del vínculo causal, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”. Se han recogido, pues, las reglas jurisprudenciales de presunción de falla médica o de la distribución de las cargas probatorias, para acoger nuevamente la regla general de falla

probada, donde la prueba indiciaría cobra particular importancia, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se aduce que con este criterio, además de ajustarse a la normatividad vigente, el proceso resulta más equitativo.

Para el presente artículo esta última sentencia es esencial, pues fue donde declinó la carga dinámica de la prueba, y la que produjo un cambio jurisprudencial para decidir los casos aludidos. Hasta el momento actual la jurisprudencia sigue obedeciendo este precedente, no sin ser objetada la argumentación que llevó al mencionado cambio, por el magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero, como veremos más adelante.

Así, pudimos constatar que la carga dinámica de la prueba tuvo un intenso desempeño en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Inicialmente, dicha carga dinámica probatoria se insertó con el propósito de morigerar la tradicional carga de la prueba, con principios de equidad y facilidad probatoria para las partes, que redundaban también en beneficio del proceso viéndose éste como un medio para establecer la verdad jurídica. No obstante, esta regla de prueba desde el año 2006, fue aislada del sistema jurídico rector en lo referente a la responsabilidad administrativa por el servicio médico asistencial, debido a diversos motivos profundizados a continuación.

Se puede afirmar que la carga dinámica de la prueba permanece vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el ámbito civil, laboral, contencioso-administrativo, y hasta se ha hecho mención de la misma en materia penal. Sobra decir que este artículo se interesa por la operatividad de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el campo contencioso-administrativo, y se plantea que en éste continúa vigente en relación a lo expresado por el Consejero Enrique Gil Botero quien, en varias providencias del Consejo de Estado sobre el tema, ha manifestado salvamentos y aclaraciones de voto. Esto último, será ampliado al final de este capítulo después de haber detallado la inoperancia de aquella teoría; inoperancia predicada por los demás integrantes de esta alta corporación.

De otro modo, también se podría aseverar cierto dinamismo en la carga de la prueba si se parte de la esencia de su definición, dada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. De esto se puede interpretar que ambas partes deben poner a disposición del juez las pruebas que respalden sus intereses con el objetivo de no correr con las consecuencias negativas que de su ausencia se derivarían, es decir, se pone de presente un activismo probatorio que impulsa el proceso para el establecimiento de la verdad jurídica.

Ahora bien, uno de los puntos neurálgicos en la historia de la teoría de la carga dinámica de la prueba, en materia de responsabilidad administrativa por el acto médico, es precisamente su recogimiento “formal” de la jurisprudencia del Consejo de Estado (formal, en concordancia con las apreciaciones del Consejero Enrique Gil Botero), lo que originó el retorno a un régimen de responsabilidad anterior para el abordaje de la labor probatoria, pretendiéndose con ello mayor eficiencia y eficacia en la resolución de los conflictos suscitados en esta materia.

Al respecto, en sentencia del 31 de agosto de 2006 el Consejo de Estado hace la siguiente afirmación:

(...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad odontológica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica. Nótese que en esta sentencia se excluye la institución jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, para ocupar su lugar la falla probada y la

prueba indiciaria, donde ésta última toma una elevada importancia. Inclusive, en distintas ocasiones, los indicios resultantes de la conducta procesal de las partes determinan las decisiones judiciales. Sobre este tenor se encuentra que:

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo).

En particular, según DEVIS, el indicio está conformado por un hecho indicador (conocido) y la operación lógica crítica por la cual el juez deduce, con respecto a ese hecho indicador, el hecho indicado (desconocido), razonamiento basado en las máximas de experiencia de carácter común o científico (Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754). La prueba indiciaría no tenía mayores incidencias en la etapa de aplicación de la carga probatoria dinámica. Empero, como se acaba de mencionar, esto cambió en el 2006, pues a partir de este año el demandante tiene la carga de probar todos los supuestos fácticos planteados en la demanda, con la preeminencia del medio indiciario, pudiendo el juez derivar indicios en contra de las partes, inclusive, de su conducta procesal, haciéndose innecesario acudir al dinamismo de la carga de la prueba.

Podemos ver entonces, cómo las dificultades probatorias en esta materia se pueden resolver, según el Consejo de Estado, a través de una adecuada valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, dándose especial importancia al indicio, con la prescindencia de la teoría de la carga probatoria dinámica.

En Particular existen Razones y argumentos del Consejo de Estado para suprimir la carga dinámica de la prueba (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo).

Se retira la carga dinámica de la prueba y se acoge de nuevo el régimen de la falla probada, por cuanto el Consejo de Estado considera que éste último resulta más equitativo.

Se aduce que el régimen de la falla probada se ajusta a la normatividad vigente, mientras que la carga dinámica de la prueba ha sido una creación de índole jurisprudencial que debe replantearse.

Cuando hay lugar a presumir la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos muy relevantes, tales como la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente.

Cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el área constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones públicas, hacen muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa.

Se determinó que la aplicación de la carga dinámica de la prueba traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para este momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, las que regularmente son muy incipientes.

La posición presentada en el anterior numeral, ha sido controvertida por los defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria. No obstante, el mismo Consejo de Estado señaló que no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley, para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Asimismo, se asevera que no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los odontólogos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su sólo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes, como consecuencia de la prestación del servicio médico.

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o por su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, en materia de responsabilidad estatal encuentran su solución con una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso (en particular de la prueba indiciaria), con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias, y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

Si se analizan los casos concretos se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones por lo general, sino en todos los casos, han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La culpa o negligencia ha sido definida como el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo.

Se observaron, pues, las razones y argumentos que dieron lugar a la supresión de la carga dinámica de la prueba. De acuerdo a los anteriores puntos, se procede a efectuar las siguientes anotaciones:

- En primer lugar, vemos cómo la mencionada “equidad” es avocada para justificar el cambio jurisprudencial, al igual que cuando se implementó, precisamente, la carga dinámica de la prueba, toda vez que en su momento se manifestó que en específico para los casos en los que se debatía la responsabilidad médica, era una gran limitante para el actor demostrar lo ocurrido en el acto médico puesto que, en la generalidad, el paciente o su familia carecían de conocimientos científicos y técnicos para desarrollar una actuación acorde con sus pretensiones, y que por ello era equitativo que el juzgador definiera quién debía probar con dependencia de su condición probatoria privilegiada; tesis que se agotó para volver a la sujeción de la norma legal, en la cual

se exige que el demandante debe demostrar los hechos que aduce para la prosperidad de su demanda.

- De otra parte, se observa que la aplicación de la falla probada del servicio también margina del debate probatorio elementos fundamentales para la actividad probatoria, verbigracia, en el supuesto en que de la conducta procesal de las partes no se infieran indicios en contra de las mismas. Se debería, entonces, acudir a la totalidad del acervo probatorio en el cual, eventualmente, podría presentarse ausencia de pruebas por parte del paciente (o su familia), quien estuvo sedado en el quirófano, posiblemente sin conocimientos odontológicos, y ante este panorama su actuación probatoria precaria desencadenaría en resultados adversos para sus pretensiones. También aplicaría el ejemplo, cuando se alude a la lealtad que asiste a las partes en el proceso, pues en caso de que no haya inferencia de indicios en contra de alguna de las partes, del mismo modo no se debería abortar la exigencia de que ambas partes procesales aporten las pruebas que permitan el esclarecimiento de los hechos.

- En el numeral tercero de este capítulo, se plantea que cuando se presenta la presunción de la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos como omisiones, retardos o deficiencias; y en el nueve se traza que a pesar de que se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, en la generalidad, sino en todos los casos, las decisiones han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. A raíz de esto, surge el siguiente interrogante: ¿Entonces cuál es verdaderamente el problema del régimen de la falla presunta (o la carga dinámica de la prueba), si se dice que éste no es óbice para una decisión apegada a hechos probados?

- Por último, en cuanto al cuatro, se puede apuntar que si se asiente en que los casos de responsabilidad odontológica son difíciles por sí, pues la medicina es una ciencia con alto nivel de complejidad, y a esto se le suma que se admita que la atención o servicio en las instituciones públicas de salud es masiva, y por tanto impersonal, entonces, en consecuencia, también hay que

reconocer que la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.

Como se vio, la carga probatoria dinámica fue abandonada como modalidad de carga procesal para los casos de responsabilidad odontológica estatal, reanudándose la falla probada, y donde toma gran valor la prueba indiciaria. Empero, la argumentación desarrollada para fundamentar el recogimiento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas no fue de recibo para todos los consejeros del Consejo de Estado, pues en el caso del Consejero Enrique Gil Botero se presenta un desacuerdo al respecto en varios pronunciamientos, en los cuales se manifiesta mediante distintas aclaraciones y un salvamento de voto, relacionados en seguida.

En las providencias del 18 de Julio de 2007 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (Bogotá, D.C., 08 de mayo de 1997. Expediente N° 11220) y del 30 de Julio de 2008 (M.P. Myriam Guerrero de Escobar) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández), Enrique Gil Botero desarrolla aclaraciones de voto donde sienta una verdadera divergencia con los argumentos planteados en estos pronunciamientos, en los cuales se ratifica lo dicho en la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.). Este magistrado no admite que la máxima del derecho romano “actori incumbit onus probandi” se convierta en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar en cada caso concreto, quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica, se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten entre demandante y demandado en un determinado proceso (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque). En consecuencia, aduce que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho en sí mismo reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros. (Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2001. Expediente N° 13166).

A la par, en las aclaraciones de voto antes señaladas, Enrique Gil Botero considera que el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio, con los avances de las ciencias naturales y sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación. De otra parte, señala que contrario a lo afirmado en las providencias sobre las cuales recaen dichas aclaraciones de voto, la Sala no ha recogido la tesis de distribución de las cargas probatorias, como quiera que existe un número plural de providencias, todas ellas proferidas en el año 2006, en las cuales, contrario a lo afirmado, se reconoce la posibilidad de que en ciertos eventos opere el dinamismo de la carga probatoria para verificar qué extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento, evento o circunstancia (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio), pues salta a la vista la excepción consistente en que el demandado debe demostrar la falla del servicio médico asistencial si posee la facilidad para hacerlo, y cuando “resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible” que el demandante lo haga. Cuestión que Enrique Gil Botero considera una evidente paradoja. (Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772).

Del mismo modo, Enrique Gil Botero considera que la sentencia del 31 de Agosto de 2006 (M.P.: Ruth Stella Correa Palacio) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio), reduce el ámbito de la responsabilidad odontológica a la falla probada, y limita la apreciación probatoria del juzgador. Pero, en efecto, si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas en dicha providencia, las mismas señalan que la regla general es que corresponda a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, incluida la falla del servicio, salvo que, de conformidad con el artículo 230 de la Carta Política (criterios de equidad), se requiera alivianar, de manera excepcional, dicha carga probatoria.

También, refiere que el estatismo o rigidez de la carga probatoria, en ciertas ocasiones, puede conducir a situaciones injustas, máxime si se tiene en cuenta la situación socioeconómica del país, donde el acceso a determinados instrumentos de convicción (mecanismos probatorios, como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo. Por lo tanto, no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica, sino de que el juez en aplicación de criterios o principios de ponderación y proporcionalidad determine en cada caso concreto cuál debe ser la distribución probatoria, en términos dinámicos, que debe regular el trámite procesal específico, como quiera que es posible que una de las partes, en condiciones cognitivas, se encuentre en un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante. En estas condiciones, postulados como el de igualdad material ante la ley, solidaridad y equidad, podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Por lo anteriormente expuesto el Magistrado Enrique Gil Botero, en sus aclaraciones de voto, indica que no se ha adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de que el juez dé una efectiva aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas (Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772); señala, además, que se debe fijar clara y expresamente la posición sobre la carga de la prueba en esta materia, dado que el Consejo de Estado debe trazar líneas jurisprudenciales definidas con el fin de evitar inconsistencias en el análisis del derecho por parte del ente jurisdiccional.

En sentencia del 18 de Febrero de 2010 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Pág. 587), en la cual Enrique Gil Botero sostuvo salvamento de voto; en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19074 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961, Pág. 59) y en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19276 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (DEVIS ECHANDÍA,

Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2002, Pág. 405), en las cuales aclaró su voto, este magistrado reitera su posición:

“...en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico - hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad, reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado.” (Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106).

Puede verse claramente, a partir de estas afirmaciones, cuál es la posición del Consejero Enrique Gil Botero frente al supuesto desuso de la teoría de la carga dinámica de la prueba, y la inconveniencia, a su parecer, de acoger nuevamente la rigidez de la carga de la prueba tradicional, de tal manera que el demandante pueda verse en difíciles situaciones para allegar al proceso pruebas que por su naturaleza sean inaccesibles para él. Y de otro lado, esboza una fuerte crítica en cuanto a la falta de univocidad de criterios, lo que genera una incertidumbre para la interpretación del derecho en esta materia.

Ahora bien en los procedimientos civiles son de fundamental importancia los dictámenes periciales, que forzosamente acompañarán el escrito de demanda o en su caso el de contestación, y si no hubiera tiempo material para su presentación con dichos escritos, nunca debemos olvidarnos de consignar en la demanda que se ha encargado la elaboración de un informe pericial o designar a dicho fin el correspondiente organismo o perito, pudiendo las partes solicitar sea designado un perito judicial.

Es recomendable acudir a un perito que tenga la especialidad correspondiente al caso, incluso complementado por una valoración del daño corporal.

Será necesario probar la deficiente asistencia odontológica, el daño causado y la relación de causalidad.

Actualmente como criterio general los Jueces y Tribunales acogen por analogía los baremos de indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato Seguros para víctimas de accidentes de tráfico, para la valoración de dicho daño, estando en preparación en la actualidad un baremo específico para casos de responsabilidad odontológica.

Capítulo X

Consecuencias jurídicas procesales debido a la alteración de la carga probatoria sin previo aviso, en los procesos de responsabilidad odontológica

En principio, la carga probatoria está determinada por los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, por un lado, y el 1757 del Código Civil, por el otro. El primero incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; mientras que la norma del estatuto civil aborda el asunto desde el punto de vista sustancial: incumbe probar las obligaciones –en este caso la obligación de reparar perjuicios a quien las alega. Así las cosas, para nuestros efectos todo parecería indicar que es el demandante el llamado a probar la obligación de reparar, bien por incumplimiento de un contrato, bien por acaecimiento del “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona” (artículo 1494 del C.C.). En casos de responsabilidad contractual y extracontractual, procede la aplicación del artículo 1604 del C.C.

Con el fin de determinar las consecuencias jurídicas procesales debido a la alteración de la carga probatoria sin previo aviso, la doctrina habla de las obligaciones de medio y de resultado; y del tipo de obligación asumida dependerá la carga de la prueba de las partes en un proceso de responsabilidad civil. Será una obligación de resultado cuando la prestación sea definida según el fin que tiene el acreedor para celebrar el contrato, mientras que se tratará sencillamente de una obligación de medio, “cuando el deudor no se compromete a realizar u obtener un determinado resultado, sino sólo a poner los medios que de ordinario conducen a ello” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726).

Pues bien, la Corte Suprema de Justicia ha acogido esta distinción para determinar cuál es la carga probatoria del deudor-demandado (y no del acreedor) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio) en una acción de responsabilidad por obligaciones de resultado, caso en el cual el demandado sólo se exonera

demostrando que la causa del incumplimiento ha sido un elemento extraño (bien fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima), sin que sirva de nada demostrar que pese a haber sido cuidadoso y diligente, no alcanzó el resultado esperado; mientras que el demandado por incumplimiento de una obligación de medio tendrá que demostrar la ausencia de culpa (Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772).

En Colombia y en Chile, la mayoría de los tratadistas y de la jurisprudencia sostienen que basta la prueba de la obligación (el contrato) sin que al mismo tiempo sea indispensable, al acreedor, demostrar el incumplimiento, el que bastará que lo afirme; para ello se fundan en lo prescrito por el art. 1757 del C.C. en concordancia con el inc. 3° del art. 1604 ib. (artículos que corresponden a los 1547 y 1698 del Código Civil Chileno). El deudor, de acuerdo con dichas normas es quien tiene que demostrar o su diligencia o cuidado o que no se alcanzó el resultado concreto esperado de él, debido a fuerza mayor o caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio).

La regla general en responsabilidad odontológica en la mayoría de intervenciones en cirugías maxilofaciales y tratamientos odontológicos implica obligaciones de medio, por cuanto suele existir incertidumbre frente a los resultados, cuyos riesgos asume en cada caso el paciente que ha manifestado su consentimiento informado para el tratamiento o intervención. Esto se explica porque, en principio, los odontólogos actúan sobre personas que tienen alteraciones de la salud “lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado al margen de la intervención de aquéllos” (Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106).

De acuerdo con la Sociedad Colombiana De Anestesiología Y Reanimación – SCARE (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Pala- cio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726)., “Es una obligación de medio, ya que el cumplimiento del objetivo informar adecuada y correctamente, para que el paciente pueda tomar una decisión idónea”, escapa en muchos casos, a la buena diligencia y cuidado que emplee el médico o profesional de la salud para lograrlo, tal y como en esta sección se ha sostenido al justificar que se le conceda una facultad discrecional a dicho profesional para graduar el contenido y la forma para suministrar la información, se discute es si ese presupuesto es suficiente para invertir la carga de la prueba de la culpa del profesional de la salud, puesto que no basta siempre con ser experto para tener las mejores posibilidades probatorias de la diligencia y cuidados empleados. En consecuencia, corresponderá a los Tribunales de Ética Odontológica la carga de la prueba acerca de la responsabilidad ético disciplinario. La duda razonable que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

En el fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena, Ref.: Expediente No.41001 3103 004 2000 00042 01, “El fallador entendió que el petitum de la demanda está orientado a reclamar la declaración de “la responsabilidad odontológica por la muerte del paciente en el procedimiento quirúrgico Maxilofacial”, con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; así mismo, precisó que los hechos relacionados con la ocurrencia del accidente, el lugar donde se prestó la urgencia, el diagnóstico efectuado por el cirujano maxilofacial y la realización de la cirugía sin complicaciones, están relevados de prueba dado el asentimiento de las partes, mas no los relacionados con los acontecimientos ocurridos “durante y después” de la intervención quirúrgica.

Estimó que ese marco fáctico fijaba las pautas del juzgamiento, en cuanto que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, tratándose de responsabilidad odontológica la carga de la prueba se invierte, de tal suerte que el demandado para exonerarse de la responsabilidad le corresponde probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio, sin que el

actor quede relevado de su carga probatoria, pues debe acreditar los otros elementos de aquella (existencia del daño y falla del servicio); no obstante, para la Corte Suprema de Justicia el asunto está gobernado por el principio de “la carga dinámica de la prueba”, vale decir, que ésta la asume el sujeto a quien le quede más fácil probar el hecho, de ahí que en el caso planteado a los demandados les corresponde probar el cuidado y diligencia que tuvieron en el desarrollo del menester quirúrgico y a los demandantes el daño y el nexo de causalidad. Para fundamentar tal exposición trasuntó apartes de algunos fallos del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en que se abordó el tema en cuestión, Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 del C. de P.C.); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento.” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726).

Tradicionalmente se ha considerado a la relación bi-personal odontólogo-paciente como el elemento más sustantivo en el ejercicio de las actividades que pretenden mantener y mejorar los estados de salud oral de las sociedades, así el advenimiento de normas excéntricas la quieran reemplazar por vinculaciones de intermediarios-pacientes, relegando al profesional a una simple condición de operador, con muchas e irresponsables limitaciones para ejecutar el acto odontológico.

“El odontólogo debe dispensar los beneficios de su profesión, a las personas que los necesite; esta relación se fundamenta en la libre elección del odontólogo por parte del paciente y aquel respetará la libertad de este para prescindir de sus servicios. La actitud del profesional ante su paciente será siempre de apoyo. Así mismo dedicará a sus pacientes el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud bucal. Fijará honorarios de conformidad con la importancia y circunstancia del tratamiento. No debe comprometerse a ejecutar tratamientos para los cuales no esté plenamente capacitado» (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio).

Hay que tener en cuenta que el odontólogo, cuando ejerce su profesión, hace uso de procedimiento, técnicas y conocimientos que persiguen un resultado que se espera sea exitoso y este fin tiene implicaciones ante la ley (Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106).

Se hace evidente que la anterior premisa, estimulada por una plétora profesional causada por otras normas educativas no menos incongruentes, se ha tenido en cuenta por la población en general y hay por lo tanto aumento de las demandas, entre otras por mala práctica, a profesionales del sector, incluyendo a odontólogos, quienes hoy, en medio de la crisis del país y de la que viven los trabajadores de la salud, están obligados a hacer una práctica defensiva, en ocasiones como un acto heroico ante las circunstancias de ejecución que deben aceptar, impuestas por los IPS, que ya no son los profesionales sino grupos con ánimo de lucro. Yo diría con excesivo ánimo de lucro, como para eliminar todo lo que, alrededor de la salud, no sea rentable.

Pero debemos partir de un hecho cierto como es el poco o ningún deseo que el profesional tiene para hacer un acto odontológico defectuoso, si nos atenemos a la idoneidad que se supone todo egresado universitario posee, y al buen manejo de sus postulados éticos que indiscutiblemente debe conocer. Es decir, el odontólogo respeta el principio fundamental de «no hacer daño a nadie» (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.

M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772). «que es uno de los pilares de la responsabilidad jurídica y se materializa con un perjuicio causado a otro individuo, que debe ser resarcido por mandato legal».

La responsabilidad civil entonces puede ser «contractual» o «extracontractual». La primera ocurre cuando existe un contrato, en la segunda no hay presencia de relación jurídica entre odontólogo-paciente, la responsabilidad nace cuando en cualquiera de las dos se presenta inejecución o deficiencia y se genera definitivamente la ocurrencia de un daño.

Para cualquiera de las eventualidades que en el ejercicio profesional de la odontología se puedan presentar en el campo jurídico, se considera la historia clínica como la herramienta más importante en el momento de su defensa. Obviamente una historia total y correctamente diligenciada, que está reglamentada por demás en el artículo 25 del capítulo III de la Ley 35 de 1989 referente al Código de Ética del Odontólogo Colombiano, que dice: «El odontólogo deberá abrir y conservar debidamente, historias clínicas de sus pacientes, de acuerdo a los cánones científicos» y legales le agregaría, por la importancia de este campo, que ha determinado su definición desde el punto de vista ético-legal, como «un documento médico-legal fundamental, en el cual se registra de forma ordenada, completa y precisa la información obtenida del paciente mediante la consulta oral y el examen clínico. En ella se anotan todos los signos sanitarios y características individuales del paciente, con el fin de dar un diagnóstico y a la vez elaborar el plan de tratamiento adecuado a cada individuo. Y es en ella donde constan las firmas de aprobación y acuerdo entre paciente y profesional».

La historia clínica permitirá al profesional demandado, demostrar una serie de circunstancias que posibilitarán su exoneración de culpabilidad, al constatarse en ella, situaciones como: estado en que quedó el plan de tratamiento ejecutado, cuando el paciente no volvió a la consulta y supuestamente está aduciendo que determinada actividad fue inejecutada por el profesional demandado, siendo que a esta etapa del tratamiento no se llegó, ante el retiro del paciente. También se podría ver en ella el pronóstico, las eventuales advertencias del

profesional, si fueron acatadas o no, como también las declaraciones del paciente, como por ejemplo sobre sus antecedentes respecto de ciertos medicamentos y también los familiares. Lo anterior, para colocar tres ejemplos, de muchos, siendo lo más importante la firma del paciente, que traduce su aceptación al tratamiento que recibirá y se constituye en la fundamentación del llamado «consentimiento informado» o «voluntad jurídica del paciente y su relación con la responsabilidad odontológica (disciplinaria, penal y civil)» (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726).

Los tratadistas del tema nos hablarán del asentimiento o disentimiento voluntario del paciente para la prestación de un servicio, en este caso de salud, que parten de la base del correcto ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de uno y otro, en la relación dual que involucra el acto profesional. Y aquí hay que enfatizar en lo que expresa María Patricia Castaño de Restrepo en su obra «El Consentimiento Informado del Paciente y la Responsabilidad Médica», cuando dice que «no debe perderse de vista que el paciente es un sujeto de derechos y obligaciones y no un objeto; que es un ser humano con una vivencia propia de su realidad histórica y no una máquina descompuesta; que sus intereses pueden ser muy diferentes de los propios intereses de la medicina y de las demás disciplinas de la salud; y que, incluso, por más insensatas que nos parezcan sus decisiones, ellas pueden haber sido tomadas en virtud del ejercicio de su autonomía».

Aquí radica, en mi concepto, la parte que hay que analizar con más detenimiento por parte del odontólogo, pero recordemos también que este tiene derechos, que el paciente debe respetar. Y unos y otros son los que se deben definir antes de la atención, para que más adelante no se dé pie a situaciones irreales que el paciente, hoy estimulado por la situación de crisis, quiera convertir en «protestas» por trivialidades, aunque en ocasiones existe causa justificada.

Para comprender lo anterior, veamos los cuatro elementos que tienen que estar presentes para que se pueda aducir la responsabilidad profesional (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866):

a). Una obligación preexistente, que se pacta en el momento de aceptarse un tratamiento de salud bucal que debe practicarle el odontólogo al paciente,

b). Un daño causado, que no es otra cosa que el fracaso del tratamiento por la aparición de complicaciones o el contagio de enfermedades y producción de lesiones no justificables, entre otras. Y este puede darse durante el transcurso del tratamiento, inmediatamente finalizado o tardíamente.

c). Falta profesional, factor interesante de analizar, ya que se puede presentar daño pero si el odontólogo obró con corrección y con idoneidad, no hay lugar a exigencia de responsabilidad.

La falta ocurre generalmente por negligencia, que es no hacer lo que se debe hacer cuando se puede y se debe hacer; también por imprudencia o actuación injustificadamente apresurada consistente en la falta de medir los alcances, al tomarse una decisión. La impericia, que es no contar con los conocimientos ni la experiencia que un problema del paciente requiere para su adecuada atención, también contribuye a la falta profesional. Además de la violación de una regla existente, expedida por circunstancias especiales, en este caso los factores éticos parece que se constituyen en los más susceptibles de omitirse. Y d). debe presentarse una relación directa entre la falta y el daño causado para que se configure algún tipo de responsabilidad. Se debe determinar muy claramente que el acto profesional fue el origen de un daño determinado.

El aumento de demandas que se inició en los Estados Unidos cuando interesados en negocios lucrativos las masificaron, según cuenta el Dr. Fernando Guzmán Mora, hizo que prosperaran las aseguradoras, que recibieron en 1987 de los odontólogos, alrededor de 5.000 millones de dólares, o sea, cinco billones de pesos, lo que originó la llamada «Medicina

defensiva» que ya mencioné y que se define como «una alteración en la forma de práctica médica, inducida por amenaza o posibilidad de demanda, que intenta prevenirse de las quejas de los particulares, dejando bases de defensa en caso de una acción legal».

Claro que este tipo de ejercicio, trasladable a la odontología, tiene innumerables problemas; y no cesa la cada vez mayor presencia de quejosos, porque sí, que quieren sacar partido de situaciones en las cuales pueden enredar al odontólogo para recibir una indemnización en dinero, que es lo que les interesa a la postre. Obviamente, no podemos desconocer que haya presencia de casos en los cuales el paciente con justa razón actúa como doliente, ante lo cual el comportamiento general de los profesionales en su ejercicio debe ser ante todo bajo los postulados de una práctica para la que fue preparado y se sigue preparando constantemente, a efectos de no caer en aquellas causales originarias de culpa.

Capítulo XI

Momento procesal oportuno para que el juez de conocimiento informe a las partes de la alteración de la carga probatoria en los procesos de responsabilidad odontológica

11.1. Sentencia C-202/05

De acuerdo con la Sentencia C-202/05, “Es evidente que la norma no autoriza que el juez adopte en forma arbitraria, abusiva o caprichosa la decisión de declarar relativamente inhábil a un testigo, en el momento de su comparecencia a rendir declaración dentro de un proceso civil, y, por el contrario, exige que dicha decisión sea motivada en forma razonada o crítica, de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en todo caso mediante la exposición de los motivos concretos o específicos que originan su decisión. En este sentido, en el ejercicio racional de dicha competencia es forzoso que, haciendo una interpretación integral del citado artículo, el juez al tomar su decisión tome como referencia las situaciones principales o más comunes previstas por el legislador en el Num. 1, no acusado, del mismo”. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276).

El demandante considera violados los Arts. 1°, 2°, 13, 29, 93 y 229 de la Constitución Política y el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con base en los siguientes argumentos:

Estima que la norma acusada contraviene el valor de la justicia porque, al permitir que el juez considere inhábiles a algunas personas para testimoniar, da margen para la comisión de

arbitrariedades e injusticias con el pretexto de que aquel aplica la sana crítica. Agrega que la disposición quebranta el respeto a la dignidad humana y es ultrajante para el testigo y para la parte interesada en su testimonio.

Indica que la norma vulnera el principio de igualdad porque facilita que existan ventajas o desventajas para las partes y se presta para que el juez otorgue un trato diferenciado a las mismas ante igual situación de hecho, contrariando también la seguridad jurídica.

Sostiene que tal disposición desconoce el principio del debido proceso al no fijar los parámetros o reglas para que el juez niegue la práctica del testimonio y al dejar esa decisión al criterio subjetivo del juez.

Afirma que se infringen también los Arts. 93 de la Constitución y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la segunda de las cuales hace parte del bloque de constitucionalidad, porque no se garantiza la imparcialidad del juez y se deja la posibilidad de que se coarte el ejercicio de los derechos de las partes en el proceso.

Expone que la norma demandada viola el derecho de acceso a la justicia porque no brinda las garantías necesarias para el ejercicio del mismo en condiciones de igualdad, imparcialidad, eficiencia y eficacia.

Mediante escrito presentado el 7 de Septiembre de 2004, el ciudadano Fernando Gómez Mejía, obrando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, pidió a la Corte que declare exequible el aparte acusado, con las siguientes razones:

Sostiene que conforme al Art. 2° superior uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y

que según el Art. 29 *ibídem* todo juzgamiento debe llevarse a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Señala que en el procedimiento civil existen unos principios que garantizan orden y celeridad para lograr la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico y que el mismo permite la eficacia de los derechos sustanciales.

Estima que la disposición impugnada es una reiteración de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce al juez para valorar las pruebas que se allegan al proceso. Agrega que la misma en ningún momento autoriza al juez para que arbitrariamente decida cuáles son las personas inhábiles para testimoniar y que, en cambio, ella exige que aquel tenga en cuenta las reglas de la sana crítica.

Afirma que dicho precepto asegura el acceso a la eficaz administración de justicia y que no lesiona el principio de igualdad porque prevé el mismo tratamiento para todos los que se encuentran en la situación de inhabilidad prevista en él y porque el tratamiento diferente a los que no tienen inhabilidad para declarar es plenamente justificado.

Asevera que las posibles arbitrariedades o injusticias que los jueces cometan al aplicar la norma demandada no son predicables de ésta y que el cargo en ese sentido es improcedente, pues el juicio de constitucionalidad se lleva a cabo mediante la confrontación de los preceptos legales con los textos constitucionales, con independencia de la aplicación de aquellos.

11.2. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por medio de escrito radicado el 2 de Septiembre de 2004, el ciudadano Héctor Enrique Quiroga Cubillos, actuando en nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, conceptúa que la Corte debe declarar exequible la norma impugnada, con base en lo siguiente:

Expone que las normas procesales deben ser interpretadas a la luz de los criterios de razonabilidad y oportunidad y que por tanto el juez no puede interpretarlas con criterios subjetivos que conduzcan a la arbitrariedad.

Indica que el Art. 216, Num. 1, del Código de Procedimiento Civil enumera en forma no taxativa unas condiciones de alteración de la conciencia de la persona que no permiten recibir su testimonio y que por ello el Num. 2 acusado del mismo artículo dejó en cabeza del juez la potestad de establecer otras situaciones de inhabilidad relativa. Añade que éste debe hacer una apreciación objetiva de las condiciones del testigo, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y no una apreciación subjetiva o fundada en suposiciones, y que dicho artículo no impide la práctica de la prueba en otro momento, cuando haya desaparecido la causa de la inhabilidad.

Sostiene que la argumentación del demandante parte de un supuesto falso, en el sentido de que la expresión acusada contiene una autorización para el abuso por parte del juez, y dictamina que las normas deben interpretarse de conformidad con la Constitución y que la sana crítica no puede entenderse como un pasaporte al abuso. Agrega que si el juez obra arbitrariamente no es esa la facultad que la norma le otorga y que en tal situación la parte afectada puede hacer uso de los medios de impugnación que la ley procesal le concede e incluso puede acudir a la acción de tutela porque a su juicio se configuraría una vía de hecho. Así mismo, expresa que la posibilidad de extralimitaciones se predica de todo el ordenamiento jurídico.

11.3. Intervención del ciudadano Pablo Felipe Robledo del Castillo

A través de escrito recibido el 7 de Septiembre de 2004, el ciudadano Pablo Felipe Robledo del Castillo, obrando en su propio nombre, solicita a la Corte que declare exequible la norma impugnada, aduciendo lo siguiente:

Manifiesta que los argumentos del demandante se fundamentan principalmente en suponer que quien tiene la labor de administrar justicia podría llegar a abusar de la facultad consagrada en el Num. 2 del Art. 216 del Código de Procedimiento Civil. Añade que se aparta totalmente de la interpretación dada por el actor a la norma atacada, pues desconoce el concepto de las “reglas de la sana crítica”, las cuales, a pesar de no estar definidas en los estatutos procesales, cuentan con un amplio desarrollo doctrinal, y expresa que el actor confunde dichas reglas con la “libre convicción”.

Cita conceptos de unos autores sobre las reglas de la sana crítica y afirma que la norma no consagra la posibilidad de que el juez decreta de manera arbitraria e irreflexiva una inhabilidad relativa para testimoniar, sino que aquel, una vez analizadas las circunstancias específicas, de manera prudente y reflexiva emita un juicio de valor en virtud del cual la declaración del testigo no es idónea para los fines del proceso.

Sostiene que si el juez tomare la decisión de tener como inhábil a un testigo contrariando la norma demandada, la parte perjudicada deberá interponer los recursos de ley contra dicha decisión y buscar la tutela judicial por vía de hecho o solicitar al juez de segunda instancia la práctica de la prueba, según fuere el caso.

Considera que la interpretación dada por el demandante es contraria al principio de la buena fe consagrado en el Art. 83 superior, toda vez que asume que la actuación del administrador de justicia va a ser desbordada, injusta y violatoria de las normas legales.

11.4. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El ciudadano Jorge Flórez Gacharná, presentó escrito el 9 de Septiembre de 2004, en el que manifiesta que actúa en nombre del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, el cual no será tenido en cuenta por ser extemporáneo.

Mediante el Concepto No. 3674 radicado el 5 de Octubre de 2004, el Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, solicita a la Corte que declare exequible la expresión acusada, por los cargos analizados, con los siguientes argumentos:

Afirma que la demanda tiene como punto de partida que el concepto de sana crítica con que el juez debe adoptar la decisión de declarar inhábil relativamente a un testigo es equivalente al concepto de libre convicción y que el sentido principal de dicha demanda “no es el de que el contenido en sí de la norma contraviene los valores y principios señalados como vulnerados, sino el de que ella da lugar a la presunción de la mala fe del funcionario judicial a quien se le facilita o consiente el abuso, en perjuicio de la parte interesada en la realización del testimonio que habrá de rendir la persona por él inhabilitada”.

Sostiene que las normas de la sana crítica tienen unas referencias lógicas y experimentales que las hacen objetivas y razonables y que las distinguen sustancialmente de la subjetividad absoluta señalada por el demandante, por lo cual excluyen la posible parcialidad o arbitrariedad del juez.

Expresa que el Núm. 2 del Art. 216 del Código de Procedimiento Civil acusado sólo es aplicable ante situaciones objetivas y demostrables de perturbación de las facultades mentales o síquicas del testigo que están estrechamente vinculadas a las previstas en el Núm. 1 del mismo artículo.

Indica que por tratarse de una inhabilidad relativa, en un momento determinado del proceso, la decisión del juez no impide que el testimonio se reciba en otro momento del proceso, cuándo la mencionada situación del testigo ya no exista, y agrega que si el juez no se ciñe a las reglas de la sana crítica, la parte afectada puede impugnar en el mismo proceso su decisión, mediante los recursos legales, y además tiene la posibilidad de invocar protección judicial por vía de hecho.

11.4.1. Competencia. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 241, Núm. 5, de la Constitución, por estar dirigida contra unas disposiciones que forman parte de unos decretos leyes.

11.4.2. Problema jurídico planteado. Corresponde a la Corte establecer si al disponer la expresión acusada que el juez podrá declarar inhábil a una persona para rendir testimonio en un momento determinado dentro de un proceso civil, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, quebranta el valor de la justicia y los derechos de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad de las partes en el proceso.

11.5. Examen de los cargos formulados

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 174 del Código de Procedimiento Civil, acerca de la necesidad de la prueba en los procesos civiles, “toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

En este campo, por regla general cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos “onus probandi incumbit actori”, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y “reus in excipiendo fit actor”, es decir que el

demandado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano esta regla está consagrada en el campo del Derecho Privado en los Arts. 1757 del Código Civil, en virtud del cual “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, y 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

En relación con la función de la prueba, uno de los grandes inspiradores del Derecho Procesal Civil, expresó:

“Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

“Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un *quid sensible* en cuanto sirve para fundamentar una razón” (URIBE HOLGUÍN, Ricardo. *De las Obligaciones y del Contrato en General*. Colombia, Ed. Rosarista, 1980. Páginas 15 y ss. y 172 y ss).

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la

certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

i). El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii). El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.

El último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el Código de Procedimiento Civil colombiano vigente, que dispone en su Art. 187:

“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Acerca de las características de este sistema la Corte Constitucional ha señalado:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas.

“Es decir, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba en materia civil, el de la sana crítica:

“Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

“El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (32

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia Número 5902). Copia tomada directamente de la Corporación). (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938. Gaceta Judicial, Tomo XLVI, pág. 566 y ss.).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto, respecto de la diferencia entre los sistemas de la sana crítica y de la íntima convicción:

Las normas demandadas no consagran una competencia o facultad arbitraria, sino que las someten a las reglas de la sana crítica, que no son otra cosa que la interdicción de la arbitrariedad y la corrección de lo racional y razonable; de modo que obliga al juez a dar las razones por las cuales, en ese caso concreto y en ese momento determinado, un testigo es inhábil para rendir su declaración.

En ejercicio de su potestad de configuración normativa en materia procesal (Arts. 29, 114 y 150, Nums. 1 y 2, de la C. Pol.), el legislador, en el Num. 1, no acusado, del Art. 216 del Código

de Procedimiento Civil, estatuye que son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas.

Así mismo, ante la imposibilidad de señalar en forma exhaustiva todas las posibles situaciones de inhabilidad relativa del testigo, dispone en el Núm. 2 acusado del mismo artículo que el juez debe determinar las demás personas relativamente inhábiles para testimoniar, “de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. (COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia Número 5902). Copia tomada directamente de la Corporación).

Con base en lo expuesto en los numerales anteriores de estas consideraciones, resulta manifiesto que la acusación contra la expresión contenida en el Núm. 2 del citado artículo parte de una premisa equivocada, puesto que atribuye al sistema de la sana crítica de valoración probatoria, que aquella señala expresamente, las características y el efecto del sistema de la íntima convicción, que la misma claramente no prevé.

Por tanto, es evidente que la norma no autoriza que el juez adopte en forma arbitraria, abusiva o caprichosa la decisión de declarar relativamente inhábil a un testigo, en el momento de su comparecencia a rendir declaración dentro de un proceso civil, y, por el contrario, exige que dicha decisión sea motivada en forma razonada o crítica, de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en todo caso mediante la exposición de los motivos concretos o específicos que originan su decisión.

En este sentido, en el ejercicio racional de dicha competencia es forzoso que, haciendo una interpretación integral del citado artículo, el juez al tomar su decisión tome como referencia las

situaciones principales o más comunes previstas por el legislador en el Núm. 1, no acusado, del mismo.

De otro lado, es claro que la eventual contravención, por parte del juez, de la norma demandada, no determina la inconstitucionalidad de ésta, ya que en todo caso el juicio de constitucionalidad debe hacerse mediante la confrontación del contenido abstracto de las normas legales con el de las disposiciones superiores, y no a través del cotejo de la aplicación concreta de aquellas con este último contenido.

Al respecto es oportuno señalar que, ante ese supuesto, respecto de la decisión específica de declarar inhábil relativamente un testigo, la ley misma contempla los mecanismos procesales que permiten resolver la situación, como son el ejercicio de los recursos ordinarios de reposición y de apelación (Arts. 348 y 351 del Código de Procedimiento Civil, modificados por el Art. 1º, Nums. 168 y 169, del Decreto ley 2282 de 1989) o invocar por el procedimiento correspondiente la tutela del derecho fundamental al debido proceso, por vía de hecho, si fuere el caso.

Por otra parte, por tratarse de una inhabilidad relativa para rendir el testimonio, su carácter es circunstancial y pasajero, lo cual significa que la parte interesada puede solicitar que la prueba se practique en otra oportunidad, cuando el testigo tenga un uso pleno de sus facultades mentales y psicológicas, obviamente dentro del período de pruebas correspondiente previsto en el mismo Código y las leyes complementarias.

Por lo anterior los cargos formulados carecen de fundamento y, en consecuencia, la Corte declarará exequible el aparte impugnado, por dichos cargos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, se resuelve declarar exequible el Núm. 2

del Art. 216 del Código de Procedimiento Civil (Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970), por los cargos examinados en esta sentencia.

11.6 La carga dinámica de la prueba, origen y evolución en Colombia en los procesos de responsabilidad odontológica

En el ordenamiento jurídico nacional la carga probatoria dinámica tuvo plena aplicación jurisprudencial en los casos en los que se debatía la responsabilidad odontológica en lo contencioso administrativo (COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1º de julio de 2004. (Sentencia Número 14696); y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. (Sentencia Número 14.957) Copia tomada directamente de la Corporación).

Hasta el inicio de la década de los noventa, en casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica (ARISTIZÁBAL MARÍN Harold, ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA ODONTOLÓGICA Asesor Jurídico SCARE – FEPASDE), era imperativo que quien demandaba aportara las pruebas que acreditaran la falla del servicio en el acto médico (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010). Ref.: Expediente No.41001 3103 004 2000 00042 01 disponible en http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/lib/exe/fetch.php?media=cs_j_22-07-2010_resp_contractual.pdf), con el fin de que sus pretensiones salieran adelante; esto comportaba el régimen de la falla del servicio probada (Ley 35 de 1989, «Código de Ética del Odontólogo Colombiano»). Esta situación implicaba que en muchas ocasiones, las demandas fueran infructuosas puesto que para el actor era de imposible consecución dichas pruebas en tanto que escapaban de su esfera de conocimiento. En sentencia del 24 de Octubre de 1990 (Fernando Guzmán M. y otros. «De la Responsabilidad Civil Médica. Ediciones Rosaristas, la

edición, 1995, pág. 11), el Consejo de Estado (Yepes Restrepo, Sergio. «La Responsabilidad Civil Médica». Biblioteca Jurídica, 2a. edición, 1993, pág. 9), indicó que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía al demandado en los casos de responsabilidad médica. Se generó, entonces, una presunción de falla del servicio médico, presidiendo así en estos tiempos el régimen de la falla del servicio presunta.

Se hace aquí una precisión conceptual. En ambos regímenes, esto es, el de falla probada y el de falla presunta, se deben establecer tres elementos, a saber: hecho dañoso, daño antijurídico y nexo causal. La diferencia radica en la titularidad de la carga de la prueba, en tanto en el régimen de falla probada del servicio, la carga probatoria opera conforme los principios generales de la carga de la prueba regulada en el Código de Procedimiento Civil, es decir, el demandante tiene la carga de probar todos los hechos aducidos en sus pretensiones, para así configurar la responsabilidad de la entidad pública demandada. Mientras que en el régimen de falla presunta del servicio, se invierte la carga probatoria, dado que el demandante sólo debe probar el hecho dañoso y la relación de éste con el acto u omisión de la administración, creándose una presunción de falla en el servicio, lo que implica que el daño antijurídico se dé como presunto, y que la carga probatoria pase al Estado para desvirtuar dicha presunción con el fin de lograr su exoneración.

A partir de la sentencia del 30 de Julio de 1992 (Castaño de Restrepo, María Patricia. «El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica», Editorial Temis, S.A., Santafé de Bogotá, 1997, pág. 2), el Consejo de Estado se refiere a la carga de la prueba en el sentido de conducta de parte, debatiendo un asunto de responsabilidad médica, reafirmando el régimen de la falla presunta. A lo largo de esta sentencia lo que planteó el Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, parafraseado aquí, es lo siguiente: quien en mejores condiciones está para probar que no se actuó de forma negligente o descuidada es la entidad hospitalaria, por tanto es ésta quien tiene que ir al proceso a demostrar la diligencia y cuidado, puesto que las circunstancias conforme ocurren los hechos en el acto médico, con el paciente sedado o dormido, en un quirófano, hacen imposible que este pueda probarlos.

La carga probatoria dinámica comienza a reconocerse con la sentencia del 10 de Febrero de 2000, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez (Moya R, Roldán G., Sánchez S. «Odontología Legal y Forense», Editorial Masson S.A., 1994, pág. 125); sin embargo, inicialmente se concibió como una forma estática de invertir la carga de la prueba y generar una presunción de falla en el servicio médico estatal. Por su parte, en sentencia del 24 de Agosto de 1992 (CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399), la Sala menciona un dinamismo en la carga de la prueba determinándose aquí que la falla presunta no traslada en su totalidad la carga probatoria, sino que la distribuye según los criterios del juez.

Luego, en sentencia del 08 de Mayo de 1997 (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962), el Consejo de Estado unifica conceptos en cuanto a la forma de imputación de la falla presunta médica, planteando que la presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño, y que el juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para establecer hasta qué punto la falla causó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño. La Corporación indica que cada parte probará lo que le corresponda.

Ulteriormente, el Consejo de Estado (Sentencia C-622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, Salvamento Parcial de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz), en el año 2000 advirtió que la teoría de la carga dinámica de la prueba (sustentada en el principio constitucional de equidad) no debía tratarse como regla general y que había que analizar el caso concreto para determinar su operatividad o no. La Sala arguye que los principios por los que se optó inicialmente por dicha teoría no son inmutables, esto es, se indica que la falla presunta no puede ser estática sino que debe analizarse el caso concreto para establecer quién está en mejores condiciones para probar los hechos respectivos. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Bogotá, D.C., 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902).

Seguidamente, la sentencia del 22 de Marzo de 2001 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897), presenta una novedad según la cual es posible, en el marco de la teoría del dinamismo probatorio, la no exigencia de una certeza científica del nexo o relación causal, sino un grado suficiente de probabilidad de su existencia.

Sin embargo, más tarde, la sentencia del 31 de Agosto de 2006 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878) resquebrajó la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal para decidir los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, considerándose que en adelante las decisiones se tomarían con fundamento en la regla de prueba de falla probada, tomando especial relevancia la prueba indiciaria. Se excluyó, entonces, la carga dinámica de la prueba toda vez que se advirtió que el acogimiento de esa regla probatoria traía mayores dificultades que soluciones, a su vez que, con la aplicación de la falla presunta en determinados casos, se marginaban del debate probatorio asuntos muy relevantes. Se volvió, por ende, a la exigencia de la prueba de la falla del servicio por parte del actor como regla general. Igualmente, en esta sentencia se plantea que cuando resultare imposible esperar certeza o exactitud del vínculo causal, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”. Se han recogido, pues, las reglas jurisprudenciales de presunción de falla médica o de la distribución de las cargas probatorias, para acoger nuevamente la regla general de falla probada, donde la prueba indiciaria cobra particular importancia, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se aduce que con este criterio, además de ajustarse a la normatividad vigente, el proceso resulta más equitativo.

En esta última sentencia es esencial, pues fue donde declinó la carga dinámica de la prueba, y la que produjo un cambio jurisprudencial para decidir los casos aludidos. Hasta el momento actual la jurisprudencia sigue obedeciendo este precedente, no sin ser objetada la

argumentación que llevó al mencionado cambio, por el magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero, como veremos más adelante.

Así, pudimos constatar que la carga dinámica de la prueba tuvo un intenso desempeño en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Inicialmente, dicha carga dinámica probatoria se insertó con el propósito de morigerar la tradicional carga de la prueba, con principios de equidad y facilidad probatoria para las partes, que redundaban también en beneficio del proceso viéndose éste como un medio para establecer la verdad jurídica. No obstante, esta regla de prueba desde el año 2006, fue aislada del sistema jurídico rector en lo referente a la responsabilidad administrativa por el servicio médico asistencial, debido a diversos motivos profundizados en el capítulo subsiguiente.

11.7. Decaimiento de la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal aplicable a la exclusión de la carga probatoria dinámica en los procesos de responsabilidad odontológica

Se puede afirmar que la carga dinámica de la prueba permanece vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el ámbito civil, laboral, contencioso administrativo, y hasta se ha hecho mención de la misma en materia penal. Sobra decir que este artículo se interesa por la operatividad de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el campo contencioso-administrativo, y se plantea que en éste continúa vigente en relación a lo expresado por el Consejero Enrique Gil Botero quien, en varias providencias del Consejo de Estado sobre el tema, ha manifestado salvamentos y aclaraciones de voto. Esto último, será ampliado al final de este capítulo después de haber detallado la inoperancia de aquella teoría; inoperancia predicada por los demás integrantes de esta alta corporación.

De otro modo, también se podría aseverar cierto dinamismo en la carga de la prueba si se parte de la esencia de su definición, dada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. De esto se puede interpretar que ambas partes deben poner a disposición del juez las pruebas que respalden sus intereses con el objetivo de no correr con las consecuencias negativas que de su ausencia se derivarían, es decir, se pone de presente un activismo probatorio que impulsa el proceso para el establecimiento de la verdad jurídica.

Ahora bien, uno de los puntos neurálgicos en la historia de la teoría de la carga dinámica de la prueba, en materia de responsabilidad administrativa por el acto médico, es precisamente su recogimiento “formal” de la jurisprudencia del Consejo de Estado (formal, en concordancia con las apreciaciones del Consejero Enrique Gil Botero), lo que originó el retorno a un régimen de responsabilidad anterior para el abordaje de la labor probatoria, pretendiéndose con ello mayor eficiencia y eficacia en la resolución de los conflictos suscitados en esta materia.

Al respecto, en sentencia del 31 de Agosto de 2006 el Consejo de Estado hace la siguiente afirmación:

(...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad odontológica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754).

En esta sentencia se excluye la institución jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, para ocupar su lugar la falla probada y la prueba indiciaria, donde ésta última toma una elevada importancia. Inclusive, en distintas ocasiones, los indicios resultantes de la conducta procesal de las partes determinan las decisiones judiciales. Sobre este tenor se encuentra que:

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 08 de mayo de 1997. Expediente N° 11220).

En particular, según DEVIS, el indicio está conformado por un hecho indicador (conocido) y la operación lógica crítica por la cual el juez deduce, con respecto a ese hecho indicador, el hecho indicado (desconocido), razonamiento basado en las máximas de experiencia de carácter común o científico (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878). La prueba indiciaria no tenía mayores incidencias en la etapa de aplicación de la carga probatoria dinámica. Empero, como se acaba de mencionar, esto cambió en el 2006, pues a partir de este año el demandante tiene la carga de probar todos los supuestos fácticos planteados en la demanda, con la preeminencia del medio indiciario, pudiendo el juez derivar indicios en contra

de las partes, inclusive, de su conducta procesal, haciéndose innecesario acudir al dinamismo de la carga de la prueba.

Se observa entonces, cómo las dificultades probatorias en esta materia se pueden resolver, según el Consejo de Estado, a través de una adecuada valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, dándose especial importancia al indicio, con la prescindencia de la teoría de la carga probatoria dinámica.

Razones y argumentos del Consejo de Estado para suprimir la carga dinámica de la prueba (Inclusive, en jurisprudencia del Consejo de Estado posterior al año 2000, acerca de la carga dinámica de la prueba, se ha planteado que cuando el paciente se encuentra en estado de recuperación tiene mayor facilidad para aportar las pruebas respectivas).

Se retira la carga dinámica de la prueba y se acoge de nuevo el régimen de la falla probada, por cuanto el Consejo de Estado considera que éste último resulta más equitativo.

Se aduce que el régimen de la falla probada se ajusta a la normatividad vigente, mientras que la carga dinámica de la prueba ha sido una creación de índole jurisprudencial que debe replantearse.

Cuando hay lugar a presumir la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos muy relevantes, tales como la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente.

Cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el área constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones

públicas, hacen muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa.

Se determinó que la aplicación de la carga dinámica de la prueba traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para este momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, las que regularmente son muy incipientes.

La posición presentada en el anterior numeral, ha sido controvertida por los defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria. No obstante, el mismo Consejo de Estado señaló que no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley, para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Asimismo, se asevera que no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los odontólogos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su sólo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no

responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes, como consecuencia de la prestación del servicio médico.

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o por su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, en materia de responsabilidad estatal encuentran su solución con una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso (en particular de la prueba indiciaria), con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias, y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

Si se analizan los casos concretos se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones por lo general, sino en todos los casos, han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes.

Se observaron, pues, las razones y argumentos que dieron lugar a la supresión de la carga dinámica de la prueba. De acuerdo a los anteriores puntos, se procede a efectuar las siguientes anotaciones:

En primer lugar, vemos cómo la mencionada “equidad” es avocada para justificar el cambio jurisprudencial, al igual que cuando se implementó, precisamente, la carga dinámica de la prueba, toda vez que en su momento se manifestó que en específico para los casos en los que se debatía la responsabilidad médica, era una gran limitante para el actor demostrar lo ocurrido en el acto médico puesto que, en la generalidad, el paciente o su familia carecían de conocimientos científicos y técnicos para desarrollar una actuación acorde con sus pretensiones, y que por ello era equitativo que el juzgador definiera quién debía probar con dependencia de su condición probatoria privilegiada; tesis que se agotó para volver a la sujeción de la norma legal,

en la cual se exige que el demandante debe demostrar los hechos que aduce para la prosperidad de su demanda.

De otra parte, se observa que la aplicación de la falla probada del servicio también margina del debate probatorio elementos fundamentales para la actividad probatoria, verbigracia, en el supuesto en que de la conducta procesal de las partes no se infieran indicios en contra de las mismas. Se debería, entonces, de acudir a la totalidad del acervo probatorio en el cual, eventualmente, podría presentarse ausencia de pruebas por parte del paciente (o su familia), quien estuvo sedado en el quirófano, posiblemente sin conocimientos odontológicos, y ante este panorama su actuación probatoria precaria desencadenaría en resultados adversos para sus pretensiones. También aplicaría el ejemplo, cuando se alude a la lealtad que asiste a las partes en el proceso, pues en caso de que no haya inferencia de indicios en contra de alguna de las partes, del mismo modo no se debería abortar la exigencia de que ambas partes procesales aporten las pruebas que permitan el esclarecimiento de los hechos.

Se plantea que cuando se presenta la presunción de la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos como omisiones, retardos o deficiencias; y en el nueve se traza que a pesar de que se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, en la generalidad, sino en todos los casos, las decisiones han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. A raíz de esto, surge el siguiente interrogante: ¿Entonces cuál es verdaderamente el problema del régimen de la falla presunta (o la carga dinámica de la prueba), si se dice que éste no es óbice para una decisión apegada a hechos probados?

Por último, se puede apuntar que si se asiente en que los casos de responsabilidad odontológica son difíciles por sí, pues la medicina es una ciencia con alto nivel de complejidad, y a esto se le suma que se admita que la atención o servicio en las instituciones públicas de salud es masiva, y por tanto impersonal, entonces, en consecuencia, también hay que reconocer que la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.

11.8. Críticas a los motivos excluyentes de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad odontológica

La carga probatoria dinámica fue abandonada como modalidad de carga procesal para los casos de responsabilidad odontológica estatal, reanudándose la falla probada, y donde toma gran valor la prueba indiciaria. Empero, la argumentación desarrollada para fundamentar el recogimiento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas no fue de recibo para todos los consejeros del Consejo de Estado, pues en el caso del Consejero Enrique Gil Botero se presenta un desacuerdo al respecto en varios pronunciamientos, en los cuales se manifiesta mediante distintas aclaraciones y un salvamento de voto, relacionados en seguida.

En las providencias del 18 de Julio de 2007 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (Inclusive, en jurisprudencia del Consejo de Estado posterior al año 2000, acerca de la carga dinámica de la prueba, se ha planteado que cuando el paciente se encuentra en estado de recuperación tiene mayor facilidad para aportar las pruebas respectivas) y del 30 de Julio de 2008 (M.P. Myriam Guerrero de Escobar) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772), Enrique Gil Botero desarrolla aclaraciones de voto donde sienta una verdadera divergencia con los argumentos planteados en estos pronunciamientos, en los cuales se ratifica lo dicho en la sentencia del 31 de Agosto de 2006 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2001. Expediente N° 13166). Este magistrado no admite que la máxima del derecho romano “*actori incumbit onus probandi*” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772), se convierta en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar en cada caso concreto, quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica, se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten entre demandante y demandado en un determinado proceso (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772). En consecuencia, aduce que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho en sí mismo reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Pág. 587).

A la par, en las aclaraciones de voto antes señaladas, Enrique Gil Botero considera que el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio, con los avances de las ciencias naturales y sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación. De otra parte, señala que contrario a lo afirmado en las providencias sobre las cuales recaen dichas aclaraciones de voto, la Sala no ha recogido la tesis de distribución de las cargas probatorias, como quiera que existe un número plural de providencias, todas ellas proferidas en el año 2006, en las cuales, contrario a lo afirmado, se reconoce la posibilidad de que en ciertos eventos opere el dinamismo de la carga probatoria para verificar qué extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento, evento o circunstancia (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772), pues salta a la vista la excepción consistente en que el demandado debe demostrar la falla del servicio médico asistencial si posee la facilidad para hacerlo, y cuando “resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible” que el demandante lo haga. Cuestión que Enrique Gil Botero considera una evidente paradoja. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106).

Del mismo modo, Enrique Gil Botero considera que la sentencia del 31 de Agosto de 2006 (M.P.: Ruth Stella Correa Palacio) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008.

Expediente N° 15726), reduce el ámbito de la responsabilidad odontológica a la falla probada, y limita la apreciación probatoria del juzgador. Pero, en efecto, si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas en dicha providencia, las mismas señalan que la regla general es que corresponda a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, incluida la falla del servicio, salvo que, de conformidad con el artículo 230 de la Carta Política (criterios de equidad), se requiera alivianar, de manera excepcional, dicha carga probatoria. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772).

También, refiere que el estatismo o rigidez de la carga probatoria, en ciertas ocasiones, puede conducir a situaciones injustas, máxime si se tiene en cuenta la situación socioeconómica del país, donde el acceso a determinados instrumentos de convicción (mecanismos probatorios, como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo. Por lo tanto, no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica, sino de que el juez en aplicación de criterios o principios de ponderación y proporcionalidad determine en cada caso concreto, cuál debe ser la distribución probatoria, en términos dinámicos, que debe regular el trámite procesal específico, como quiera que es posible que una de las partes, en condiciones cognitivas, se encuentre en un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante. En estas condiciones, postulados como el de igualdad material ante la ley, solidaridad y equidad, podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. (Principio según el cual quien alega los hechos le corresponde probarlos).

Por lo anteriormente expuesto el Magistrado Enrique Gil Botero, en sus aclaraciones de voto (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106), indica que no se ha adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de que el juez dé una efectiva aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso

Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726); señala además, que se debe fijar clara y expresamente la posición sobre la carga de la prueba en esta materia, dado que el Consejo de Estado debe trazar líneas jurisprudenciales definidas con el fin de evitar inconsistencias en el análisis del derecho por parte del ente jurisdiccional. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726).

En último lugar, en sentencia del 18 de Febrero de 2010 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866, en la cual Enrique Gil Botero sostuvo salvamento de voto; en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19074 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074) y en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19276 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276), en las cuales aclaró su voto, este magistrado reitera su posición:

“...en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico - hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad, reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado.” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866; Consejo

de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276).

Puede verse claramente, a partir de estas afirmaciones, cuál es la posición del Consejero Enrique Gil Botero frente al supuesto desuso de la teoría de la carga dinámica de la prueba, y la inconveniencia, a su parecer, de acoger nuevamente la rigidez de la carga de la prueba tradicional, de tal manera que el demandante pueda verse en difíciles situaciones para allegar al proceso pruebas que por su naturaleza sean inaccesibles para él. Y de otro lado, esboza una fuerte crítica en cuanto a la falta de univocidad de criterios, lo que genera una incertidumbre para la interpretación del derecho en esta materia.

Capítulo XII

Conclusiones

En todas las profesiones al ejercerlas existe cierto nivel de riesgo, especialmente en las que tienen relación con la salud y cada una de ellas tiene una normatividad o código de ética al cual deben ceñirse para obrar en justicia y probidad, máxime cuando se trata de salvar vidas.

En Colombia la ley que normatiza y guía la profesión del odontólogo es la 35 de 1989, con su Decreto Reglamentario 491 de 1990, los cuales deben cumplirse a cabalidad, con el fin de evitar sanciones y acciones civiles por insatisfacción en el servicio o mala aplicación de lo dispuesto en dicho código, es decir, por no tener en cuenta la norma ética en el ejercicio de su profesión; este código claramente establece derechos y deberes, tanto del odontólogo como del paciente, donde una de las claves más importantes se encuentra en informarse concienzudamente del estado del paciente (historia clínica) e informar a cabalidad los riesgos o complicaciones que se pueden derivar del procedimiento.

Cuando en el ejercicio odontológico un paciente era víctima de daños o perjuicios por negligencia, impericia, mala praxis o alguna otra falla por parte del odontólogo, cabía la posibilidad de demandar, sin embargo, era el usuario quien debía aportar las pruebas de la mencionada falla, razón por la cual muchas veces la demanda era desestimada por falta de pruebas, ante la imposibilidad de que el paciente las consiguiera; por este motivo, en Sentencia de octubre 24 de 1990 la Corte introdujo el principio presunción de falla del servicio médico, manifestando que en caso de responsabilidad médica o de un profesional de la salud, era éste, quien debía aportar las pruebas, ya que él las tenía a la mano, como es la historia clínica, el consentimiento informado y otros documentos del paciente que tiene acceso, además ellos cuentan con los conocimientos suficientes y necesarios para

probar dicha falla; librando al demandante de la responsabilidad de conseguir pruebas.

En este orden de ideas se han suscitado en Colombia muchas quejas y demandas por mala praxis, negligencia, falla del servicio o daño por la prestación del mismo, aunque en la práctica las demandas por negligencia médica han afectado más a los médicos que a los odontólogos, éstos últimos también han sido objeto de demandas y sanciones, es así como en el Valle del Cauca durante 2005 al 2013 se presentaron aproximadamente 67 quejas contra odontólogos, donde afortunadamente el 78% terminó en decisión absolutoria, beneficio que puede resultar siempre y cuando el profesional actúe de forma ética y realice todo lo que le imponga la ley y los protocolos.

Actualmente la profesión de odontólogo, como casi todos los profesionales de la salud se encuentra en crisis, principalmente por las consecuencias derivadas de la Ley 30 de 1992, con la cual se faculta a las universidades y particulares para crear programas académicos en odontología, razón por la cual la oferta de odontólogos es abrumadora, generando por consiguiente mayor desempleo y competencia en el país. Además de ello, también la Ley 100 de 1993 agudizó la problemática, porque no se ha cumplido el objetivo para la cual fue creada (eficiencia y calidad) sino que ha contribuido a deteriorar la atención, al prevalecer los intereses económicos y las leyes del mercado, obligando en ocasiones al profesional de la salud oral a competir por unos ingresos e incumplir su Código de Ética.

Por otra parte, El concepto de “carga dinámica de la prueba” permite que el juez decida bajo la premisa de que prueba quien esté en mejores condiciones de hacerlo; rompe la regla clásica del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Esta teoría permeó nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la infinidad de críticas, lo que no la hace despreciable, aún cuando se afirme que su vigencia ha caducado.

Se podría importar aquí una crítica muy notoria, según la cual las altas cortes colombianas, en algunas circunstancias, “legislan”, pues ni el régimen de la falla presunta ni la carga dinámica de la prueba han estado consagrados legalmente.

Se considera que es un gran retroceso el haber excluido la carga dinámica de la prueba del marco de regla de prueba, puesto que para los casos específicos de responsabilidad administrativa por la actividad médica estaba determinada su aplicabilidad, lo cual no tomaba de sorpresa a la parte demandada; y sí constituye una grave desventaja para el paciente o su familia, carentes de conocimientos técnicos y científicos para defenderse y probar a cabalidad en el proceso. Con la vigencia de la carga dinámica de la prueba la equidad y facilidad probatoria eran efectivas.

Se ha debatido en cuantiosa doctrina que la prueba indiciaria no es autónoma, que los indicios deben estar respaldados de otros medios probatorios para ser eficaces; empero, el cambio jurisprudencial los acoge como prueba reina para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, aunado esto a la probabilidad preponderante. Se aclara que la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que la prueba indiciaria es una prueba que se construye con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso; sin embargo, en muchas ocasiones las decisiones son adoptadas sólo con base en un conjunto de indicios.

Por criterios de equidad y de facilidad probatoria en los casos de responsabilidad médica, de una parte, la entidad pública en cabeza del equipo médico debería probar que en la intervención quirúrgica hubo diligencia y cuidado, pues es él quien posee el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para explicar lo que sucedió en el acto médico; esto en caso de establecerse que la entidad pública era quien estaba en mejores condiciones de probar. Y de otra parte, si se definiera que quien estaba en mejores condiciones para probar era la parte demandante, entonces será ésta quien correrá con los efectos negativos de la sentencia, en el supuesto de no haber aportado las pruebas pertinentes. Concluyéndose así, que el modelo que mejor apuntala la resolución de esta especie de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos, es el de las cargas probatorias dinámicas. La responsabilidad contractual o extracontractual, hace

referencia a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que se configure la responsabilidad contractual se exige la existencia de un contrato previo - escrito o verbal- entre el profesional tratante y el paciente, del cual emanen las obligaciones que serán luego incumplidas. Las obligaciones de resultado son las contraídas con el fin de ejecutar un acto específico, positivo o negativo que se traducirá en un resultado que dé no efectuarse correspondería a un incumplimiento.

La equidad no puede tomarse como un concepto retórico, debe analizarse, en los casos de responsabilidad médico asistencial los cuales se consideran especiales por sus condiciones técnicas y científicas, quién realmente se encuentra en circunstancias favorables para acudir al proceso a probar, lo que se acondiciona a los postulados de la carga dinámica de la prueba, sólo así, desde una postura personal, se logra un tratamiento equitativo dirigido a las partes procesales, enfrentadas en un conflicto jurídico de esta categoría.

No puede aceptarse como certeza incuestionable que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no tenga cabida en el ordenamiento jurídico colombiano, so pena de caer en el dogmatismo.

En presencia de la posibilidad de construir indicios a partir de la conducta procesal de las partes a cargo del juez, es menester el análisis en cada caso en concreto acerca de la conducta pasiva la entidad de salud, en tanto rige actualmente el régimen de falla probada del servicio, puesto que su actitud en el proceso se limita a esperar que se pruebe la falla, lo que va en contra del principio de lealtad procesal, mayormente cuando es la demandada la que, por regla general, tiene el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para develar los hechos y procedimientos llevados a cabo en el acto médico.

Se admite que los casos de responsabilidad odontológica son difíciles por su misma naturaleza, además de la atención o servicio en las instituciones públicas de salud de forma

impersonal; por tanto, la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.

Los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica se deciden actualmente conforme al régimen de falla probada del servicio, el cual se ajusta a la normatividad legal vigente (artículo 177 del C.P.C.); esto último como una de las razones que dieron lugar a la supresión de la carga probatoria dinámica. Quedan entonces los siguientes interrogantes: ¿Qué pasaría si el proyecto de ley de Código General del Proceso fuera aprobado, teniendo en cuenta su artículo 177? ¿Se retornaría a la carga dinámica de la prueba, en tanto quedaría consagrada como norma legal?

Las normas que regulan la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 Código Civil), desempeñan la función principal de señalar las consecuencias de la falta de la prueba, sin embargo cuando el hecho no ha sido probado surge la cuestión acerca de quién se verá perjudicado por esta circunstancia y, por consiguiente, quién debió haber probado el hecho para evitar la sentencia adversa, ahora dentro de un proceso las partes apuntaladas en el tradicional *onus probandi* pueden asumir una actitud procesal pasiva en materia probatoria, actitud que puede obedecer a una estrategia jurídica, bajo la creencia que al uno o al otro le corresponde la prueba de la culpa sea porque se tiene la ventaja de una presunción, en consecuencia la importancia del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil, atenta contra el derecho de defensa y que este es atentatorio contra excepciones previas que pueden proponer las partes son las taxativamente señaladas en el art.97 del C.P.C, ya que son el medio dado por el legislador, el cual se dirige expresamente a mejorar el procedimiento para que se adelante sobre bases que aseguren la ausencia de causales de nulidad y llegando incluso a ponerle fin a la actuación,

Esta inversión de la carga procesal le corresponda desarrollarla al odontólogo, ahora cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales ya que en la Sentencia puede alterar el equilibrio de los intereses del

odontólogo, de aquí que este espectro judicial es nocivo para el odontólogo, ya que de no ser así, generar eventualmente producir un error judicial, de aquí que el odontólogo podría procesalmente acudir o asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones.

Por otra parte, en materia de ética médica se parte de la presunción de inocencia; es un proceso público; el acusado puede tener un defensor, solicitar y contradecir pruebas; se aplica el principio de la legalidad de la falta y de la sanción; se garantiza el principio de favorabilidad y se absuelve al inculpado en caso de duda. Así mismo se le concede al quejoso el derecho de petición, puede aportar pruebas e interponer recursos contra la decisión inhibitoria. Con esto a juicio del tribunal, el proceso disciplinario respeta la igualdad de los sujetos procesales y desarrolla plenamente la garantía del debido proceso.

Referencias Bibliográficas

Alvarado Velloso, A. (2007). Prueba Judicial, Ed. Juris, Rosario. p.16

Alvarez de la Cadena. (2006). *Ética odontológica, 2a ed.* México: Facultad de Odontología: UNAM.

Alvarez de la Cadena, C. (2001). Deontología en la odontología. Bioética General. México: Manual Moderno.

Aristizábal Marín, H. (s.f.) Alcance y extensión del consentimiento informado en la práctica odontológica Asesor Jurídico SCARE - FEPASDE

Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 Código Civil.

Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil Colombiano.

Artículo 167 del Código General del Proceso

Avendaño Leyton, I. (s.f.). Cargas Probatorias Dinámicas en el Proyecto del Código Procesal

Bach, K., & Vicente, M. (2012). Aplicación de principios bioéticos por la enfermera y percepción del paciente atendido en el Hospital Hipólito Unanue Tacna-2012. Obtenido de Perú: Universidad Nacional Jorge Basadre: Ciencias de la Salud: http://tesis.unjbg.edu.pe:8080/bitstream/handle/unjbg/179/64_2013_Vicente_Vega_KM_FACS_Enfermeria_2013.pdf?sequence=1

- Bermúdez Muñoz, M. (1995). El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista. Temas Jurídicos. N° 11. Pág. 16
- Briseño Cerda, J. M. (2006). La responsabilidad profesional en odontología. Obtenido de Revista Ética Vol. LXII. No. 3. Junio, p. 111-118: <http://www.medigraphic.com/pdfs/adm/od-2006/od063f.pdf>
- Cappelletti, M., (1969). "Le grandi tendenze evolutive del proceso civile nel diritto comparato", en Cappelletti, M., Processo e ideologie, Ed. II Mulino, Bolonia. pp. 169
- Carnelutti, F. (1944). Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina. Tomo II. pp 398-399.
- Couture, Eduardo J. (1962). Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires
- Castaño de Restrepo, M. P. (1997). «El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica», Editorial Temis, S.A., Santafé de Bogotá. p2
- Castro, F. (2008). Entre lo acostumbrado y lo debido: un dilema de la odontología actual. Federación Odontológica Colombiana Seccional valle del Cauca. Boletín Informativo No. 1., 10-13.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-537 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra 2005).

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Octubre 24 Exp. 5902 (M.P. Dr. Daniel Suárez Hernández 1990).

Consejo de Estado. (s.f.). Obtenido de <http://www.notinet.com.co/pedidos/excluyentes-2.doc>

Corte constitucional. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), MP, Ruth Stella Correa Palacio

Civil”. Ensayo publicado en el portal LexWeb – La ley en internet, de Chile, con fecha 13/08/2012. Disponible en: <http://www.lexweb.cl/cargas-probatorias-dinamicas-en-el-proyecto-del-cpc>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 10 diciembre de 1997.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Bogotá, D.C., 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 08 de mayo de 1997. Expediente N° 11220.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2001. Expediente N° 13166.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Bogotá, D.C., 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 08 de mayo de 1997. Expediente N° 11220

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2001. Expediente N° 13166.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia Número 5902). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938. Gaceta Judicial, Tomo XLVI, pág. 566 y ss.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia Número 5902). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1° de julio de 2004. (Sentencia Número 14696); y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. (Sentencia Número 14.957) Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010). Ref.: Expediente No.41001 3103 004 2000 00042 01 disponible en http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/lib/exe/fetch.php?media=csj_22-07-2010_resp_contractual.pdf

Devis Echandía, H. Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Pág. 587.

Devis Echandía, H. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil 2da Edición, Temis, Pág 11.

Devis Echandía, H. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis. Pág. 405

Devis Echandía, H. (2007). Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 198

Devis Echandía, H. (2007). Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 197

Estudios de Derecho - Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 152, diciembre 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia

Fernández, E. “RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. LA LEX ARTIS. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES”. Documento (en línea). Recuperado el 08/09/2012. Disponible en: www.riaej.com/portal/index.php?option=com_docman.

Fernando Guzmán M. y otros. (1995). «De la Responsabilidad Civil Médica. Ediciones Rosaristas. 1. Ed. 1995. p11

García, D. (1990). Introducción. La bioética médica. Bol Of Sanit Panam.

Gil Botero, E. (2010). La falla del servicio en el campo médico y hospitalario. . Obtenido de Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Revista Médico Legal -On Line Vol. 2: http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2010/Vol2/vol2_rev1_art2.pdf

Gordillo Beltrán, A. M. (2008). Análisis bioético del código del odontólogo colombiano propuesto mediante la Resolución 35 de 1989. Obtenido de Universidad de La Sabana: Facultad de Medicina: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/2589/121962.pdf?sequence=1>

González Álvarez, R. (2013). Neoprocesalismo: teoría del proceso civil eficaz, Ed. Ara, Lima

Gozaíni, O. "El neoprocesalismo", Revista Iberoamericana de Derecho procesal, Año VI, Núm. 9. pp. 227 y ss. 2006

Hazard, G.; Dondi, A. (2005). Etiche della professione legale, Ed. Il Mulino, Bolonia. p.98

Hinestrosa Forero, F. Sobre el XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal Universidad Libre Bogotá D.C. - Colombia

Irisarri B., C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Obtenido de Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana: Facultad de Ciencias Jurídicas: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Ley 35 de 1989, «Código de Ética del Odontólogo Colombiano».

Linares Avilez, D. "Reflexiones sobre la prueba dinámica". Artículo publicado en la Portada de Linares abogados. Disponible en: http://www.linaresabogados.com.pe/LinaresAbogados_Reflexionesobrepruebadinamica.pdf

López de la Vieja, M. T. (2005). *Bioética: entre la medicina y la ética. 1a ed.* España: Ediciones Universidad de Salamanca.

Micheli, G.A. (1961). La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América. Pág. 59

Montero Aroca, J., "Las concepciones garantista y autoritaria del proceso civil en el siglo XX". Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, pp. 223 y ss. En: http://egacal.educativa.com/upload/Q2009_MonteroJuan.pdf

Montero Aroca, J. (2002). La prueba en el proceso civil. Ed. Civitas. Madrid. p. 87

Montero Aroca, J. (s.f.). "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal", en Montero Aroca, J., Proceso civil e ideología, Ed. Metropolitana, Santiago, pp. 315 y 316.

- Monteleone, G., (2012) "L'imparzialità del giudice e la prova nel processo", Rivista Il Giusto processo civile, vol. II. pp. 323 y ss.
- Moya R, Roldán G., Sánchez S. (1994). «Odontología Legal y Forense», Editorial Masson S.A., p125
- Muñoz, Sabate L. "La Técnica Probatoria". Documento (en línea). Recuperado el 08/09/2012. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/60306448/TECNICA-PROBATORIA-LUIS-MUNOZ-SABATE>.
- Núñez Z., K., & Martínez A., W. (2006). *La responsabilidad civil del odontólogo*. Obtenido de Médico Legal No. 1: <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2006/12/1/La%20responsabilidad%20civil%20del%20odontologo.pdf>
- Pardo, A. (2010). *Cuestiones básicas de bioética*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Parra Quijano, J. (2004). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 242
- Peyrano, J.W. y Chiapini J. A. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas en El Derecho, tomo 107, pág. 1005
- Peyrano, J., (2012). "El cambio de paradigmas en materia procesal civil", en Peyrano, J. (Dir.), Principios procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos aires, Tomo I. pp. 131 y ss
- Peyrano, J. W., et al. Cargas Probatorias Dinámicas. Op. Cit., Pág. 60.

Peyrano, J. W. et al. Op. Cit. Págs. 106 - 107

Ponce, Malaver, M. "Responsabilidad Médica". Director de la División Central de Exámenes Médico Legales. Documento (en línea). Recuperado el 08/09/2012. Disponible en: <http://geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>.

Proyecto de Ley de Código General del Proceso. Ministerio del Interior y de Justicia.

Quiroga León, A. (2008). Estudios de Derecho Procesal. IDEMSA. ISBN: 978-603-45039-9-1. Lima. pp. 103

Ramos Gárbiras, E. (Febrero de 2011). Situación actual de la odontología en Colombia. Obtenido de Universidad del Valle: <http://univallefundamentos.blogspot.com.co/2011/02/modulo-i-situacion-actual-de-la.html>

Ramos Romeu, F., (2008). "Proceso inquisitorial y proceso adversarial. Orígenes y funcionamiento en 109 países", Revista Justicia, Núm. 3-4. pp. 345 y ss.

Restrepo, Abondano I. (2005). "V ENCUENTRO NACIONAL DE CENTRO Y GRUPOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA - PRINCIPIOS Y VALORES". escuela de Derecho y el Grupo de Investigación en Globalización y Derecho (Inscrito en Colciencias), de conformidad con las Orientaciones Generales de Actualización del Índice de publicaciones Seriadas Científicas y Tecnológicas Colombianas.

Ríos Leiva, E., (2013). "La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica", en Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma procesal civil en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago. pp. 95 y ss.

Rivas, J. L. (Agosto de 2005). La ética en la odontología. Obtenido de <http://www.odontomarketing.com/art205ago2005.htm>

Rosenberg, L. (2002). La carga de la Prueba. Montevideo: B DE F. Pág. 7

Servimed. (2013). Políticas Seguridad del Paciente.

Serrano Escobar, L. G. (2000). Nuevos aspectos de responsabilidad médica. Bogotá: Doctrina y Ley.

Serrano, Escobar L.G. "Nuevos Conceptos de Responsabilidad médica, Bogotá D. C., Ediciones Doctrina y Ley Ltda. p241

Sentencia C- 622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, Salvamento Parcial de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I y Tomo II, Segunda Edición, Legis Editores S.A., Bogotá

Tapia, Rodríguez M. (2003). "Responsabilidad Civil Médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales". Revista de Derecho, Vol. XV, diciembre, p. 75-111

Trocker, N., (2012). "La concezione del processo di Franz Klein e Tattuale evoluzione del diritto processuale civile europeo", Rivista Il Giustoprocesso civile, vol. I. pp. 55 y ss.

Uribe Holguín, R. (1980). De las Obligaciones y del Contrato en General. Colombia, Ed. Rosarista. Páginas 15 y ss. y 172 y ss

Valentín, G. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. [En línea]: http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf

Yepes Restrepo, S. (1993). «La Responsabilidad Civil Médica». Biblioteca Jurídica, 2a. ed. p9