

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS EN CONVENIO CON LA UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA ESPAÑA**

MAESTRIA DE DERECHO PENAL

VI COHORTE

TEMA DE TESIS

**LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL TRATAMIENTO ORTODONTICO
DEBERES OBJETIVOS DE CUIDADO Y CONSENTIMIENTO INFORMADO**

AUTOR

PAOLO FRANCISCO NIETO AGUACIA

DIRECTOR

DR. CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

BOGOTA D.C. NOVIEMBRE DE 2011

¿Cómo le compensaré a DIOS todo el bien que me ha hecho?

“Salmo 116,12”

A DIOS fuente inagotable de vida y sabiduría

A las mujeres de mi hogar que con su apoyo,
sacrificio y alegría han sido la inspiración y
motivación del día a día.

Al doctor CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO,
mente brillante, de quien me siento orgulloso de
haber tenido como Director de éste proyecto.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO.	
1. Evolución De La Odontología Y El Derecho Penal	3
1.1. Evolución Histórica De La Odontología	4
1.2. Evolución Histórica Del Derecho Penal	6
1.3. Evolución Legislativa En Colombia	8
1.3.1. La Ley 89 De 1923	8
1.3.2. La Ley 51 De 1937 Y Ley 95 De 1936	10
1.3.3. La Ley 10 De 1962	18
1.3.3.1. Deberes Objetivos De Cuidado	21
1.3.3.2. Deberes Objetivos De Cuidado Omisivos	24
1.3.4. La Ley 35 De 1989	25
1.3.5. Decreto Ley 100 De 1980	26
1.3.6. La Ley 599 De 2000	26
CAPITULO SEGUNDO	
1. Doctrina Y Jurisprudencia Del Consentimiento Informado	29
1.1. Deber Objetivo Del Diagnostico	30
1.1.1. Información Básica	31
1.1.2. Soportes Del Deber Objetivo	31
1.2. Deber Objetivo Del Plan De Tratamiento	35
1.2.1. Objetivos De Plan De Tratamiento	36
1.3. Deber Objetivo Del Pronostico	37
1.3.1. Compromisos En Pronostico	39
1.4. Consentimiento En La Ley Penal	42
1.4.1. La Prudencia Odontológica	43
1.4.2. Exoneración De Advertencia Del Riesgo	44
1.4.3. La Historia Clínica En El Deber Objetivo	46
1.4.4. El Consentimiento Informado Y La Historia Clínica	48
1.4.5. El Paciente Frente Al Consentimiento Informado	52
CAPITULO TERCERO	
1. Imputación	55
1.1. Imputabilidad	60
1.2. La Acción	61

1.3. La Omisión	63
1.3.1. La Omisión Impropia O Comisión Por Omisión	65
1.4. La Imputación Objetiva	66
1.4.1. Teorías Causales De Imputación Objetiva	67
1.4.2. Imputación Objetiva De Claus Roxin	68
1.4.3. Imputación Objetiva De Gunther Jakobs	72
1.4.4. Imputación Objetiva Según La Corte Constitucional	73
1.4.5. Imputación Objetiva Según Consejo De Estado	76
CAPITULO CUARTO	
1. Posición De Garante	91
1.1. Fuentes De Posición De Garante	94
1.2. Posiciones De Garante En El Código Penal Colombiano	95
1.3. Posición De Garante Según Gunther Jakobs	97
1.4. Teorías De Posición De Garante	97
1.5. El Consentimiento Excluyente De La Posición De Garante	99
1.6. Posición De Garante Según La Corte Constitucional	100
1.7. Posición De Garante Según La Corte Suprema De Justicia	100
1.8. Posición De Garante Según El Consejo De Estado	112
1.9. Delitos De Infracción De Deber	115
1.9.1. El Meniden Laede En La Infracción De Deber	116
1.9.2. Delitos De Infracción De Deber Según Claus Roxin	117
1.9.3. Delitos De Infracción De Deber Para Gunther Jakobs	119
1.9.4. Infracción Del Deber Objetivo De Cuidado Según El Consejo De Estado	124
CONCLUSIONES	
	127
BIBLIOGRAFIA	
	130

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
Cas.	Casación
CEO.	Código De Ética Odontológica
Cfr.	El Autor Cita a:
CIB.	Corporación Para Investigaciones Biológica
C.P.	Código Penal
CSJ.	Corte Suprema de Justicia
Dr.	Doctor
Ed.	Editor - Editorial
Exp.	Expediente
Inc.	Inciso
MP.	Magistrado Ponente
P.	Página
Pag.	Página
Rad.	Radicación
Ss.	Siguientes
TNET.	Tribunal Nacional De Ética Odontológica
Trad.	Traducido
Ver.	Véase, Consúltese

INTRODUCCION

El tratamiento ortodóntico es uno de los procedimientos de la odontología que revisten mayor cantidad de riesgos previsibles e imprevisibles, a la salud oral e integridad física del paciente, dado que su tarea consiste en mover las piezas dentarias a través de técnicas e instrumentos como los brackets, hasta lograr una perfecta alineación de las piezas dentarias en una correcta mordida.

Los riesgos entre otros, son de orden esquelético por el debilitamiento o pérdida de hueso en caso de problemas periodontales, dental en la pérdida o extracción de piezas dentarias, funcional en la no corrección total del apiñamiento dentario o sobre mordida, facial en la deformación estética del rostro por el movimiento de las piezas dentarias y su influencia en el hueso maxilar, o sistémico cuando el paciente adolece previamente de enfermedades controladas como la diabetes, hemofilia etc.

En la última década, se ha venido presentado un incremento desmesurado de tratamientos ortodónticos, motivados por las necesidades de estética o salud oral la proliferación de ofertas a bajos costos ha incrementado el flujo de pacientes que día a día se someten a tratamientos ortodónticos, paralelamente esta gran demanda ha conllevado a un incremento proporcional de odontólogos que buscan especializarse en ortodoncia.

Pero de igual manera se advierte, la creciente avalancha de quejas, demandas e inconformidades recíprocas de paciente especialista, por los resultados obtenidos del tratamiento, y los alcances del eximente de responsabilidad del consentimiento informado.

El propósito del presente trabajo es evidenciar, cuales son los deberes objetivos de cuidado que debe observar el ortodoncista, para que esa información que le es suministrada al paciente sobre los riesgos previsibles e imprevisibles del tratamiento, los compromisos asumidos y sus potenciales resultados, le permitan a éste consentir válidamente en la realización del mismo.

Destacando a la luz de la dogmática penal, como la infracción de dichos deberes por parte del ortodoncista, puede dar lugar a responsabilidad penal del profesional de la odontología.

Para el cumplimiento del propósito planteado, se condensará de una parte la legislación vigente que regula la odontología en Colombia, la postura de la doctrina en materia ortodóntica, y la posición de la jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Odontológica, a la par se integrará la legislación penal vigente, la evolución de la teoría del delito en cuanto al deber objetivo, la imputación y posición de garante, soportado en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

Al final, el resultado no será otro que la existencia de una herramienta novedosa en la literatura jurídica odontológica en Colombia, de gran utilidad para los profesionales del derecho como de la odontología principalmente los especialistas en ortodoncia, de la comunidad académica, y de los pacientes de ortodoncia en general.

CAPITULO PRIMERO

1. EVOLUCIÓN DE LA ODONTOLOGIA Y EL DERECHO PENAL

La ciencia de la odontología y su reciente especialidad de ortodoncia, junto a la ciencia del Derecho Penal, a través de la historia han marchado de manera paralela, generalmente conectadas por resultados típicos que pueden lesionar o poner en riesgo la vida e integridad personal del paciente.

Sin embargo, su tratamiento se ha desarrollado profundamente en otras áreas del derecho, principalmente administrativo al amparo de la ética profesional, y civil en sede de reparación por responsabilidad contractual o extracontractual.

En la línea del derecho penal su abordaje ha sido tímido, debido a la complejidad que el ejercicio material de la profesión del odontólogo conlleva en los casos en concreto. Y la falta de regulación normativa en la ortodoncia como especialidad odontológica.

Por ello es de considerar, que si bien el ejercicio de la odontología implica en gran parte de sus procedimientos la realización de supuestos de hecho previstos en el ordenamiento penal, no siempre son sujetos de consecuencia jurídica. En otras palabras, si bien la extracción de un diente por apiñamiento en el tratamiento ortodóntico, genera una lesión en la integridad física del paciente no por ello es sancionado el ortodoncista. Pese a que, en este caso, el supuesto de

hecho que contempla la norma penal en el tipo de lesiones personales¹ se haya cumplido a cabalidad dentro de la descripción típica que la norma punitiva exige.

A fin de delimitar la órbita de aplicación del derecho penal en el ejercicio de la profesión por parte del odontólogo y principalmente en la especialidad de ortodoncia, el legislador ha evolucionado en sus conceptos, tendientes a determinar entre los múltiples deberes asignados al profesional de la odontología cuáles de ellos se pueden considerar dentro de la órbita del derecho penal, independientemente de las demás orbitas del derecho, como bien puede ser la civil.

Evolución, que se advierte de contera, incorpora los avances no solo del conocimiento humano, sino de los implementos que coadyuvan a la óptima prestación del servicio (logístico y tecnológico).

1.1. EVOLUCION HISTORICA DE LA ODONTOLOGIA

La ciencia de la odontología parte desde los inicios conocibles de la humanidad, motivada por los denominados “dolor de muela”, consistentes en los agudos e intensos dolores que se producen por las afecciones de las piezas dentarias y sus locaciones en la cavidad bucal. El derecho penal de igual manera nace con la humanidad con el propósito de regular y sancionar los comportamientos más graves que permitan garantizar en la sociedad la convivencia y coexistencia.

¹ Artículo 111. Lesiones Personales. El Que Cause A Otro Daño En El Cuerpo O En La Salud, Incurrirá En Las Sanciones Establecidas En Los Artículos Sigüientes. Código Penal Colombiano. Ley 599 De Julio 24 De 2000. Editorial Leyer Vigésima Cuarta Edición Bogotá D.C., 2008 Pag 129.

En un principio el tratamiento empírico de la odontología se fundó únicamente en la extracción de la pieza dentaria como fenómeno de terminación del dolor. La literatura odontológica al respecto presenta la evolución de acuerdo a los avances en las técnicas y procedimientos utilizados para mitigar el dolor, iniciando con la extracción de la pieza dentaria desde HENSIE RE², pasando por la utilización estética de las piezas dentarias en la cultura MAYA³, continuando con la PRÓTESIS FIJA ETRUSCA⁴, hasta la aparición de ARISTÓTELES⁵ con los ungüentos, procedimientos de esterilización, la utilización del alambre caliente, llegando a finales de la edad media con PIERRE FAUCHARD⁶ catalogado como el padre de la odontología moderna, quien logra condensar los conocimientos de

² Hesi Re: ¿El Primer Odontólogo?(3000 A.C). El Primer Odontólogo Conocido Fue Un Egipcio Llamado Hesi-Re, Encargado De Resolver Y Mitigar Las Dolencias Dentales De Los Faraones. Fue También Un Médico E Indicó La Importancia De La Asociación Entre La Medicina Y La Odontología.

[Http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

³ Calavera Maya (Siglo Ix A.C) Primera Incrustación Dentaria. Incrustaciones De Jade Y Turquesa Efectuadas En Cráneo Maya Con Propósitos Rituales Y Religiosos O Según Algunos Investigadores Con Propósitos Estéticos. La Pieza Se Exhibe En El Museo Nacional De Antropología De México Df, México.

[Http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

⁴ Prótesis Fija Etrusca (Siglo Iv A.C.) Primera Prótesis Dentaria. Esta Interesante Pieza Data Aproximadamente Del Siglo Iv Antes De Cristo Y Es Mostrada En El Museo De La Escuela Dental De Paris. Constituye Una De Las Primeras Prótesis Dentales Fijas De La Historia. Está Constituida Por Una Banda De Oro A La Cual Se Incrustaron Dientes De Animales Para Reemplazar Piezas Faltantes.

[Http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

⁵ Aristóteles Y La Odontología. Aristóteles Nació El Año 384 A.C. En Estagira (Macedonia) Y Murió El 322 A.C. Fue Discípulo De Platón Y Maestro De Alejandro Magno. Es Reconocido Como Uno De Los Sabios Más Importantes Con Una De Las Más Fructíferas Y Multidisciplinarias Obras De La Historia. En Odontología, Por Citar Un Ejemplo Que Nos Concierna, Escribió Sobre Ungüentos Y Procedimientos De Esterilización Usando Un Alambre Caliente Para Tratar Las Enfermedades De Los Dientes Y De Los Tejidos Orales. También Sobre La Extracción Dental Y El Uso De Alambres Para Estabilizar Fracturas Maxilares Y Ligar Dientes Perdidos.

[Http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

⁶ Pierre Fauchard (1678-1761). Padre De La Odontología Moderna

Es Conocido Como El Padre De La Odontología Moderna, Por Su Aporte De Sintetizar Y Sistematizar Los Principales Conocimientos Sobre Odontología En Occidente, En Su Obra "Le Chirugien Dentiste; Ou, Traité Des Dents". Se Le Reconoce Con Especial Valor Su Espíritu De Compartir Y Difundir El Conocimiento, Acto Poco Común En Su Época.

[Http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

la odontología en la obra “le chirugien dentiste; ou, traité des dent”, posteriormente aparece la primera cirugía ortognática con SIMON P. HULLIHEN⁷ y llegando a la era de la estandarización en texto de los procedimientos por parte del doctor G.V. BLACK⁸, inicia el siglo XX con la inventiva y la instrumentalización en la odontología en cabeza del DR. BASIL M.WILKERSON⁹, y el avance en la anestesiología oral con el descubrimiento de la novocaína por parte del DR. ALFRED EINHORN¹⁰.

1.2. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

Paralelamente el derecho penal se condicionó a la interpretación que el gobernante daba de los hechos, que a su parecer debían ser objeto de castigo,

⁷ Simon P. Hullihen (1811-1857). Padre De La Cirugía Oral Es Conocido Como El Padre De La Cirugía Oral Moderna Y Se Cree Que Fue El Primero En Realizar Una Cirugía Ortognática. Tuvo Que Luchar Contra Fuertes Prejuicios Y Escepticismo. Creó Sus Propios Instrumentos, Algunos De Los Cuales Se Siguen Utilizando En La Actualidad. [Http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

⁸ Dr. G.V. Black (1836-1915). Éste Renombrado Odontólogo De Illinois Es Recordado Como Un Hombre Versátil Y Es Reconocido Por Su Fructífera Obra En El Mundo Académico Y De La Investigación En Odontología Y Medicina, A Pesar De Haber Tenido Sólo Un Breve Proceso De Formación. Realizó Sus Aportes Más Destacados En La Estandarización De Procedimientos Dentales, Siendo Sus Textos Sumamente Difundidos Y Seguidos Por Muchos Profesionales Durante Décadas. [Http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

⁹ Dr. Basil M. Wilkerson (1842-1910) Es Uno De Los Mayores Inventores En Odontología, Habiendo Contribuido Con Valiosísimos Aportes, Como La Primera Silla Dental Hidráulica, La Primer A Turbina Y Numerosos Instrumentos Odontológicos. [Http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

¹⁰ Alfred Einhorn (1905) El Primer Anestésico Conocido Usado En La Odontología Fue La Cocaína Introducida Por Carl Soller, Pero Pronto Se Empezó A Investigar El Uso De Un Anestésico Que No Fuese Adictivo. El Químico Alemán Alfred Einhorn Al Investigar Una Sustancia Que Fuese Fácilmente Usada Por Los Soldados Durante La Guerra Descubrió La Procaína En 1905. La Sustancia Fue Patentada Como Novocaína, Que Nunca Se Hizo Popular Para El Uso Militar, Pero Si Entre Los Dentistas, Quienes La Empezaron A Usar Como Anestésico. [Http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

para el caso de las lesiones sufridas por los pacientes derivado de los procedimientos odontológicos bien sea por la extracción de piezas dentarias, o la instrumentalización en la cavidad bucal, tan solo vino a ser consagrada como supuestos típicos en la edad media, pero únicamente cuando se era desligado del propósito de cura o remedio, en otras palabras cuando el ánimo era dañar, y no, curar al paciente.

El derecho penal por su parte es visto como ciencia a partir del siglo XVIII con la aparición de los contractualistas, y los fenómenos revolucionarios que dan al cambio al modelo de Estado de corte monárquico, a partir de las ideas sociales se generan sistemas escolásticos que desarrollan la dogmática penal, siendo los más representativos el estudio de la causalidad, tanto en Italia con FRANCESCO CARRARA, como en Alemania con VON LIZT, partiendo de posturas eminentemente naturalistas adoptando la denominación de corrientes clásicas de causalidad o causalismo clásico, o adoptando posturas normativas o iusnaturalismo a la cual denominaron causalismo jurídico o moderno.

La prevalencia de la norma, la aplicación experimental del derecho, crearon la corriente escolástica del positivismo, en Italia representada por CESAR LOMBROSO, RAFAEL GAROFALO y ENRICO FERRI, la idea de que el crimen parte de una actividad volitiva, que desarrolla ex ante los parámetros de desvalor del comportamiento humano, bajo una premisa de propósito o finalidad, da paso a un sistema escolástico denominado el Finalismo cuyo representante Alemania es HANS WELZEL.

El ámbito de protección de la norma, enfocado en la función del ser en el colectivo y su rol asumido dan paso en la segunda mitad del siglo XX al sistema escolástico denominado Funcionalismo, tomando dos representantes de posturas distantes CLAUX ROXIN y GUNTHER JAKOBS.

1.3. EVOLUCION LEGISLATIVA EN COLOMBIA

La línea de evolución legislativa en Colombia existente entre la ciencia odontológica y el derecho penal, tiene su auge en el siglo XX, y se puede percibir de la siguiente manera:

ODONTOLOGÍA	DERECHO PENAL
LEY 89 DE 1923	LEY 95 DE 1936
LEY 51 DE 1937	DECRETO LEY 100 DE 1980
LEY 10 DE 1962	LEY 599 DE 2000
LEY 35 DE 1989	
DECRETO 491 DE 2000	
RESOLUCION 1995 DE 1999	

1.3.1. LA LEY 89 DE 1923

La odontología es reglada a partir de la ley 89 del 22 de noviembre de 1923, no es propiamente una normatividad que pueda delimitar de manera coherente en qué casos puede verse afectado el ejercicio de la odontología por el derecho penal, concretamente en tratándose de deberes, sin embargo registra aportes importantes como son:

La concesión del título de idoneidad como odontólogo¹¹

¹¹ Artículo 1°. Autorizase Al Instituto Dental Colombiano, Que Funciona En Bogotá, Para Conferir Diplomas De Grado De Doctor En Odontología O Cirugía Dental, Los Que Para Su Validez Legal Requieren Ser Refrendados Por El Ministerio De Instrucción Pública.

Los requisitos exigidos para optar al título¹²

Las entidades autorizadas para emanar el título de odontólogo¹³

Las condiciones para el ejercicio profesional de la odontología¹⁴

No obstante, debemos destacar que el legislador impone un deber objetivo y fundamental para el ciudadano que quiera ejercer profesionalmente la odontología en el territorio Colombiano y es precisamente el título como odontólogo.

Tenemos entonces que un primer deber que objetivamente debe cumplirse para el ejercicio de la odontología en Colombia es el Título profesional que lo acredita como idóneo. Miremos que en el diario vivir, múltiples personas venían realizando de manera empírica el ejercicio de la odontología, quiere decir que al amparo de ésta normatividad, quien no cumpla con los requisitos mínimos exigidos por la ley para optar al título de odontólogo, y ejerciere la odontología en cualquiera de sus procedimientos estaría infringiendo un deber objetivo.

Ley 89 De Noviembre 22 De 1923. Diario Oficial No19338 Y 19339 Del 26 De Noviembre De 1923. Imprenta Nacional De Colombia.

¹² Artículo 2° Para cursar en los establecimientos de enseñanza odontológica o de cirugía dental, y obtener en ellos el diploma de doctor en esa materia, cuando tales establecimientos estén autorizados por ley, es indispensable que los aspirantes hallan, obtenido previamente el diploma del bachillerato técnico. Sin este requisito no podrá en el Ministerio de Instrucción Pública autorizar ningún diploma de cirujano dentista.
Ley 89 De Noviembre 22 De 1923. Diario Oficial No19338 Y 19339 Del 26 De Noviembre De 1923. Imprenta Nacional De Colombia.

Artículo 3° El Ministerio de Instrucción Pública, asesorado por odontólogos graduados en facultades extranjeras, fijará las condiciones que deben reunir los colegios e institutos dentales para tener derecho a expedir diplomas de competencia.
Ley 89 De Noviembre 22 De 1923. Diario Oficial No19338 Y 19339 Del 26 De Noviembre De 1923. Imprenta Nacional De Colombia.

¹³ Artículo 4° Autorízase igualmente al colegio dental de Medellín para que expida igual diploma al de que trata el artículo 1° de esta ley.
Ley 89 De Noviembre 22 De 1923. Diario Oficial No19338 Y 19339 Del 26 De Noviembre De 1923. Imprenta Nacional De Colombia.

¹⁴ Artículo 5° Para poder ejercer la odontología, los interesados presentarán a los alcaldes respectivos los títulos que acrediten su idoneidad.
Ley 89 De Noviembre 22 De 1923. Diario Oficial No19338 Y 19339 Del 26 De Noviembre De 1923. Imprenta Nacional De Colombia.

Que relacionado a la órbita del derecho penal, tal infracción al deber objetivo, si conllevara como resultado la descripción normativa de un supuesto de hecho previsto en la ley penal, conllevaría a la posibilidad de ser objeto de punición. Es decir, eventualmente podría esa persona ser sancionada penalmente.

1.3.2. LA LEY 51 DE 1937 Y LEY 95 DE 1936

La década de los treinta provoca grandes cambios legislativos en el Estado Colombiano, entre ellos en la ciencia de la Odontología tenemos la ley 51 del 27 de julio de 1937, donde el legislador incorpora avances importantes para el ejercicio de la odontología ampliando el ámbito de cobertura contenido en la ley 89 de 1923.

Entre los aportes de la ley 51 de 1937 se destacan:

Quienes pueden ejercer la odontología¹⁵

¹⁵ Artículo 1º A Partir De La Vigencia De La Presente Ley, Sólo Podrán Ejercer La Odontología En El Territorio De La República:

A) Los Nacionales O Extranjeros Que Hayan Adquirido O Adquieran El Título De Odontólogo O Cirujano Dentista Expedido Por Alguna De Las Facultades Oficialmente Reconocidas Que Funcionen O Hayan Funcionado En El País Y Que Esté Refrendado Por El Ministerio De Educación Nacional.

B) Los Colombianos Graduados En El Exterior En Una Facultad De Reconocida Competencia Y Seriedad, Lo Cual Será Certificado Por El Agente Diplomático O Consular De La República En El País De Origen Del Diploma. También Certificarán Dichos Funcionarios Que Tales Diplomas Sirven Para Ejercer Librementemente La Profesión Odontológica En Esos Países, Requisito Éste Indispensable Para Que Estos Diplomas Tengan Validez En Colombia. Estas Certificaciones Tienen Que Ser Autenticadas Por El Ministerio De Relaciones Exteriores.

C) Estos Títulos O Diplomas Tienen Que Ser Visados Por El Ministerio De Educación Nacional Y Registrados En La Junta Central De Títulos Odontológicos La Que Les Dará El Visto Bueno Si Encuentra Que Cumplen Todos Los Requisitos Legales.

D) No Se Aceptan Diplomas O Títulos Expedidos Por Facultades Extranjeras Cuyo Plan De Estudios Sea Inferior Al De La Escuela Nacional De Odontología De La Facultad De Medicina De La Universidad Nacional. Tampoco Se Aceptan Títulos O Diplomas Expedidos Por Correspondencia. No Serán Válidos, Para El Ejercicio De La Odontología O Cirugía Dental Los Títulos Honoríficos.

E) Los Nacionales O Extranjeros Que Hayan Obtenido U Obtengan Título De Una Facultad Perteneciente A País Con El Cual Colombia Tenga Celebrados Tratados O Convenios Sobre Intercambio De Títulos Universitarios, Siempre Que Previamente Hayan Comprobado Su Identidad

Personal Y Que Las Facultades Que Los Expidan Sean Oficiales O Reconocidas Como Tales En El País De Origen.

Paragrafo. Los Extranjeros Que Después De Expedida Esta Ley Vinieren A Ejercer La Odontología O Cirugía Dental A Colombia, Con Diplomas O Títulos Expedidos Por Facultades Extranjeras Que No Estén Comprendidas En El Inciso E) De Este Artículo, No Lo Podrán Hacer Por Ningún Motivo, A No Ser Que Comprueben Que En Su País, Las Leyes Permiten A Los Colombianos El Ejercicio De Esta Profesión Con Títulos O Diplomas Expedidos Por Facultades Colombianas.

Los Extranjeros Que Pudieren Comprobar Debidamente Lo Estipulado En Este Parágrafo Tendrán Que Someterse A Todo Lo Exigido En Esta Ley Sobre Diplomas Expedidos En El Extranjero, Y Además Presentar Un Examen En La Escuela Nacional De Odontología De La Facultad De Medicina De La Universidad Nacional, Ante Un Jurado Nombrado Por Ese

Plantel, Sobre Las Asignaturas Teóricas Y Prácticas Que Allí Se Cursen. Este Examen Será Escrito Y Oral, En Idioma Español, Y Práctico En Clínicas, Laboratorios Y Anfiteatro. El Aspirante Al Examen De Que Trata El Inciso Anterior, Consignará Previamente En La Secretaría De La Escuela Nacional De Odontología De La Universidad Nacional, La Suma

De Doscientos Cincuenta Pesos (\$250), Suma Que Se Distribuirá Por Partes Iguales Entre Los Examinadores, El Secretario De La Escuela, La Escuela Y El Hospital De San Juan De Dios.

Paragrafo. Sólo Podrán Hacer Uso Del Título De Doctor En Odontología O Cirugía Dental, Las Personas Que Tengan Su Diploma Expedido De Acuerdo Con Esta Ley. Los Contraventores A Esta Disposición Serán Castigados Con Multas Sucesivas De Veinticinco Pesos (\$25).

Artículo 2º Con Carácter De Permitidos Pueden Ejercer La Profesión Odontológica Quienes Posean Permisos Expedidos Con Todos Los Requisitos Legales, Con Anterioridad A La Vigencia De La Presente Ley, Siempre Que Hayan Sido O Sean Refrendados Por La Junta Central De Títulos Odontológicos, Como Lo Ordenan Los Decretos Números 361 De 1931 Y

453 De 1933. Ciento Ochenta Días Después De Entrar En Vigencia Esta Ley, No Será Permitido A Las Juntas De Títulos Odontológicos La Consideración De Licencias.

Artículo 3º También Podrán Seguir Ejerciendo La Odontología, Las Personas Que Durante Un Período No Menor De Diez Años, Contados Hacia Atrás Desde La Vigencia De Esta Ley, Hayan Estado Dedicadas De Manera Permanente Al Ejercicio Honorable De Esa Profesión.

Artículo 4º Las Personas A Que Se Refiere El Artículo Anterior, Deberán Someterse A Un Examen Práctico Sobre Operatoria Dental, Prótesis Dental, Exodoncia Y Anestesia En Cualquiera De Las Facultades De Odontología De La Universidad Nacional. La Solicitud De Examen Acompañada De La Documentación Respectiva, Debe Hacerse Ante

La Junta Central, Hasta Ciento Ochenta Días Después De La Promulgación De La Presente Ley. A Las Personas Aprobadas En Los Exámenes De Que Trata Este Artículo, La Junta Central Les Expedirá, Sin Costo Alguno, La Licencia Respectiva.

Artículo 5º La Junta Central De Títulos Odontológicos Puede Permitir El Ejercicio De La Profesión A Los Estudiantes Que Hayan Terminado Y Aprobado Todos Los Cursos, Pero Únicamente Por Dos Años.

Artículo 6º Solamente Dentistas Titulados, De Nacionalidad Colombiana, Podrán Ser Nombrados Y Desempeñar El Cargo De Odontólogo Oficial En Cualquier Ramo De La Administración Pública, Salvo Los Casos En Que La Universidad Nacional Considere Conveniente El Nombramiento De Profesores Extranjeros.

Paragrafo. También Podrán Ser Nombrados Para Desempeñar Estos Cargos, Los Licenciados Y Permitidos Que Tengan Diez O Más Años De Ejercicio Profesional, Sean De Reconocida Competencia Y Tengan Gabinete Bien Establecido.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

Sanciones por el incumplimiento a las normas que regulan el ejercicio de la odontología¹⁶

Condiciones, pensum académico y requisitos para el reconocimiento de título de odontólogo como certificado de idoneidad nacional y extranjero¹⁷

Creación, existencia y funcionamiento de laboratorios dentales, instrumental y procedimientos aplicados¹⁸

Creación de autoridad reguladora del ejercicio de la profesión de la odontología, y reconocimiento de facultades sancionatorias a autoridades administrativas¹⁹

¹⁶ Artículo 7º El Profesional Odontólogo O Cirujano Dentista Que Con Su Título, Licencia O Permiso Amparare Clínicas Dentales En Las Que Trabajen Individuos No Autorizados Por Esta Ley Para El Ejercicio De La Odontología, Serán Castigados Con Multas Sucesivas Deciento Cincuenta Pesos (\$150).

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

¹⁷ Artículo 8º Para Los Efectos De La Presente Ley Se Entenderá También, Dentro Del Ejercicio Legal De La Odontología O Cirugía Dental, La Práctica De La Cirugía Oral Únicamente Por Los Profesionales Diplomados, Como También La Prescripción De Medicamentos En Receta O Fórmula Escrita, Y En Idioma Español, Sujetándose A Las Disposiciones Legales Al Respecto.

Artículo 10. Para Que Una Facultad Dental Pueda Expedir Título De Odontólogo O Cirujano Dentista, Se Necesita Que Tenga Un Pensum De Estudios Por Lo Menos Igual Al De La Escuela Nacional De Odontología De La Facultad De Medicina De La Universidad Nacional, Y Sus Estatutos, Requisitos De Admisión, Organización, Métodos De Enseñanza Y

De Trabajo, Dotación, Etc., Sean Aprobados Por La Universidad Nacional. A Ésta Le Es Prohibido Aprobarlos Si Son Inferiores En Todo O En Parte A Los Similares De La Escuela Nacional De Odontología De La Universidad Nacional.

Artículo 11. Para El Ingreso A Las Facultades De Odontología Se Exigen Los Mismos Requisitos Que Exige La Universidad Nacional Para El Ingreso A Cualquiera De Sus Facultades.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

¹⁸ Artículo 9º Permítase La Existencia Y Funcionamiento De Laboratorios Dentales Para El Ejercicio Exclusivo De La Prótesis O Mecánica Dental Sobre Modelos, Bajo La Inmediata Dependencia Y Dirección De Un Odontólogo Titulado. A Quienes Se Ocuparen De Esta Rama De La Odontología, Les Queda Prohibido Ejecutar Trabajos Directamente Sobre Pacientes. Los Que Contravinieren A Esta Disposición Serán Castigados Con Multas Sucesivas De Veinticinco Pesos (\$25).

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

¹⁹ Artículo 12. Créase La Junta Central De Título Odontológicos Constituida Por Cinco Dentistas Titulados Que Serán Nombrados: Uno Por El Rector De La Universidad Nacional; Dos Por La Escuela Nacional De Odontología; Uno Por El Decano De La Facultad, Y El Director De La Escuela Nacional De Odontología, Que Será Su Presidente. El Secretario Lo

Será El Secretario De La Escuela Nacional De Odontología, Y Funcionará En El Local De Ésta.

Artículo 13. Créanse En Las Capitales De Los Departamentos, Intendencias Y Comisarías, Juntas Seccionales De Títulos Odontológicos. Estas Juntas Quedarán Constituidas Así:

En relación al derecho penal la década de los treinta resulta trascendental, adoptándose un modelo definido del sistema penal, tanto en lo sustancial como en lo adjetivo, a través de la ley 95 de 1936.

En ese entre tanto legislativo, destacamos que se mantiene aunque con algunos matices el deber objetivo del título de odontólogo para la persona que quiera ejercer profesionalmente la odontología.

Aparece la instrumentalización de la odontología, la creación y formación de laboratorios dentales que en el ejercicio práctico de la profesión, si bien destinados a optimizar la prestación del servicio al paciente, sin lugar a duda incrementaran

A) Por El Gobernador Del Departamento O Quien Lo Represente; Por El Director Departamental De Higiene Y Por Tres Dentistas Titulados Nombrados Por La Junta Central De Títulos Odontológicos. La Junta Nombrará Su Secretario Y Funcionará En Una De Las Dependencias De La Gobernación; Y B) En Las Capitales De Intendencias Y Comisarías Las Juntas Quedarán Integradas Así: Por El Intendente O Comisario Especial; Por El Médico De Sanidad; El Inspector Escolar Y Un Dentista Titulado, Nombrado Por La Junta Central De Títulos Odontológicos. Será Presidente De Esta Junta Seccional El Intendente O Comisario Especial, Y Secretario, El Secretario De Éstos. La Junta Sesionará En El Despacho Del Intendente O En El Del Comisario Especial.

Parágrafo 1º De Las Resoluciones De Estas Juntas Podrán Apelar Los Interesados Ante La Junta Central De Títulos Odontológicos, Y Las Que Esta Junta Dicte Respetadas Por Las Juntas Seccionales.

Parágrafo 2º Las Juntas Velarán Por El Estricto Cumplimiento De Esta Ley Por Parte De Las Autoridades; Cancelarán Las Licencias De Que Trata El Artículo 2º Cuando Se Compruebe Que De Ellas Se Hace Mal Uso, Ya Por Extralimitación A Lo Indicado En La Licencia, Por Incompetencia, O Porque La Licencia No Llena Los Requisitos Legales. La Junta Central Podrá, Para Colaborar En El Desarrollo Y Mejor Cumplimiento De Esta Ley, Elaborar Proyectos De Decretos Que Someterá Por Mediación Del Ministerio De Educación Nacional, Al Estudio Y Aprobación Del Ejecutivo Nacional, Quien También Determinará Las Funciones Y Deberes De Las Juntas De Que Trata Este Artículo, Y Dictará Las Disposiciones Conducentes Al Fiel Cumplimiento De Esta Ley.

Artículo 14. Quien Ejerza La Odontología O Cirugía Dental En Cualquiera De Sus Ramas Sin Sujeción A La Presente Ley Incorre En Una Multa De Cincuenta Pesos (\$50), Por La Primera Vez; De Cien Pesos (\$100) Por La Segunda, Y De Doscientos Pesos (\$200) Por La Tercera, Y Prisión De Seis Meses A Un Año Por Cada Una De Las Reincidencias Siguietes. Estas Penas Serán Impuestas Por El Alcalde Del Lugar, Quien Puede Convertir Las Multas En Arresto, De Acuerdo Con Las Leyes. Estas Multas Serán Apelables Ante La Gobernación Del Departamento, Donde Se Resolverán En El Término De Treinta Días.

Artículo 15. Los Alcaldes Y Funcionarios De Policía Quedan Obligados A Hacer Cumplir Los Preceptos De Esta Ley; Los Que Fueren Renuentes Serán Castigados Con Multas Sucesivas De Veinte Pesos (\$20) A Cincuenta Pesos (\$50) Por Sus Superiores Jerárquicos A Petición De Las Juntas, Las Cuales Podrán Pedir Al Respectivo Gobernador, Intendente O Comisario Especial, La Destitución De Los Funcionarios Que Reincidan En No Hacer Cumplir Estrictamente Esta Ley.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

el riesgo jurídicamente permitido. Lo que conlleva a un mayor nivel de preparación del profesional.

Pero la influencia del derecho penal poco y casi nada tuvo durante éste periodo, cobrando mayor aporte el derecho civil y administrativo, ubicando las infracciones de deber en sede de la ética profesional, y paralelamente de manera aleatoria la responsabilidad civil derivada de un vínculo contractual o extracontractual del odontólogo y el paciente. No se percibió dentro de la literatura jurídico penal que un profesional de la odontología resultare responsable penalmente por comportamiento desplegado en el ejercicio de su profesión.

La ley 51 de 1937, fue el umbral de deberes objetivos que a la postre serían los considerados en el derecho penal en sede de infracción. Claro es, que en su generalidad fue el derecho civil y administrativo quien desarrollo estos presupuestos. Pero resulta relevante señalar aportes de los cuales se podían inferir deberes objetivos de connotación penal a saber:

Quienes únicamente pueden ejercer la odontología en el territorio nacional 20

²⁰ Artículo 1º A Partir De La Vigencia De La Presente Ley, Sólo Podrán Ejercer La Odontología En El Territorio De La República:

A) Los Nacionales O Extranjeros Que Hayan Adquirido O Adquieran El Título De Odontólogo O Cirujano Dentista Expedido Por Alguna De Las Facultades Oficialmente Reconocidas Que Funcionen O Hayan Funcionado En El País Y Que Esté Refrendado Por El Ministerio De Educación Nacional.

B) Los Colombianos Graduados En El Exterior En Una Facultad De Reconocida Competencia Y Seriedad, Lo Cual Será Certificado Por El Agente Diplomático O Consular De La República En El País De Origen Del Diploma. También Certificarán Dichos Funcionarios Que Tales Diplomas Sirven Para Ejercer Libremente La Profesión Odontológica En Esos Países, Requisito Éste Indispensable Para Que Estos Diplomas Tengan Validez En Colombia. Estas Certificaciones Tienen Que Ser Autenticadas Por El Ministerio De Relaciones Exteriores.

C) Estos Títulos O Diplomas Tienen Que Ser Visados Por El Ministerio De Educación Nacional Y Registrados En La Junta Central De Títulos Odontológicos La Que Les Dará El Visto Bueno Si Encuentra Que Cumplen Todos Los Requisitos Legales.

D) No Se Aceptan Diplomas O Títulos Expedidos Por Facultades Extranjeras Cuyo Plan De Estudios Sea Inferior Al De La Escuela Nacional De Odontología De La Facultad De Medicina De La Universidad Nacional. Tampoco Se Aceptan Títulos O Diplomas Expedidos Por Correspondencia. No Serán Válidos, Para El Ejercicio De La Odontología O Cirugía Dental Los Títulos Honoríficos.

E) Los Nacionales O Extranjeros Que Hayan Obtenido U Obtengan Título De Una Facultad Perteneciente A País Con El Cual Colombia Tenga Celebrados Tratados O Convenios Sobre Intercambio De Títulos Universitarios, Siempre Que Previamente Hayan Comprobado Su Identidad

Quienes pueden desempeñarse en la administración pública como odontólogo²¹

Personal Y Que Las Facultades Que Los Expedan Sean Oficiales O Reconocidas Como Tales En El País De Origen.

Parágrafo. Los Extranjeros Que Después De Expedida Esta Ley Vinieren A Ejercer La Odontología O Cirugía Dental A Colombia, Con Diplomas O Títulos Expedidos Por Facultades Extranjeras Que No Estén Comprendidas En El Inciso E) De Este Artículo, No Lo Podrán Hacer Por Ningún Motivo, A No Ser Que Comprueben Que En Su País, Las Leyes Permiten A Los Colombianos El Ejercicio De Esta Profesión Con Títulos O Diplomas Expedidos Por Facultades Colombianas.

Los Extranjeros Que Pudieren Comprobar Debidamente Lo Estipulado En Este Parágrafo Tendrán Que Someterse A Todo Lo Exigido En Esta Ley Sobre Diplomas Expedidos En El Extranjero, Y Además Presentar Un Examen En La Escuela Nacional De Odontología De La Facultad De Medicina De La Universidad Nacional, Ante Un Jurado Nombrado Por Ese

Plantel, Sobre Las Asignaturas Teóricas Y Prácticas Que Allí Se Cursen. Este Examen Será Escrito Y Oral, En Idioma Español, Y Práctico En Clínicas, Laboratorios Y Anfiteatro. El Aspirante Al Examen De Que Trata El Inciso Anterior, Consignará Previamente En La Secretaría De La Escuela Nacional De Odontología De La Universidad Nacional, La Suma

De Doscientos Cincuenta Pesos (\$250), Suma Que Se Distribuirá Por Partes Iguales Entre Los Examinadores, El Secretario De La Escuela, La Escuela Y El Hospital De San Juan De Dios.

Parágrafo. Sólo Podrán Hacer Uso Del Título De Doctor En Odontología O Cirugía Dental, Las Personas Que Tengan Su Diploma Expedido De Acuerdo Con Esta Ley. Los Contraventores A Esta Disposición Serán Castigados Con Multas Sucesivas De Veinticinco Pesos (\$25).

Artículo 2º Con Carácter De Permitidos Pueden Ejercer La Profesión Odontológica Quienes Posean Permisos Expedidos Con Todos Los Requisitos Legales, Con Anterioridad A La Vigencia De La Presente Ley, Siempre Que Hayan Sido O Sean Refrendados Por La Junta Central De Títulos Odontológicos, Como Lo Ordenan Los Decretos Números 361 De 1931 Y

453 De 1933. Ciento Ochenta Días Después De Entrar En Vigencia Esta Ley, No Será Permitido A Las Juntas De Títulos Odontológicos La Consideración De Licencias.

Artículo 3º También Podrán Seguir Ejerciendo La Odontología, Las Personas Que Durante Un Período No Menor De Diez Años, Contados Hacia Atrás Desde La Vigencia De Esta Ley, Hayan Estado Dedicadas De Manera Permanente Al Ejercicio Honorable De Esa Profesión.

Artículo 4º Las Personas A Que Se Refiere El Artículo Anterior, Deberán Someterse A Un Examen Práctico Sobre Operatoria Dental, Prótesis Dental, Exodoncia Y Anestesia En Cualquiera De Las Facultades De Odontología De La Universidad Nacional.

La Solicitud De Examen Acompañada De La Documentación Respectiva, Debe Hacerse Ante La Junta Central, Hasta Ciento Ochenta Días Después De La Promulgación De La Presente Ley. A Las Personas Aprobadas En Los Exámenes De Que Trata Este Artículo, La Junta Central Les Expedirá, Sin Costo Alguno, La Licencia Respectiva.

Artículo 5º La Junta Central De Títulos Odontológicos Puede Permitir El Ejercicio De La Profesión A Los Estudiantes Que Hayan Terminado Y Aprobado Todos Los Cursos, Pero Únicamente Por Dos Años.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

²¹ Artículo 6º Solamente Dentistas Titulados, De Nacionalidad Colombiana, Podrán Ser Nombrados Y Desempeñar El Cargo De Odontólogo Oficial En Cualquier Ramo De La Administración Pública, Salvo Los Casos En Que La Universidad Nacional Considere Conveniente El Nombramiento De Profesores Extranjeros.

Parágrafo. También Podrán Ser Nombrados Para Desempeñar Estos Cargos, Los Licenciados Y Permitidos Que Tengan Diez O Más Años De Ejercicio Profesional, Sean De Reconocida Competencia Y Tengan Gabinete Bien Establecido.

El deber del odontólogo de no amparar a personas no autorizadas por la ley a laborar en establecimientos clínicos²²

El odontólogo como único facultado para recetar medicamentos²³

El deber de no practicar trabajos de prótesis o mecánica dental directamente sobre los pacientes ²⁴

El deber de sujeción a la ley por parte del odontólogo y creación de juntas odontológicas²⁵.

Artículo 10. Para Que Una Facultad Dental Pueda Expedir Título De Odontólogo O Cirujano Dentista, Se Necesita Que Tenga Un Pensum De Estudios Por Lo Menos Igual Al De La Escuela Nacional De Odontología De La Facultad De Medicina De La Universidad Nacional, Y Sus Estatutos, Requisitos De Admisión, Organización, Métodos De Enseñanza Y De Trabajo, Dotación, Etc., Sean Aprobados Por La Universidad Nacional. A Ésta Le Es Prohibido Aprobarlos Si Son Inferiores En Todo O En Parte A Los Similares De La Escuela Nacional De Odontología De La Universidad Nacional.

Artículo 11. Para El Ingreso A Las Facultades De Odontología Se Exigen Los Mismos Requisitos Que Exige La Universidad Nacional Para El Ingreso A Cualquiera De Sus Facultades.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

²² Artículo 7º El Profesional Odontólogo O Cirujano Dentista Que Con Su Título, Licencia O Permiso Ampararé Clínicas Dentales En Las Que Trabajen Individuos No Autorizados Por Esta Ley Para El Ejercicio De La Odontología, Serán Castigados Con Multas Sucesivas Deciento Cincuenta Pesos (\$150).

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

²³ Artículo 8º Para Los Efectos De La Presente Ley Se Entenderá También, Dentro Del Ejercicio Legal De La Odontología O Cirugía Dental, La Práctica De La Cirugía Oral Únicamente Por Los Profesionales Diplomados, Como También La Prescripción De Medicamentos En Receta O Fórmula Escrita, Y En Idioma Español, Sujetándose A Las Disposiciones Legales Al Respecto.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

²⁴ Artículo 9º Permítase La Existencia Y Funcionamiento De Laboratorios Dentales Para El Ejercicio Exclusivo De La Prótesis O Mecánica Dental Sobre Modelos, Bajo La Inmediata Dependencia Y Dirección De Un Odontólogo Titulado. A Quienes Se Ocuparen De Esta Rama De La Odontología, Les Queda Prohibido Ejecutar Trabajos Directamente Sobre Pacientes. Los Que Contravinieren A Esta Disposición Serán Castigados Con Multas Sucesivas De Veinticinco Pesos (\$25).

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

²⁵ Artículo 12. Créase La Junta Central De Título Odontológicos Constituida Por Cinco Dentistas Titulados Que Serán Nombrados: Uno Por El Rector De La Universidad Nacional; Dos Por La Escuela Nacional De Odontología; Uno Por El Decano De La Facultad, Y El Director De La Escuela Nacional De Odontología, Que Será Su Presidente. El Secretario Lo

Será El Secretario De La Escuela Nacional De Odontología, Y Funcionará En El Local De Ésta.

Artículo 13. Créanse En Las Capitales De Los Departamentos, Intendencias Y Comisarías, Juntas Seccionales De Títulos Odontológicos. Estas Juntas Quedarán Constituidas Así:

Como se avizoró anteriormente, el avance en los procedimientos odontológicos, como son la elaboración de prótesis dentales y demás propios de la mecánica dental, conlleva a que el legislador estableciera otro deber objetivo para el profesional de la odontología como es la prohibición de practica directa sobre los pacientes, cuando se trate de trabajos de prótesis y mecánica dental.

Significa, que no basta con el hecho de que la persona ostente el titulo profesional de odontólogo que acredite su idoneidad, para ejercer profesionalmente la odontología, sino que además, el infringir el deber objetivo de prohibición de practica directa de trabajos en el paciente en los casos de

A) Por El Gobernador Del Departamento O Quien Lo Represente; Por El Director Departamental De Higiene Y Por Tres Dentistas Titulados Nombrados Por La Junta Central De Títulos Odontológicos. La Junta Nombrará Su Secretario Y Funcionará En Una De Las Dependencias De La Gobernación; Y

B) En Las Capitales De Intendencias Y Comisarías Las Juntas Quedarán Integradas Así: Por El Intendente O Comisario Especial; Por El Médico De Sanidad; El Inspector Escolar Y Un Dentista Titulado, Nombrado Por La Junta Central De Títulos Odontológicos. Será Presidente De Esta Junta Seccional El Intendente O Comisario Especial, Y Secretario, El Secretario De Éstos.

La Junta Sesionará En El Despacho Del Intendente O En El Del Comisario Especial.

Paragrafo 1º De Las Resoluciones De Estas Juntas Podrán Apelar Los Interesados Ante La Junta Central De Títulos Odontológicos, Y Las Que Esta Junta Dicte Respetadas Por Las Juntas Seccionales.

Paragrafo 2º Las Juntas Velarán Por El Estricto Cumplimiento De Esta Ley Por Parte De Las Autoridades; Cancelarán Las Licencias De Que Trata El Artículo 2º Cuando Se Compruebe Que De Ellas Se Hace Mal Uso, Ya Por Extralimitación A Lo Indicado En La Licencia, Por Incompetencia, O Porque La Licencia No Llena Los Requisitos Legales. La Junta Central Podrá, Para Colaborar En El Desarrollo Y Mejor Cumplimiento De Esta Ley, Elaborar Proyectos De Decretos Que Someterá Por Mediación Del Ministerio De Educación Nacional, Al Estudio Y Aprobación Del Ejecutivo Nacional, Quien También Determinará Las Funciones Y Deberes De Las Juntas De Que Trata Este Artículo, Y Dictará Las Disposiciones Conducentes Al Fiel Cumplimiento De Esta Ley.

Artículo 14. Quien Ejerza La Odontología O Cirugía Dental En Cualquiera De Sus Ramas Sin Sujeción A La Presente Ley Incorre En Una Multa De Cincuenta Pesos (\$50), Por La Primera Vez; De Cien Pesos (\$100) Por La Segunda, Y De Doscientos Pesos (\$200) Por La Tercera, Y Prisión De Seis Meses A Un Año Por Cada Una De Las Reincidencias Siguietes.

Estas Penas Serán Impuestas Por El Alcalde Del Lugar, Quien Puede Convertir Las Multas En Arresto, De Acuerdo Con Las Leyes. Estas Multas Serán Apelables Ante La Gobernación Del Departamento, Donde Se Resolverán En El Término De Treinta Días.

Artículo 15. Los Alcaldes Y Funcionarios De Policía Quedan Obligados A Hacer Cumplir Los Preceptos De Esta Ley; Los Que Fueren Renuentes Serán Castigados Con Multas Sucesivas De Veinte Pesos (\$20) A Cincuenta Pesos (\$50) Por Sus Superiores Jerárquicos A Petición De Las Juntas, Las Cuales Podrán Pedir Al Respectivo Gobernador, Intendente O

Comisario Especial, La Destitución De Los Funcionarios Que Reincidan En No Hacer Cumplir Estrictamente Esta Ley.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937.

prótesis o mecánica dental, puede conllevar a que se incremente el riesgo jurídicamente permitido, y si como consecuencia de ello el paciente sufre alguna lesión en su integridad física, que agote el supuesto de hecho de la descripción normativa sancionada en el estatuto penal, puede llegar a ser sujeto de acción y sanción penal. En otras palabras, si el odontólogo realiza directamente trabajo de prótesis en el paciente y éste resulta con lesiones en su integridad física que se podían evitar si se hubiere obrado en debida forma, el odontólogo infringió el deber objetivo que le merecía atención y cuidado, y puede responder penalmente.

1.3.3. LA LEY 10 DE 1962

La ley 10 de 1962 es la primera normativa que fundadamente regula la ciencia de la salud de la odontología definiendo, que se entiende por ejercicio de la Odontología²⁶, de igual forma concretiza los deberes objetivos de : Examen, Diagnostico, Pronostico, Prevención y Tratamiento, en relación a las malformaciones dentarias, tejidos y partes bucales, al igual que en los defectos y enfermedades de los mismos. Estos van a ser el eje central de la comunión entre la odontología y el derecho penal.

Determina quienes pueden ejercer en el territorio nacional la profesión de la odontología, estableciendo un deber acreditado a través del título de idoneidad de odontólogo.²⁷

²⁶ Artículo 1°. Para Todos Los Efectos Legales, Se Entiende Por Ejercicio De La Odontología, La Aplicación De Medios Y Conocimientos Para El Examen, Diagnóstico, Pronóstico, Prevención Y Tratamiento De Las Enfermedades, Defectos Y Malformaciones Que Se Relacionan Con Los Dientes, Los Tejidos Que Les Sirven De Soporte Y Demás Partes De La Boca Que Se Relacionan Con Ellos.

Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

²⁷ Artículo 2°. A Partir De La Vigencia De La Presente Ley, Solo Podrán Ejercer La Odontología: Quienes Hayan Adquirido O Adquieran Título De Odontólogo Expedido Por Alguna De Las Facultades O Escuelas Universitarias Reconocidas Por El Estado, Que Funcionen O Hayan Funcionado Legalmente En El País; Los Colombianos Y Extranjeros Que Adquieran O Hayan

Por su parte la ley 10 de 1962 condicionaba para efectos de validez del título universitario de Odontólogo el deber de refrendación del mismo para el ejercicio práctico de la profesión. 28 Contemplaba el deber del servicio odontológico obligatorio determinando sus formas de prestación,²⁹ y el deber de inscripción

Adquirido Título De Odontólogo De Facultades O Escuelas Universitarias De Países Con Los Cuales Colombia Tenga Celebrados Tratados O Convenios Sobre Reciprocidad De Títulos Universitarios, En Los Términos De Los Respectivos Tratados O Convenios; Los Colombianos Graduados En El Exterior Con Título De Una Facultad O Escuela Universitaria De Reconocida Competencia, En Concepto De La Asociación Colombiana De Facultades De Odontología. Cuando Esta Entidad Conceptúe Desfavorablemente Respecto De La Competencia De La Facultad O Escuela Universitaria Otorgante Del Título, El Interesado Deberá Aprobar Un Examen De Idoneidad Reglamentado Por El Gobierno; Los Extranjeros Con Los Cuales Colombia No Tenga Celebrados Tratados Sobre Equivalencia De Títulos Universitarios, Con Título De Odontólogo Adquirido En Universidad De Reconocida Competencia, En Concepto De La Asociación Colombiana De Facultades De Odontología, Que Hayan Obtenido Licencia Del Gobierno Mediante La Superación De Un Examen De Idoneidad En Una De Las Facultades De Odontología Del País, De Acuerdo Con La Reglamentación Que Dicte Al Respecto El Gobierno.

Parágrafo 1°. Las Personas Que Hayan Obtenido Licencia O Permiso, Podrán Continuar Ejerciendo La Odontología En Las Mismas Condiciones Establecidas En La Respectiva Licencia O Permiso Y Sólo Podrán Usar El Título De Licenciados O Permitidos.

Parágrafo 2°. Las Solicitudes De Permiso Para Ejercer La Odontología, Presentadas Hasta El 8 De Julio De 1954, Que Se Encuentren Pendientes, Y Las Solicitudes De Licencia, Presentadas Hasta La Promulgación De Esta Ley, Exclusivas Para Aquellas Personas Que Hubieren Ejercido La Odontología Diez (10) Años Antes De La Vigencia De La Ley 51 De 1937, Se Resolverán De Acuerdo Con Las Disposiciones Vigentes En La Fecha De Presentación De Tales Solicitudes Y Teniendo En Cuenta Las Modificaciones Que Tales Normas Hayan Sufrido Hasta Entrar En Vigencia La Presente Ley.

Parágrafo 3°. En Caso De Visita Científica De Odontólogos Extranjeros De Reconocida Fama Que Vengan Al País En Misiones Científicas, Administrativas O Docentes, Podrá El Ministerio De Salud Pública A Petición Motivada De Una Universidad Con Facultad De Odontología Que Funcione Legalmente Dentro Del Territorio Nacional, Otorgar Un Permiso Transitorio Para Ejercer Su Profesión.

Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

²⁸ Artículo 3°. Para Que Los Títulos Expedidos Por Las Universidades O Escuelas Que Trata La Presente Ley Tengan Validez, El Interesado Debe Solicitar Su Refrendación Por Conducto De Las Secretarías O Direcciones De Salud Pública De Los Departamentos, Entidades Que A Su Vez Darán Aviso Inmediatamente A Los Ministerios De Educación Nacional Y De Salud Pública Para Que Dentro De Un Término De Treinta (30) Días El Primero Refrende El Diploma Y El Segundo Expida La Respectiva Autorización Para El Ejercicio De La Profesión Del Solicitante. La Solicitud De Que Trata El Presente Artículo También Podrá Hacerse Directamente A Los Ministerios Mencionados.

Parágrafo. Los Títulos Expedidos Por Universidades Extranjeras Se Refrendarán En Los Ministerios De Educación Nacional Y Salud Pública, Exclusivamente, De Acuerdo Con Lo Ordenado En La Presente Ley.

Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

del odontólogo no solo ante la autoridad civil o de policía sino ante oficina de salud pública del lugar³⁰.

La ley 10 de 1962, establecía quien estaba facultado para investigar y sancionar al odontólogo en el ejercicio de su profesión y respecto de que conducta. Con dos deberes particulares respecto del juez natural:

²⁹ Artículo 4°. Para Que Los Ministerios De Educación Nacional Y De Salud Pública Puedan, El Primero Refrendar El Diploma Y El Segundo Expedir La Autorización Para El Ejercicio De La Profesión De Que Habla El Artículo Anterior, Los Interesados Deben Haber Cumplido Con Uno De Los Sigüientes Requisitos:

Haber Servido Un (1) Año Como Odontólogo En Un Puesto O Centro De Salud De Los Que Indique El Ministerio De Salud Pública, Comprobando Su Residencia Permanente En Dicho Lugar; Haber Servido En Una Campaña De Salubridad Organizada Por El Ministerio De Salud Pública O Por Una Facultad O Escuela O Las Secretarías O Direcciones De Salud Pública Y Aprobada Por El Ministerio; Haber Servido Un (1) Año En Hospitales De Tuberculosis O Lepra; Haber Ejercido Su Profesión De Odontólogo Durante Un (1) Año En Poblaciones Menores De Diez Mil (10.000) Habitantes, Demostrando Que Ha Residido Permanentemente En El Lugar; Haber Adelantado Estudios De Especialización O Realizado Entrenamiento Básico En Ellos, En Cualquier Rama De La Odontología O En La Carrera De Profesorado En Una Facultad De Odontología, Por Un Lapso No Menor De Dos (2) Años; Haber Servido Dos (2) Años Como Odontólogo En Centros Hospitalarios O Asistenciales.

Parágrafo 1°. Quienes En La Fecha De La Expedición De Esta Ley Estuvieren Prestando El Año Obligatorio De Servicio Odontológico Previsto En Las Disposiciones Anteriores, Continuarán En El Ejercicio De Sus Cargos Hasta Completar El Término Exigido En Tales Normas, Y El Desempeño De Esos Empleos Será Válido Para Los Efectos Del Presente Artículo.

Parágrafo 2°. Los Odontólogos Graduados En El Exterior Deberán Cumplir Con Lo Que El Presente Artículo Establece, Antes De Obtener La Refrendación De Su Título Que Los Autorice Para Ejercer Su Profesión En Colombia.

Parágrafo 3°. Quienes Optaren Por Cumplir Este Requisito De Acuerdo Con Los Puntos A), B), O D) Deberán Demostrar Su Residencia Permanente En El Lugar De Trabajo, Demostración Que Será Indispensable Para Que Sea Admitida Esta Actividad Como Servicio Odontológico. Quienes Opten Por La Alternativa Consagrada En El Punto D) Tendrán Derecho A Percibir Por Cuenta Del Gobierno Nacional, Ministerio De Salud Pública, Un Subsidio Mensual. El Monto De Este Subsidio Y Los Sitios En Donde Se Puede Recibir Éste Serán Fijados Para Períodos De Un (1) Año Por El Ministerio De Salud Pública De Acuerdo Con La Asociación De Facultades De Odontología.

Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

³⁰ Artículo 5°. A Partir De La Vigencia De Esta Ley, Sin Perjuicio De Lo Establecido En El Artículo 3°, Es Obligatoria La Inscripción Para Las Personas A Que Se Refiere El Artículo 2°, Ante Las Autoridades Sanitarias, Civiles O De Policía Del Lugar Donde Ejerzan Regularmente Y En Las Respectivas Secretarías O Direcciones De Salud Pública Departamentales, Intendenciales O Comisariales.

Parágrafo: En La Inscripción De Los Licenciados O Permitidos De Que Se Trata El Artículo 2° De Esta Ley, Se Hará Constar Las Limitaciones Que A Tal Ejercicio Establezcan Las Respectivas Licencias O Permisos. Esta Inscripción Será Reglamentada Por El Gobierno Nacional.

El deber de demostrar la culpabilidad como consecuencia de un procedimiento investigativo

El deber de sancionar con suspensión temporal solamente si se acreditaba falta grave contrala ética profesional³¹.

De la misma manera establecía que el no cumplimiento de los deberes enunciados, que conllevan al ejercicio ilegal de la odontología será objeto de sanción penal “prisión”, sanción civil y pérdida de su equipo e instrumental. ³²

Se empieza a contemplar la sanción penal como consecuencia jurídica a supuestos de hecho derivados de la infracción a deberes objetivos de cuidado, sin perder su tradición civilista de sancionar patrimonialmente al odontólogo que oportunamente al ejercicio de la profesión no cumplía con los deberes enunciados.³³

³¹ Artículo 9°. El Consejo Nacional De Profesiones Médicas Y Auxiliares Del Ministerio De Salud Pública, A Petición De Las Autoridades Sanitarias, O De Los Cuerpos Odontológicos De Carácter Gremial O Científico, O De Oficio, Después De Una Investigación Completa Del Caso Y Por Falta Grave Comprobada Contra La Ética Profesional En El Ejercicio De La Odontología, Podrá Sancionar Con La Suspensión Temporal A Quienes Hayan Sido Encontrados Culpables. Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

³² Artículo 10°. El Que Ejerza Ilegalmente La Odontología, Esto Es, Sin Tener El Correspondiente Título De Idoneidad Conforme Lo Previsto En El Artículo 2° De Esta Ley, O Sin Tener Autorización Legalmente Expedida Para Tal Ejercicio, Incurrirá En Prisión De Seis (6) Meses A Dos (2) Años, Responderá Civilmente Por Los Perjuicios Causados Y Sufrirá La Pérdida Del Equipo Y Elementos Utilizados Para El Ejercicio Ilegal, En Beneficio De Las Entidades Oficiales De Salud Pública. Parágrafo. El Gobierno Nacional Reglamentará El Procedimiento Para Adelantar Las Investigaciones Que Se Inicien Por El Ejercicio Ilegal De La Odontología. Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

³³ Artículo 11°. Quienes Dos (2) Años Después De Haber Obtenido El Título De Idoneidad O De Haber Terminado Íntegramente Los Estudios Universitarios Correspondientes, Ejerzan La Odontología Sin Dar Cumplimiento A Lo Establecido En Los Artículos 3°, 4° Y 5° De Esta Misma Ley, Serán Sancionados Por El Consejo Nacional De Profesiones Médicas Y Auxiliares Del Ministerio De Salud Pública, O Por Las Secretarías O Direcciones De Salud Pública Del Departamento Donde Ejerzan La Profesión, Con Multas Sucesivas Que Oscilarán Entre Doscientos Pesos (\$200) Y Mil Pesos (\$1.000) M/Cte. Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962

1.3.3.1. DEBERES OBJETIVOS DE CUIDADO

Sin lugar a dudas es la ley 10 de 1962 quien efectivamente centra los deberes objetivos de cuidado de los odontólogos en:

El deber de examen previo del paciente

El deber de diagnóstico previo del paciente.

El deber de Pronóstico previo del paciente.

El deber de prevención previo a tratamiento del paciente.

El deber de tratamiento, en relación a las malformaciones dentarias, tejidos y partes bucales, al igual que en los defectos y enfermedades de los mismos.

Y son esos deberes que objetivamente ha previsto el legislador, en los que precisamente centraremos la atención en el desarrollo del presente trabajo de investigación. Porque sobre ellos se desarrolla el consentimiento informado como eximente de responsabilidad penal.

Miremos que la ley 35 de 1989 evoluciona el concepto de los deberes objetivos de cuidado que traía la ley 10 de 1962, soportados en su artículo 1º 34, con un

³⁴ Artículo 1º. A. Se Entiende Por Ejercicio De La Odontología La Utilización De Medio Y Conocimientos Para El Examen, Diagnóstico, Pronóstico Con Criterio De Prevención, Tratamiento De Las Enfermedades, Malformaciones, Traumatismos, Las Secuelas De Los Mismos A Nivel De Los Dientes, Maxilares Y Demás Tejidos Que Constituyen El Sistema Estomatognático. El Profesional Odontólogo Es Un Servidor De La Sociedad Y, Por Consiguiente, Debe Someterse A Las Exigencias Que Se Derivan De La Naturaleza Y Dignidad Humanas. De Acuerdo Con Lo Anterior, La Atención Al Público Exige Como Obligación Primaria Dar Servicios Profesionales De Calidad Y En Forma Oportuna. Los Conocimientos, Capacidades Y Experiencias Con Que El Odontólogo Sirve A Sus Pacientes Y A La Sociedad, Constituyen La Base De Su Profesión. Por Lo Tanto, Tiene Obligación De Mantener Actualizados Los Conocimientos, Los Cuales Sumados A Su Honestidad En El Ejercicio De La Profesión, Tendrán Como Objetivo Una Óptima Y Mejor Prestación De Los Servicios.

El Odontólogo Respetará Y Hará Respetar Su Profesión Procediendo En Todo Momento Con Prudencia Y Probidad. Sus Conocimientos No Podrá Emplearlos Ilegal O Inmoralmente. En Ningún Caso Utilizará Procedimiento Que Menoscaben El Bienestar De Sus Pacientes. 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.

ítem fundamental, que consiste en que el ejercicio de la odontología conlleva la utilización de medios y conocimientos en los deberes objetivos que a continuación se relacionan:

El deber del odontólogo como servidor de la sociedad de suministrar oportunamente servicios profesionales de calidad conforme a las necesidades que la naturaleza y dignidad humana exigen.

El deber del odontólogo de mantener en óptimas condiciones sus capacidades, y experiencias aplicadas

El deber del odontólogo de mantener sus conocimientos continuamente actualizados.

El deber del odontólogo obrar con honestidad en el ejercicio de la profesión.

El deber del odontólogo de obrar en el ejercicio de la profesión con prudencia y probidad.

El deber de mantener una conducta pública y privada ceñida a los más altos preceptos de la moral universal.

El deber de preparación de las futuras generaciones en el ejercicio de la profesión.

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 Profesión, Difundiendo Sin Restricciones El Resultado De Sus Experiencias Y Apoyando A Los Que Se Inicien En Su Carrera.

En Caso De Que Sea Llamado A Dirigir Instituciones Para La Enseñanza De La Odontología O 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. 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 Estimulo A Las Nuevas Promociones Universitarias. El Odontólogo Podrá Ser Auxiliar De La Justicia En Los Casos Que Señala La Ley, Ora Como Funcionario Público, Ora Como Perito Expresamente Designado Para Ello Y Cumplirá Su Deber Teniendo En Cuenta La Importancia De La Tarea Que Se Le Encomiende Como Experto. El Odontólogo Como Profesional Perteneciente A Las Áreas De La Salud, Tiene La Responsabilidad De Aplicar Sus Conocimientos Ene El Diagnóstico Precoz De Las Enfermedades De La Boca Y De Las Enfermedades Generales Que Presenten Manifestaciones Orales, Valiéndose De Todos Los Medios De Diagnóstico Que Tenga A Su Alcance. La Presente Ley Comprende El Conjunto De Normas Sobre Ética A Que Cebe Ceñirse El Ejercicio De La Odontología En La República De Colombia.

Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

El deber de información al paciente de riesgos del tratamiento³⁵

El deber de dedicar tiempo suficiente para la adecuada valoración bucal conforme a los exámenes que le permitan determinar diagnóstico y tratamiento.³⁶

El deber de atención a cualquier persona que requiera sus servicios profesionales.³⁷

El deber del secreto profesional³⁸

El deber de abrir y llevar historia clínica de los pacientes³⁹

El deber de reportar por escrito cualquier acto atentatorio contra la moral y la ética profesional de parte de un profesional de la odontología.⁴⁰

³⁵ Artículo 5º. El Odontólogo Debe Informar Al Paciente De Los Riesgos, Incertidumbres Y Demás Circunstancias Que Puedan Comprometer El Buen Resultado Del Tratamiento. Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989

³⁶ Artículo 8º. El Odontólogo Dedicará A Sus Pacientes El Tiempo Necesario Para Hacer Una Evaluación Adecuada De Su Salud Bucal. Igualmente Indicará Los Exámenes Indispensables Para Establecer El Diagnóstico Y Prescribir El Tratamiento Correspondiente. Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

³⁷ Artículo 11º. El Odontólogo Está Obligado A Atender A Cualquier Persona Que Solicite Sus Servicios Con Carácter De Urgencia, Si El Caso Corresponde A Su Especialidad. De No Ser Así, Ayudará Al Paciente A Encontrar Un Profesional Que Lo Atienda Adecuadamente, Quien Luego Lo Remitirá A Su Propio Odontólogo Informándole Del Tratamiento Ejecutado. Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

³⁸ Artículo 23º. 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. Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

³⁹ Artículo 25º. El Odontólogo Deberá Abrir Y Conservar Debidamente, Historias Clínicas De Sus Pacientes, De Acuerdo A Los Cánones Científicos. Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

⁴⁰ Artículo 34º. Es Deber De Todo Odontólogo Informar, Por Escrito, Al Tribunal Seccional Etico Profesional, De Cualquier Acto Que Vaya Contra La Moral Y La Ética Profesional, Cometido Por Algún Colega.
Paragrafo: La Federación Odontológica Colombiana Señalará El Mecanismo Mediante El Cual Los Tribunales Ético Seccionales Se Ocuparán De La Atención De Las Solicitudes Que Se Presenten En Desarrollo De Este Artículo.
Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

1.3.3.2. DEBERES OBJETIVOS DE CUIDADO OMISIVOS

El deber del odontólogo de abstenerse de utilizar sus conocimientos de manera ilegal o inmoral.

El deber de omitir la utilización de procedimientos que menoscaben el bienestar del paciente.

El deber de no hacer pronósticos de la enfermedad sin suficientes bases científicas⁴¹

El deber de no realizar tratamientos para los cuales no tiene optima capacitación⁴².

El deber de abstenerse de realizar tratamiento cuando peligre la vida del paciente por estado de salud de éste salvo consentimiento escrito de la familia o del galeno tratante o tratándose de menores de edad o incapaces.⁴³

El deber de abstenerse de prescribir, promover o suministrar, drogas o aparatos sin que les preceda seria investigación científica.⁴⁴

⁴¹ Artículo 6º. La Actitud Del Odontólogo Ante El Paciente Será Siempre De Apoyo. Evitará Todo Comentario Que Despierte Injustificada Preocupación Y No Hará Pronósticos De La Enfermedad Sin Las Suficientes Bases Científicas.
Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

⁴² Artículo 15º. El Odontólogo No Debe Comprometerse A Efectuar Tratamientos Para Los Cuales No Este Plenamente Capacitado.
Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

⁴³ Artículo 18º. 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 19º. El Odontólogo No Hará Tratamiento, Ni Intervendrá Quirúrgicamente A Menores De Edad, A Personas En Estado De Inconsciencia O Intellectualmente No Capaces, Sin La Previa Autorización De Sus Padres, Tutores O Allegados, A Menos Que La Urgencia Del Caso Exija Una Intervención Inmediata.
Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

⁴⁴ Artículo 24º. El Odontólogo No Debe Prescribir, Suministrar O Promover El Uso De Droga, Aparatos Y Otros Agentes Sobre Los Cuales No Exista Una Seria Investigación Científica.
Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

1.3.4. LA LEY 35 DE 1989

Sin embargo es importante destacar que el legislador en la ley 35 de 1989, determino de manera expresa que la responsabilidad del odontólogo⁴⁵ solo se incorpora en el ámbito del riesgo previsto, delimitando el deber objetivo de cuidado al riesgo previsto, es decir que el riesgo no previsto, queda excluido de responsabilidad.

Trasladando éste precepto de ley 35 de 1889 al ordenamiento penal debemos hacer dos precisiones importantes de orden legislativo, y dogmático, éste último objeto de estudio en capítulos siguientes, y corresponde a la ubicación del riesgo previsto en el decreto ley 100 de 1980' y su diferencia sustancial frente a la ley 599 de 2000.

1.3.5. EL DECRETO LEY 100 DE 1980

El decreto ley 100 de 1980 ubica el riesgo previsto en sede de la culpa, como forma de culpabilidad⁴⁶, es decir que la falta de previsión en el resultado

⁴⁵ Artículo 20°. La Responsabilidad Del Odontólogo Del Odontólogo Por Reacciones Adversas, Inmediatas O Tardías, Producidas Por Efectos Del Tratamiento, No Irá Más Allá Del Riesgo Previsto.

Artículo 21°. Si La Situación Del Enfermo Es Grave, El Odontólogo Tiene La Obligación De Comunicarle A Sus Familiares O Allegados Y Al Paciente En Los Casos Que Ello Contribuya A La Solución De Sus Problemas Espirituales Y Materiales.

Artículo 22°. Cuando La Evolución De La Enfermedad Así Lo Requiera, El Odontólogo Tratante Podrá Solicitar El Concurso De Otros Colegas En Junta Odontológica O Médica Con El Objeto De Discutir El Caso Del Paciente Confiado A Su Asistencia.

Los Integrantes De La Junta Odontológica Y/O Médica Serán Escogidos De Común Acuerdo, Por Los Representantes Del Enfermo Y El Odontólogo Tratante.

Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

⁴⁶ Artículo 35. Formas. Nadie Puede Ser Penado Por Un Hecho Punible, Sino Lo Ha Realizado Con Dolo, Culpa O Preterintención .

Código Penal Decreto Ley 100 De 1980. Editorial Leyer Bogotá 1996 Pag 23.

previsible o la confianza de evitación en el resultado previsto se aprecia en sede de culpabilidad, significa ello que nada afecta la previsión en la estructura típica y antijurídica del comportamiento, dado que su tratamiento solo se tendrá en cuenta en la estructura de la culpabilidad.

1.3.6. LA LEY 599 DE 2000

Mientras que la ley 599 de 2000 si bien el riesgo previsto se mantiene en la culpa, ésta ya no es una forma de culpabilidad sino una modalidad de la conducta punible⁴⁷, quiere decir que la falta de previsión en el resultado previsible o la confianza de evitación en el resultado previsto se aprecia en sede de tipicidad, ni siquiera se toma en consideración valoraciones de antijuridicidad.

Es de destacar que tan solo a partir de la ley 35 de 1989 se establece un tribunal para el ámbito de la ética odontológica⁴⁸ de carácter disciplinario, sin embargo, se

⁴⁷ Artículo 21. Modalidades De La Conducta Punible. La Conducta Es Dolosa, Culposa O Preterintencional. La Culpa Y La Preterintencion Sólo Son Punibles En Los Casos Expresamente Señalados Por La Ley.
Código Penal Colombiano. Ley 599 De Julio 24 De 2000. Editorial Leyer Vigésimo Cuarta Edición Bogotá D.C., 2008 Pag 30.

⁴⁸ Artículo 59º. Créase 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.
Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

Artículo 60º. El Tribunal De Ética Odontológica Estará Integrado Por Cinco Profesionales De La Odontología Elegidos Por El Ministerio De Salud De Una Lista De Diez (10) Candidatos, De Los Cuales Cinco (5) Serán Propuestos Por La Federación Odontológica Colombiana Y Cinco (5) Por La Asociación Colombiana De Facultades De Odontología (Acfo).

Artículo 61º. Para Ser Miembro Del Tribunal De Etica Odontológica Se Requiere: A) Gozar De Reconocida Solvencia Moral E Idoneidad Profesional; B) Haber Ejercido La Odontología Por Espacio No Inferior A Quince Años., O Haber Desempeñado La Cátedra Universitaria En Facultades De Odontología Legalmente Reconocidas Por El Estado Por Lo Menos Durante Diez Años.

Artículo 62º. Los Miembros Del Tribunal Nacional De Etica Odontológica Serán Nombrados Para Un Período De Dos Años, Pudiendo Ser Reelegidos Y Tomarán Posesión De Sus Cargos Ante El Ministerio De Salud.

Artículo 63º. En Cada Departamento, Intendencia O Comisaría Se Constituirá Un Tribunal Seccional De Etica Odontológica.

ampara la posibilidad de la aplicación de la ley penal por la vulneración grave de los deberes objetivos de cuidado siempre y cuando se encuentren cumplidos los supuestos de hecho y de derecho exigidos en el estatuto punitivo.

No obstante, el incremento de los deberes objetivos de cuidado asignados al profesional de la odontología y el elevado riesgo que se presenta en los mismos, han sido objeto reciente de la mira del derecho penal en sede de previsibilidad o confianza de evitación del riesgo previsto en otras palabras han sido objeto de valoración de culpa en el derecho penal, que constituye como veremos a continuación la esencia del presente trabajo.

Artículo 64°. El Tribunal Seccional De Etica Odontológica Estará Integrado Por Cinco Profesionales De La Odontología Elegidos Por El Tribunal Nacional De Etica Odontológica De Conformidad Con Lo Establecido En El Artículo 63, Escogidos De Listas Presentadas Por Las Seccionales De La F.O. C. Correspondientes Cuyo Número En Cada Caso No Podrá Ser Inferior A Diez Profesionales, Salvo Cuando En El Respectivo Territorio No Existiere Este Número Con El Lleno De Las Calidades Que Más Adelante Se Señalan.

Artículo 65°. Para Ser Miembro Del Tribunal Seccional De Etica Odontológica Se Requiere.

Gozar De Reconocida Solvencia Moral E Idoneidad Profesional.

Haber Ejercido La Odontología Por Espacio No Inferior A Diez Años, O Haber Desempeñado La Cátedra Universitaria En Facultades De Odontología Legalmente Reconocidas Por El Estado, Por Lo Menos Por Cinco Años.

Artículo 66°. Los Miembros De Los Tribunales Seccionales De Etica Odontológica Serán Nombrados Para Un Período De Dos Años Pudiendo Ser Reelegidos Y Tomarán Posesión De Sus Cargos Ante La Primera Autoridad De Salud Del Lugar.

Artículo 67°. Los Miembros De Los Tribunales Etico Profesionales Nacional Y Seccionales Deberán Pertenecer Si Fuere Posible, A Diferentes Especialidades Odontológicas.

Artículo 68°. El Tribunal Nacional De Etica Odontológica Enviará En Las Oportunidades En Que Elija Tribunales, Los Nombres De Sus Integrantes Al Ministerio De Salud Para Que, Si Lo Considera Conveniente, Manifieste Su Oposición Al Nombramiento Se Entenderá Perfeccionado Y Considerado En Firme Si Pasados Treinta Días Hábiles, Contados A Partir De La Fecha De Recibo De La Consulta Por Parte Del Ministerio Éste No Se Hubiere Pronunciado Sobre El Particular.

Artículo 69°. Los Tribunales Etico Profesionales, En Ejercicio De Las Atribuciones Que Se Les Confiere Mediante La Presente Ley, Cumplen Una Función Pública, Pero Sus Integrantes Por El Solo Hecho De Serlo No Adquieren El Carácter De Funcionarios Públicos.

Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989.

Para nuestro trabajo en particular, el tema se centrará específicamente en los deberes objetivos de cuidado de diagnóstico, plan de tratamiento y pronóstico en el tratamiento ortodóntico, y como opera el eximente de responsabilidad del consentimiento informado, para lo cual en el capítulo siguiente tomaremos los conceptos de la doctrina ortodóntica y la jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Odontológica. Para culminar en el capítulo tercero y cuarto con la estructura dogmática que permite la aplicación de los conceptos en el ámbito del derecho penal.

CAPITULO SEGUNDO

1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado en la ortodoncia genera un mayor nivel de profundidad, que en el ejercicio puro de la odontología general, ello se explica a través de algunos conceptos recaudados en la doctrina de la especialidad como es -el criterio de la mejor evidencia-, donde “para establecer la calidad de la evidencia disponible existen herramientas, que en forma de listas de chequeo, permiten al ortodoncista verificar o comprobar que los elementos esenciales del diseño de los estudios – la presentación, análisis de los resultados y las conclusiones- estén ajustadas a los criterios de verdad, exactitud y precisión, que garanticen la ausencia de sesgos e induzcan a tomar decisiones correctas”⁴⁹.

En otras palabras, existe una serie de pasos, que previamente debe establecer el ortodoncista, para que, sobre ellos pueda construir la información que debe suministrar al paciente, en un lenguaje claro y comprensible, que le permitan a éste otorgar su consentimiento válidamente, esa primera fase se denomina el - Diagnóstico-. “El diagnóstico en ortodoncia, como en cualquier otra área de la odontología o la medicina, es un elemento fundamental para establecer y definir las metas de un tratamiento.”⁵⁰

⁴⁹ Dr. Carlos Florez Mir, Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Ortodoncia Basada En La Evidencia , Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 3 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

⁵⁰ Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnóstico Y Plan De Tratamiento – Diagnóstico-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 93 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

1.1. DEBER OBJETIVO DEL DIAGNOSTICO

El diagnóstico es un deber que objetivamente la ley 35 de 1989 ha impuesto al profesional de la odontología, el cual, ha sido reglado por la doctrina y los Tribunales de Ética Odontológica.

El diagnóstico implica la recolección de la información básica que desde el primer inicio se debe documentar. El Tribunal Nacional de Ética Odontológica, en fallo sancionatorio ha señalado: “Los exámenes indispensables en el campo de los tratamientos odontológicos no se identifican de manera general y abstracta. Son consecuencia de los antecedentes del paciente, la evaluación del caso, el objeto del tratamiento y la evolución del mismo.”⁵¹

La doctrina en la especialidad odontológica de la ortodoncia ha precisado que esa documental o base de datos previa debe llevar un análisis completo del paciente. “El conocer y reconocer la etiología de los problemas y el definir la relación entre lo esquelético, lo dental, lo facial y lo funcional, juega un papel fundamental al definir características individuales y considerar un orden de prioridad en el plan

⁵¹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 10 De 2010, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis. “En El Presente Caso, Por Sus Antecedes Y Por Haberse Evidenciado Objetivamente Antes Del Tratamiento Múltiples Condicionantes Que Lo Hacían Complejo, Resultaba Indispensable Al Finalizarlo, Ordenar Los Exámenes De Rayos X Que En Éste Y Casos Similares Contribuyen A Evitar Una Evolución Tórpida Post-Tratamiento Cuando Los Resultados De Los Mismos Permitan Tomar Medidas De Prevención, Lo Cual Identifica La Prudencia Odontológica. “.

de tratamiento general de un paciente”⁵². Ese detallado análisis previo del paciente debe contener:

1.1.1. INFORMACION BASICA

Recolección de la base de datos

Resumen de la base de datos

Diagnósticos:

Esqueléticos

Dentales

Faciales

Funcionales

Lista de problemas⁵³

En la recolección de la base de datos, que parte de la entrevista inicial del ortodoncista al paciente, el profesional debe advertir, si el paciente lo consulta por alteraciones dentales, funcionales, faciales, esqueléticas etc, en el órgano de la masticación o de afectación cosmética de influencia psicosocial.

1.1.2. SOPORTES DEL DEBER OBJETIVO

Historia Personal y Familiar del Paciente

⁵² Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnostico Y Plan De Tratamiento – Diagnostico-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 93 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

⁵³ Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnostico Y Plan De Tratamiento – Diagnostico-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 93 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

Examen Clínico Detallado
Radiografía Lateral del Cráneo
Radiografía panorámica
Radiografías periapicales completas
Modelos de Estudio
Fotografías intraorales y extraorales⁵⁴

La jurisprudencia en la materia ha sostenido frente al particular que: “el Odontólogo omitió la solicitud de exámenes necesarios para la valoración integral de la paciente. Existen medios diagnósticos aceptados universalmente para las condiciones de salud bucal que motivó la consulta de la paciente. La valoración inicial de la paciente debió incluir los exámenes necesarios para llegar a un diagnóstico certero, mucho más cuando se instaura un tratamiento como en este caso. No contar con estos exámenes determina aumentar los riesgos.”⁵⁵

Estos pasos le permiten al Ortodoncista advertir los riesgos previsibles. “Desde luego, no advertir los riesgos y, por lo mismo no poderlos registrar en la Historia Clínica, es de mayor gravedad que haberlos advertido y omitir su registro en la Historia Clínica.”⁵⁶

El Ortodoncista en consecuencia, registrará en la historia clínica toda la información posible en relación al crecimiento y desarrollo de las piezas dentarias del hueso, patologías, antecedentes de tratamientos medico odontológicos,

⁵⁴ Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnostico Y Plan De Tratamiento – Diagnostico-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 94 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

⁵⁵ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

⁵⁶ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Febrero 4 De 2009 .Magistrada Ponente: Doctora. Sofia Del Socorro Jacome Lievano.

traumas etc. “El odontólogo debe explicar al paciente la importancia de una Historia Clínica completa y asertiva, donde se asienten todos los sucesos importantes de su vida, sus antecedentes personales y familiares, y donde todos los detalles deberán ser tomados en cuenta para poder determinar la presencia de cualquier enfermedad que tenga algún nexo con las enfermedades bucales que presenta el paciente.

La Historia Clínica es pues un instrumento médico – legal, de gran utilidad para el personal del área de la salud. Su importancia radica en el hecho de que es una herramienta útil en el sitio donde se labora (público o privado); como de orden judicial tanto para el reconocimiento forense o arbitrajes penales. Este importantísimo documento, de acuerdo con las normas generales de la ciencia de la salud, es el resultado del trabajo odontológico en el paciente, la realización de la fase cognoscitiva de la relación Odontólogo – paciente, el cual tendrá un análisis o síntesis que será conocido como diagnóstico y tratamiento”.⁵⁷

Así mismo, el ortodoncista debe dedicar tiempo suficiente para la realización del examen clínico detallado, en el que deberá tener en cuenta la salud bucal general del paciente, su funcionalidad, deberá hacer una valoración esquelética y de tejidos blandos y la identificación de las proporciones faciales con el apoyo de las ayudas diagnosticas radiológicas, fotográficas y de modelo. “Para la realización de todo tipo de tratamiento, en especial un tratamiento Ortodóntico, es fundamental y necesario la formulación y análisis de los medios necesarios de diagnóstico como son: Análisis radiográficos, Análisis cefalométricos, Fotográficos y Modelos de estudio para obtener un diagnóstico preciso, confiable y de esta misma manera plantear un tratamiento ideal y por último realizar un tratamiento

⁵⁷ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Mayo 25 De 2011, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

real en la que los riesgos nunca superen los beneficios que se obtendrán del tratamiento propuesto.”⁵⁸

El Tribunal Nacional de Ética Odontológica ha sostenido: “En efecto, no haber dedicado la odontóloga investigada el tiempo necesario para advertir a su paciente los riesgos que comportaba el tratamiento, ni haberlos consignado en la Historia Clínica ni haber diligenciado el odontograma y haber dedicado el tiempo necesario para examinarlo con detenimiento y decidir sobre el estado clínico objetivo sobre los dientes de su paciente y su ubicación, así como haber permitido la desvertebración de un acto odontológico que debía ser integral y no compartido con laboratorista clínico, así no lo conociera de forma personal, sin lugar a duda alguna éstas conductas en su conjunto identifican una conducta violatoria de la ética odontológica por no haberse dedicado al paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud oral, obviamente dentro del contexto del tratamiento odontológico que comprometía las actividades de la odontóloga investigada”.⁵⁹

La verdadera importancia del consentimiento informado, es que el ortodoncista, obtenga una información completa que le permita evidenciar de manera clara los riesgos previsibles, “la Sala considera que el éxito de un adecuado tratamiento requiere de un tiempo necesario para la valoración y realización de una historia clínica completa al paciente. En ella deberán observarse los mandatos y lineamientos de la Resolución 1995 de 1999, expedida por el entonces Ministerio

⁵⁸ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

⁵⁹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Febrero 4 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora. Sofia Del Socorro Jacome Lievano.

de Salud y, por consiguiente, en ella se consignarán e interpretarán los resultados del examen clínico y los hallazgos encontrados en los exámenes existentes”.⁶⁰

1.2. DEBER OBJETIVO DEL PLAN DE TRATAMIENTO

“No basta la experiencia de un profesional para realizar un tratamiento, ni para restarle importancia a los medios diagnósticos, como las radiografías necesarias para determinar idóneamente cuales son las extracciones indicadas por ejemplo. El estrato socioeconómico de un paciente no puede ser el factor que determine si este debe ó no asumir riesgos innecesarios, pues si bien es cierto, la paciente pudo cancelar su tratamiento ortodóntico, sin que sea el profesional quien determine las condiciones para evitar los riesgos del mismo.”⁶¹

Por ello la fase de diagnóstico debe ser agotada diligentemente, por parte del ortodoncista, porque solo así, puede entonces el profesional ilustrar con claridad al paciente sobre los riesgos previsibles de tratamiento, para que el paciente pueda de manera libre consciente y voluntaria asentir la realización del tratamiento, por ello, “debe resaltarse que una sola inspección clínica no es suficiente para obtener una valoración exacta que evidencia claramente los riesgos y limitaciones que un tratamiento ortodóntico puede presentar.”⁶²

De ahí, que la cobertura de éste consentimiento informado es parcial, en atención a que en el mismo desarrollo del tratamiento, se van evidenciando

⁶⁰ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Mayo 25 De 2011, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

⁶¹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

⁶² Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

riesgos previsibles que en la fase de diagnóstico habían escapado a la previsibilidad, ubicándose en los riesgos imprevisibles. De tal forma que el ortodoncista en la medida en que advierte nuevos riesgos que no estaban informados al paciente en fase de diagnóstico, tiene la obligación de informarlos al paciente para que éste otorgue su consentimiento frente a los nuevos riesgos previsibles, este fenómeno se explica por el desarrollo de los objetivos del plan de tratamiento fundados en los hallazgos del diagnóstico, y que la doctrina ortodóntica ha precisado, que el profesional debe tener en cuenta conforme a la lista de problemas en orden de prioridad a saber:

1.2.1. OBJETIVOS DE PLAN DE TRATAMIENTO

Objetivos esqueléticos

Objetivos dentales

Objetivos faciales o de tejidos blandos

Objetivos del plano oclusal

Posición anteroposterior de los incisivos

Discrepancias en el perímetro de los arcos

Consideraciones de las líneas medias

El ancho y la forma de los arcos dentales

Resumen de la relación esquelética dental final⁶³

“Para el Tribunal Nacional de Ética Odontológica, el Consentimiento Informado que ordena la Ley al hacer el enunciado pertinente sobre la obligación que tiene el odontólogo de advertir al paciente los riesgos que comporta el tratamiento,

⁶³ Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnostico Y Plan De Tratamiento – Plan De Tratamiento-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 99 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

requiere de planteamientos claros por parte del odontólogo que le permitan al paciente conocer de manera clara el objetivo o plan adoptado en cada caso, su pronóstico teniendo en cuenta las condiciones especiales del paciente y sus antecedentes, las dificultades que se prevén de acuerdo con las circunstancias en que deba desarrollarse el plan de tratamiento, las situaciones imprevisibles que, por lo mismo, no pueden ser advertidas y, frente a este tipo de consideraciones profesionales el paciente debe tener la oportunidad siempre de expresar sus preocupaciones, sus dudas, sus interrogantes y sus temores para que el odontólogo pueda darle respuestas claras que sirvan de fundamento para el otorgamiento de un consentimiento válido que, para serlo, debe estar exento de equívocos, inadecuadas interpretaciones y de errores sobre lo que se espera por parte del paciente.”⁶⁴

1.3. DEBER OBJETIVO DEL PRONOSTICO

La doctrina ortodóntica ha definido el pronóstico, como la “interpretación pormenorizada y completa de todos los problemas del paciente en orden jerárquico y la posibilidad que hay de solucionarlos en forma total o parcial”.⁶⁵

"El consentimiento que un paciente otorga para los fines de un tratamiento odontológico dado, para que sea válido debe estar exento de error, fuerza y dolo, pues de lo contrario el documento o la manifestación resultan viciados de nulidad en el aspecto esencial, determinante, del otorgamiento del consentimiento. La advertencia general de los riesgos no exonera de responsabilidad al odontólogo

⁶⁴ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

⁶⁵ Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnostico Y Plan De Tratamiento – Pronostico-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 104 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

tratante. Nada impide que pueda utilizarse una forma pre impresa de carácter general, siempre y cuando en anexo al formato correspondiente o en la propia historia clínica, con el aval de la firma del paciente aparezcan registradas las advertencias hechas con respecto a riesgos previsible y el hecho de que pueden existir otros con carácter de imprevisible.

La información previa al consentimiento presupone la explicación del procedimiento a realizar, el pronóstico de acuerdo con el estado estomatológico del paciente, las eventualidades que se esperan en la evolución del mismo, las circunstancias que pueden afectarlo, las patologías sobre agregadas que pueden presentarse, y la conducta odontológica que en su momento pueda adoptarse para contrarrestarlas. La información comprende la oportunidad que el odontólogo debe brindar al paciente para que exponga sus dudas, sus preocupaciones, sus temores y aún sus esperanzas con respecto al tratamiento, así como la constancia de que el odontólogo respondió al paciente tales inquietudes."⁶⁶

Ese pronóstico que presenta el ortodoncista debe ser suministrado al paciente con suficiente claridad para adoptar los compromisos principalmente frente al consentimiento del paciente en cada uno de los ítems del tratamiento, "para el Tribunal Nacional debe distinguirse bien entre lo que constituye la aceptación del objeto de un tratamiento odontológico, identificado por su generalidad y la aceptación del presupuesto tasado como valor del mismo y las advertencias relacionadas con los riesgos existentes a lo largo de su evolución, riesgos éstos que comportan aquellos que son conocidos por la experiencia científico técnica universal y, por lo tanto previsible, además de los que tienen el carácter de imprevisible, todos los cuales forman parte de la advertencia de los riesgos, en el primer caso mencionándolos concretamente como posibles y, en el segundo,

⁶⁶ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena, En Sentencia Del 26 De Septiembre De 2007 Magistrado Ponente Doctora Sofía Del Socorro Jácome Liévano.

haciéndole saber al paciente sobre la existencia de los imprevisibles que, por lo mismo, no pueden ser advertidos concretamente.”⁶⁷

“La existencia de una desigualdad o asimetría entre el profesional y el paciente, por razón del conocimiento técnico científico de cada uno de ellos y sus propios deberes, genera la obligación que tiene el profesional de informar sobre los riesgos del tratamiento que se iba a instaurar, sin estimar cumplido tal deber por el hecho de que la paciente hubiese aceptado el precio del tratamiento y la información general sobre el mismo.”⁶⁸

Compromisos que paciente en su consentimiento debe tener en cuenta, y sobre los cuales la doctrina ortodóntica ha señalado como los más comunes:

1.3.1. COMPROMISOS EN PRONOSTICO

Más pérdida de hueso alveolar en casos con problemas periodontales

Reabsorción radicular en uno o varios dientes

La no corrección total del apiñamiento

Problemas en la corrección total de la curva de Spee.

La no corrección total de las líneas medias dentales

La no corrección total de la protrusión dento alveolar

La no corrección total de la sobremordida horizontal

La no corrección total de la sobremordida vertical

⁶⁷ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Diciembre 17 De 2008. Magistrada Ponente: Doctora. Martha Esperanza Fonseca Chaparro.

⁶⁸ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Diciembre 17 De 2008. Magistrada Ponente: Doctora. Martha Esperanza Fonseca Chaparro.

La no corrección de las discrepancias esqueléticas, en cualquiera de los planos del espacio , en casos de camuflaje o cirugía ortognática.⁶⁹

En el pronóstico, se avizoran por parte del ortodoncista al paciente unos potenciales daños que pueden afectar su integridad física o inclusive su vida en el desarrollo del tratamiento o, en tratamientos interdisciplinarios.

“Está probado que el éxito de un tratamiento ortodóntico depende aproximadamente en un 40% de la posición exacta del bracket. Está demostrado que un bracket cementado más incisal o mas oclusal generara en el diente movimientos totalmente diferentes puesto que es necesario evaluar el grado de convexidad que tiene un diente en su cara vestibular y que las casas comerciales manejan diferentes tipos de torques en sus brackets, no sé si su auxiliar maneja esta gama tan alta de conceptos clínicos pues es distinto el manejo que debe darse de una casa comercial a otra.

La altura en la posición de los brackets debe variar según el prototipo facial de cada paciente, inclusive debe variar según el tipo de sobre mordidas o el tipo de mal oclusión que el paciente presenta. La distancia de la colocación del bracket con relación a la cara vestibular del Diente también genera cambios considerables deseables e indeseables en la posición de los dientes.

Las sobre correcciones que deben darse a algunos dientes deben manejarse con la posición atípica con la que debe cementarse un bracket. La distancia Inter.-bracket genera en el diente una mayor o menor fuerza según el concepto que se maneje. El tamaño del bracket varía la fuerza o el control del movimiento

⁶⁹ Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Dr. Oscar David Uribe Restrepo Diagnostico Y Plan De Tratamiento – Pronostico-, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Pag 104 Corporación Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

producido. Cada diente maneja un bracket específico con una morfología Totalmente diferente.”⁷⁰

Esos potenciales daños en el cuerpo o en la salud del paciente que son propios de los riesgos previsibles, concuerdan con supuestos de hecho de las descripciones típicas de delitos, que afectan bienes jurídicamente tutelados como la vida y la integridad personal, que correlativamente integrados a la infracción del ortodoncista del deber objetivo de cuidado puede conllevarle responsabilidad penal.

“Pero no es el daño mismo el que identifica la violación de las normas sobre ética odontológica porque en muchos casos, aun cumpliéndolas pueden aparecer resultados dañinos no esperados pero que deben ser advertidos, bien sea porque formen parte de los riesgos previsibles o manifestar la imposibilidad de hacerlo cuando correspondan al universo de lo imprevisible. Por manera que el daño no constituye la violación ética propiamente dicha sino el incumplimiento del deber ético de cuidado que permite por la omisión del odontólogo que se llegue a concretar”.⁷¹

1.4. CONSENTIMIENTO EN LA LEY PENAL

La ley 599 de 2000. Código Penal Vigente en Colombia, señala en artículo 32 numeral 2° que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: “Se actúe con el

⁷⁰ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

⁷¹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en los que se puede disponer del mismo.”⁷²

Implica en materia penal, que el paciente como titular del bien jurídico de su propia integridad personal, tiene la facultad de disponer de la misma y para el caso del tratamiento ortodóntico, esa disposición está dada a la condición de que ese consentimiento sea válidamente emitido por el paciente como titular del bien jurídico.

El Código de Ética Odontológica ley 35 de 1989 en su artículo 5° establece que “El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento.”

El decreto 491 de 1990 reglamentario de la ley 35 de 1989 señala en su artículo 8° lo siguiente: “El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere la Ley 35 de 1989, Capítulo II, artículo 5o., con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica odontológica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológicos.”

“Para que sea válido legalmente el consentimiento que el paciente otorgue con respecto a los riesgos que le han sido advertidos por su odontólogo, se requiere que de acuerdo con nuestra legislación civil esté exento de error, fuerza y dolo. Por tanto, la advertencia de los riesgos comprende la información relacionada con el tratamiento que el paciente requiere. A su vez, ésta información debe estar soportada sobre los antecedentes personales y familiares del paciente, lo cual

⁷² Ley 599 De 2000, Art. 32 Numeral 2° Código Penal Colombiano. Mario Arboleda Vallejo. Editorial Leyer, Bogotá 2008.

únicamente se logra con una anamnesis integral que, desde el punto de vista de la clínica odontológica o con soporte de apoyo, permita llegar a una presunción diagnóstica o a un diagnóstico definitivo.

El diagnóstico definitivo y el tratamiento propuesto permiten al odontólogo establecer un pronóstico y del examen de las previsiones que éste amerita, surgen los riesgos que deben ser advertidos.”⁷³

1.4.1. LA PRUDENCIA ODONTOLOGICA

“Como puede advertirse, el sentido de la prudencia se impone como requisito esencial de la advertencia de los riesgos. Prudencia que significa tacto para advertir, sin que pueda entenderse como el ocultamiento de la verdad al paciente, por grave que ésta sea. La prudencia se traduce en éstos casos como la manifestación de la necesidad del tratamiento que, en una evaluación de riesgo beneficio, permite que éste último tenga mayor peso que el primero, en beneficio de la salud del paciente. La prudencia aconseja ilustrar al paciente sobre la manera posible de enfrentar los riesgos en función del objetivo del tratamiento a fin de que el paciente, por la advertencia de éstos, no se llene de temores, incertidumbres y angustia y finalmente decida, por ello, no someterse al tratamiento.”⁷⁴

1.4.2. EXONERACION DE ADVERTENCIA DEL RIESGO

⁷³ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

⁷⁴ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

El mismo decreto 491 de 1990 reglamentario de la ley 35 de 1989 expresa en su artículos 9° y 10°:

“ARTICULO 9. El odontólogo quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto, en los siguientes casos: a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia para llevar a cabo el procedimiento odontológico.

ARTÍCULO 10. El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento odontológicos pueden comportar efectos adversos o 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.“

“El consentimiento informado es un proceso comunicativo intersubjetivo en el cual el compromiso del profesional es lograr mantener al paciente completamente consciente de los alcances, logros y limitaciones del tratamiento, por eso no puede ser solamente en un momento y con ello se asimila que el profesional ha cumplido con su tarea. Este proceso puede traer consigo variaciones en los acuerdos iniciales, ajustes y cambios en el tratamiento, cambios en los procedimientos, como ocurre normalmente en muchas ocasiones por lo cual el paciente debe estar permanentemente en comunicación con el profesional. Es decir, se reconoce el consentimiento informado como un proceso de carácter legal, pero que indudablemente no puede instrumentalizarse por este hecho, pues requiere ante todo, por parte del profesional, del reconocimiento del paciente como otro ser humano con la misma dignidad pero con distinta información, información que para ser suministrada requiere competencia y capacidad, ausencia de coerción,

manipulación y persuasión, frente a una información verdadera, de calidad, amplia, comprensible y suficiente.”⁷⁵

“El hecho de no haber incluido en la Historia Clínica la advertencia de los riesgos o la imposibilidad de hacerla, lo cual identifica un mandato legal, es suficiente para que resulte demostrado su inadecuado diligenciamiento. “⁷⁶

“Para la Sala Plena, la elaboración de la Historia Clínica en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, constituye una responsabilidad de los profesionales de la odontología que intervienen en la misma, cualquiera que sea el tipo de asistencia que les brinden. Este documento es, además, elemento probatorio de la mayor importancia para demostrar desde su elaboración formal hasta su trasfondo científico, la manera como el odontólogo ha cumplido sus deberes.”⁷⁷

“La Historia Clínica debe identificar una secuencia lógica y coherente del actuar profesional y constituye el fundamento para demostrar la interrelación entre las condiciones del paciente, su evolución dentro del tratamiento y las órdenes odontológicas, los lineamientos de su conducta en términos de previsión de

⁷⁵ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Carmen Alicia Cardozo De Martinez.

⁷⁶ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Diciembre 17 De 2008. Magistrada Ponente: Dra. Martha Esperanza Fonseca Chaparro.

⁷⁷ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Mayo 25 De 2011, Magistrado Ponente: Doctor Víctor Hugo Villota Alvarado. “La Resolución 1995 De 1999 Del Ministerio De Salud (Hoy Ministerio De La Protección Social) Por La Cual Se Dictan Normas Para El Manejo De La Historia Clínica En El Artículo 1 Inciso A, Dice Claramente: “Definiciones. La Historia Clínica Es Un Documento Privado, Obligatorio Y Sometido A Reserva, En El Cual Se Registran Cronológicamente Las Condiciones De Salud Del Paciente, Los Actos Médicos Y Los Demás Procedimientos Ejecutados Por El Equipo De Salud Que Interviene En Su Atención. Dicho Documento Únicamente Puede Ser Conocido Por Terceros Previa Autorización Del Paciente O En Los Casos Previstos Por La Ley”

riesgos y las indicaciones y recomendaciones postoperatorias y post-tratamiento.”⁷⁸

1.4.3. LA HISTORIA CLINICA EN EL DEBER OBJETIVO

“De forma general, la Historia Clínica odontológica requiere como contenido esencial una evaluación completa de la paciente lo cual comporta sus antecedentes clínico patológicos personales y familiares, es decir, una rigurosa anamnesis, la evaluación del caso, los exámenes de apoyo para el diagnóstico, el diagnóstico definitivo, el tiempo de duración del tratamiento, su costo y el pronóstico del caso. Igualmente la evolución secuencial del tratamiento y la constancia expresa sobre la advertencia de los riesgos previsibles con respecto al tratamiento propuesto y la postura de aceptación o rechazo de la paciente sobre el particular.”⁷⁹

“Por lo tanto, la ausencia de anotaciones específicas o concretas sobre los riesgos previstos y las inconsistencias o contradicciones, así como las omisiones de las órdenes odontológicas, las prescripciones y los elementos utilizados para el desarrollo del tratamiento, comportan como necesario calificar una Historia Clínica tal como diligenciada con violación de la ética profesional.”⁸⁰

“Los actos odontológicos, cualesquiera que ellos sean, requieren para su correcta ejecución de un ejercicio profesional que identifique la integralidad del tratamiento

⁷⁸ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Mayo 25 De 2011, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

⁷⁹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Diciembre 17 De 2008. Magistrado Ponente: Doctor. Ramses Hakim Murad.

⁸⁰ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Diciembre 17 De 2008. Magistrado Ponente: Doctor. Ramses Hakim Murad.

materia de la acción, dentro del universo que comprende la realización del mismo. El concepto de integralidad presupone el examen que el odontólogo debe hacer de todos aquellos componentes que puedan llegar a ser parte del desarrollo del tratamiento o a impactar o influir directa o colateralmente sobre el mismo. Por esta razón, el rigor con que debe realizarse la anamnesis del paciente y el conocimiento de sus antecedentes personales y familiares, así como cualquier otra condición que permita el conocimiento cierto del sujeto de la actividad odontológica e igualmente el diagnóstico de impresión si lo hubiere, los diagnósticos definitivos, el plan de tratamiento, sus riesgos previsibles e imprevisibles y su pronóstico son elementos fundamentales para el diligenciamiento de una buena Historia Clínica.

La integralidad comporta además las previsiones con respecto a los exámenes de apoyo para diagnóstico y tratamiento, a las interconsultas odontológicas y a las remisiones que sean necesarias para el aporte de gestiones odontológicas especializadas que se integren para la búsqueda del mejor resultado posible en beneficio del paciente. “81

1.4.4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA HISTORIA CLINICA

“Si la Historia Clínica es inexistente, incompleta, defectuosa o inoportunamente elaborada, el acto odontológico, aunque produzca la satisfacción del paciente, desde el punto de vista odontológico jurídico es un acto profesional incompleto que comporta responsabilidades.”82

⁸¹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009. Magistrado Ponente: Doctor Sergio Eduardo Prada Marin.

⁸² Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009. Magistrado Ponente: Doctor Sergio Eduardo Prada Marin. “El Cumplimiento De Los

“el Consentimiento Informado procede después de que el odontólogo ha hecho la advertencia de los riesgos y los ha consignado expresamente en la Historia Clínica. Lo anterior indica que, si bien es cierto que el Consentimiento propiamente dicho no requiere de un documento suscrito por el paciente, la advertencia de los riesgos forma parte del documento denominado Historia Clínica Odontológica.”⁸³

“puede concluirse que si el Consentimiento, entendido como la aceptación que el paciente hace con respecto al objeto del tratamiento que se pretenda instaurar, en rigor no requiere de constancia suscrita por el paciente, ello no significa que cuando así no se otorga, no debe probarse por un medio supletorio que tal consentimiento fue otorgado a plenitud y que la decisión se adopta teniendo en cuenta la advertencia sobre los riesgos que por mandato legal debe constar en la Historia Clínica”⁸⁴

“La Sala Plena del Tribunal Nacional estima que la advertencia de los riesgos que comporta la realización de un tratamiento, para que produzca efectos jurídicos sobre tal advertencia los pacientes tienen derecho a expresar la posición que adopten sobre los mismos y, por ello, tanto de la advertencia de los riesgos como de la decisión que tomen los pacientes después de haberlos conocido, debe dejarse expresa constancia en la forma indicada por la ley.

Requisitos Establecidos En La Resolución 1995 De 1999 Para La Elaboración De Historias Clínicas, Se Impone En Lo Pertinente Para Los Fines Relacionados Con Los Tratamientos Odontológicos.”

⁸³ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

⁸⁴ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

El Tribunal Nacional no concibe que para dar cumplimiento al Artículo 10 del Decreto 491 de 1990, sea suficiente que el odontólogo deje constancia en la Historia Clínica del hecho de la advertencia de los riesgos, sin que tales contenidos hayan sido conocidos por el paciente. Cuando así ocurre, tal constancia no produce efecto jurídico legal alguno y del cumplimiento del deber del médico con respecto a hacer tal advertencia y del derecho del paciente a ser informado, no quedaría prueba alguna y así resultaría frustrado el juzgamiento ético disciplinario cuando se investiga la conducta de un odontólogo en este campo. Por tanto, la aplicación de las normas legales y concretamente el Artículo 10 del Decreto 491 de 1990 no requiere que la norma indique aquello que quien deba cumplirla concrete la realización de una conducta. Las disposiciones legales deben siempre interpretarse en el sentido en que, dentro del contexto en la cual se encuentran, produzcan el efecto jurídico legal que se deriva de su espíritu.”⁸⁵

“La norma legal citada es bien clara al ordenar que en la Historia Clínica debe dejarse constancia “del hecho de la advertencia o de la imposibilidad de hacerla”. Por consiguiente, ninguna validez legal tiene en el campo probatorio, consignar en la Historia Clínica el simple enunciado de los riesgos existentes, sin identificarlos como el contenido de una advertencia expresa hecha con anterioridad al paciente. Y si ésta advertencia ha sido hecha adecuadamente para que cumpla el objetivo legal, deberá existir siempre la constancia de la posición del paciente, siendo ésta la forma como nace a la vida jurídica dentro de la aplicación de la Ley 35 de 1989 y su Decreto Reglamentario 491 de 1990, la figura jurídica del denominado Consentimiento Informado.”⁸⁶

⁸⁵ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

⁸⁶ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

“Para el Tribunal Nacional la advertencia de los riesgos en el campo de los tratamientos odontológicos no es un simple formalismo que se cumpla con la anotación del enunciado de unos riesgos, hecha para atender un requisito legal. Esa advertencia, por si sola, ni siquiera cumple el mandamiento del Artículo 10 del Decreto 491 de 1990. Para que la norma produzca sus efectos esenciales se requiere, como contrapartida, la existencia total o parcial del Consentimiento o la negativa a otorgarlo por parte del paciente.”⁸⁷

“La información de los riesgos y el consentimiento correspondiente que otorgue o niegue el paciente, no se concreta en una constancia que con respecto a los primeros debe figurar en la Historia Clínica y en relación con los segundos puede ser o un documento anexo de la misma o probarse mediante otros medios, como por ejemplo los testimonios que den fe de la postura del paciente al respecto. En su conjunto, éstas dos situaciones identifican la unidad jurídica denominada Consentimiento Informado, como ya se anotó, pero no son actos accidentales del odontólogo y su paciente, corresponden al desarrollo de un proceso dentro del cual deben ser atendidos con rigor, los presupuestos que lo validan legalmente, los cuales deben sujetarse a contenidos normativos sobre la materia y a las consideraciones científico técnicas propias de cada tratamiento odontológico propuesto al paciente.”⁸⁸

“Lo mismo sucede en el campo odontológico: Se tiene conocimiento de que, en algunos casos, la exodoncia de un molar puede producir una hemorragia cataclísmica incontrolable y generadora de un shock hipovolémico que puede causar la muerte de un paciente, conocimiento éste que se identifica como un

⁸⁷ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

⁸⁸ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

saber abstracto que es previsible como tal, pero por este motivo no puede manifestársele a un paciente que existe el riesgo previsible de que la exodoncia de un molar pueda causarle la muerte, no siendo procedente este tipo de advertencia por no identificarse con el riesgo previsto cuya advertencia ordena la norma y, en consecuencia es un riesgo imprevisible desde el punto de vista jurídico.”⁸⁹

“el Tribunal Nacional considera que únicamente cuando se tienen bien claros los antecedentes del paciente y se ha llegado a un diagnóstico definitivo con ayudas o apoyos para los efectos, o sin ellas, teniendo en cuenta además el pronóstico del caso que muestra algo así como el camino científico técnico por donde vera transcurrir el tratamiento, debe el odontólogo advertir a su paciente los riesgos que tales circunstancias le permiten prever y deberá hacerlo interpretando a cada paso el lenguaje técnico científico que él esta acostumbrado a manejar pero que su paciente por no estar generalmente familiarizado con esta terminología, deberá hacérsele fácil su entendimiento utilizado la terminología que el grado de educación del paciente le permita entender cabalmente. Pero además, el odontólogo deberá tener en cuenta que “entender a cabalidad” significa que el receptor de la información de los riesgos debe encontrarse en pleno o normal uso de sus facultades mentales para que bajo esta condición pueda considerar la información y adoptar una postura frente a ella con plena libertad y sin condicionamiento ni presión alguna para el ejercicio de su libre albedrío que en términos de la Constitución Política de Colombia se identifica como el derecho a la autonomía.”⁹⁰

1.4.5. EL PACIENTE FRENTE AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

⁸⁹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

⁹⁰ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

“el odontólogo debe permitir que el paciente exprese sus dudas, sus preocupaciones, sus temores y sus esperanzas frente al tratamiento y, a su vez, el odontólogo deberá responderlas todas ellas de forma tal que genere en el paciente el entendimiento cabal de su caso para que el consentimiento que se otorgue o se niegue no este viciado jurídicamente por el error. De la misma manera debe ser una preocupación del odontólogo informar bien al paciente las alternativas existentes para el tratamiento de su caso, si las hay y, por lo mismo, los costos que representa cada alternativa, pues en veces existe la posibilidad de elegir materiales o insumos apropiados para el tratamiento pero que con respecto a los cuales el odontólogo debe advertir la vida útil de los mismos y explicar bien que a ellos se debe la diferencia de los costos, de tal manera que el paciente nunca tenga falsas expectativas. Claro esta, que ninguna de estas advertencias puede hacer un odontólogo si no tiene una pericia profesional, bien sea por virtud de una especialización o como consecuencia de su trayectoria y experiencia.”⁹¹

“La advertencia de los riesgos y el consentimiento consiguiente, vistos como un proceso, hacen que sea necesario evaluar los riesgos periódicamente a medida que avanza el tratamiento odontológico.”⁹²

“La advertencia del riesgo en su forma más simple, tiene por objeto brindar al paciente la oportunidad de poder decidir en forma libre, consciente y autónoma, si se somete o no al tratamiento o procedimiento que comporta los riesgos advertidos. Se identifica así el respeto por el libre albedrío de los pacientes con respecto al cuidado de su propia salud. Por manera que, aún en el caso de que

⁹¹ Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

⁹² Tribunal Nacional De Etica Odontologica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

los riesgos sean imprevisibles, preséntese o no el hecho eventual que los concreta, el mandato legal impone al odontólogo el deber de advertir los riesgos.

“93

“Cuando quiera que no se advierten los riesgos y se presenten situaciones imprevisibles generadoras de daño a un paciente pero que no tienen relación de causa a efecto con la actividad profesional propiamente dicha, es decir con el cumplimiento de la Lex Artis en el ejercicio de la odontología o sea la utilización de técnicas adecuadas que comportan pericia profesional y diligencia y prudencia para la utilización de las mismas, la gravedad de la falta ética es menor al omitir la advertencia de los riesgos y solicitar a los pacientes su Consentimiento Previo a la iniciación de un tratamiento o procedimiento odontológico”.94

En síntesis, tenemos que puede ser sujeto pasivo de la acción penal, el ortodoncista que infringe los deberes objetivos de cuidado, y que generan en el paciente resultados típicos producto de esa infracción, como consecuencia de los riesgos que el ortodoncista debió haber previsto por ser previsibles en el diagnóstico, plan tratamiento y pronóstico, o que habiéndolos previsto confió en que podía evitar dichos riesgos, que dieron lugar al resultado dañoso de la integridad física del paciente.

Lo anterior, da lugar a que esos resultados lesivos de la integridad física del paciente, no asentidos válidamente por éste, y que correspondan a supuestos de hechos descritos en tipos penales, le sean atribuibles en sede del derecho penal,

⁹³ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Octubre Tres (03) De De Dos Mil Ocho (2008).Magistrada Ponente: Dra. Sofia Del Socorro Jacome Lievano,

⁹⁴ Tribunal Nacional De Etica Odontologica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Octubre Tres (03) De Dos Mil Ocho (2008).Magistrada Ponente: Doctora. Sofia Del Socorro Jacome Lievano,

y por ende generen responsabilidad penal para el ortodóncista y/o su equipo de trabajo, lo cual analizaremos en el capítulo siguiente bajo el concepto de imputación.

CAPITULO TERCERO

1. IMPUTACION

Para poder definir si el resultado de una conducta producto de una infracción a un deber objetivo de cuidado, que en el ejercicio profesional le es imputable a un odontólogo, debemos primero, tener en claro que es la imputación y que ha entendido la dogmática penal por imputación.

El código penal colombiano vigente (ley 599 de 2000), establece en su artículo 9º: "Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado."

De ahí que Alfredo Repetto, diga "en cuanto a elementos que integran responsabilidad en el derecho de manera genérica podemos citar lo expuesto por (López Olaciregui), quien indica que la misma está integrada por: "1) un acto de un individuo; 2) un deber; 3) una infracción".⁹⁵

Pérez del Valle, hace una reflexión "debería entonces cuestionarse si la imputación de hechos a sujetos para que fuesen sancionados con penas no constituía un aspecto fundamental, y si la llamada de atención en este proceso

⁹⁵Repetto, Alfredo L.. El Acto Culpable: El Dolo Y La Culpa Como Sus Formas. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007. P 66.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=67](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=67)

Copyright © 2007. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

Este Autor Cita A López O Laciregui, José M., "Notas Sobre El Sistema De Responsabilidad Del Código Civil. Balance De Un Siglo", Revista Jurídica De Buenos Aires, 1964-I/IV, N° 7, P. 61.

procedía de la ética kantiana.”⁹⁶ En el entendido que “Las exigencias de la ética kantiana, al trasladarse a la fundamentación del derecho penal, imponen el desarrollo de una teoría de la imputación que se funda, como es lógico, en la idea de acciones de sujetos con autonomía moral”⁹⁷

De entrada advertimos que la teoría de la imputación inicio fundada en las acciones de seres humanos de los cuales podemos predicar dicha autonomía valorativa, soporte de ello es FEUERBACH.

Se observa de manera clara que la dogmática penal desde sus inicios ubicaba la imputación en el supuesto de hecho de la norma penal y no en la consecuencia jurídica, dado que la acción se desarrolla en la descripción normativa y no en la sanción, pero en el entendido naturalista de que la acción implica motricidad perceptible de los sentidos.

Por ello Pérez del Valle, al citar a Francisco Suarez en tema de imputación expone que “SUÁREZ piensa en la imposibilidad de imputación de actos meramente internos, y alude siempre a la prohibición de actos –o al mandato, en el caso de las omisiones”⁹⁸, claro, cómo se sostuvo, fundamentado en

⁹⁶ Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal. España: Dykinson, 2008. P 77.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=77](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=77)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.

⁹⁷ Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal. España: Dykinson, 2008. P 77.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=77](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=77)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.
Véase Un Intento Reciente De Fundamentación En Ese Sentido, En Kahlo, Die Handlungsform Der Unterlassung Als Kriminaldelikt, Frankfurt A. M., 2001, Especialmente En Pp. 197 Y Ss. Una Breve Recensión Crítica De Jakobs En Frankfurter Allgemeine Zeitung De 2 De Julio De 2001 (150/2001), P. 49.

⁹⁸ Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal. España: Dykinson, 2008. P 80.

aspectos naturalistas de motricidad perceptible, la omisión por si en el ámbito interno no genera percepción de motricidad por terceros en el mundo real.

Pero esa acción de incidencia penal que implica valoración, está representada en el libre querer de realización, de ahí que para Pérez del Valle, “sólo en la voluntad, como algo subjetivo, puede ser efectiva la libertad o la voluntad existente en sí misma”⁹⁹ concluyendo que “sólo cabe imputación como culpabilidad de la voluntad”¹⁰⁰. “La misma imputación es el juicio de que un resultado exterior es el efecto de la acción de una persona, el juicio de que ésta tiene su fundamento en el conocimiento y la voluntad del sujeto: la imputación se refiere siempre a lo interno, a la determinación de la relación de la voluntad respecto al resultado y a la ley (imputatio iuris), aunque se admite que también en la culpa se dan, como en el dolo, las condiciones de la acción”¹⁰¹

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=80](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=80)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.
El Autor Cita A De Legibus, Libro Iii, Cap. Xiii, 9 Y 11.

⁹⁹ Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal. España: Dykinson, 2008. P 87.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=87](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=87)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.
El Autor Cita A Hegel, Grundlinien Der Philosophie Des Rechts (1821), Edic. Dirigida Por Lakebrink, Stuttgart, 1995, § 106.

¹⁰⁰ Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal. España: Dykinson, 2008. P 87.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=87](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=87)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.
El Autor Cita A Hegel, Grundlinien, § 115 Y, Sobre Todo, § 117 : “Die Tat Kann Nur Als Schuld Des Willens Zugerechnet Werden”.

¹⁰¹ Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal. España: Dykinson, 2008. P 90.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=90](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&Ppg=90)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.
El Autor Cita A Abegg, Lehrbuch, § 79, P. 124.

En síntesis, para el ordenamiento penal colombiano, adoptando las posturas evolutivas de la teoría del delito la imputación obedece a la realización de una conducta activa u omisiva, prevista en el supuesto de hecho de la descripción típica, que sumada a un cierto grado de conocimiento, previo y/o actualizado conllevan en su realización un mayor o menor grado de voluntariedad, comportamiento que en contrapuesta al deber derivado del orden jurídico lesiona el bien objeto de protección.

En otras palabras, y, para nuestro tema en concreto, se le imputa a un profesional de la odontología el haber ocasionado lesiones personales a su paciente en la extracción de una pieza dentaria dentro del tratamiento ortodóntico, que conllevó para éste último una incapacidad médico legal y secuelas de deformidad física que afecta el órgano de la masticación de carácter permanente.

El comportamiento consistente en causarle un daño en el cuerpo o en la salud del paciente se denomina conducta, por regla general la conducta esta descrita en el verbo del supuesto de hecho para éste caso en “Dañar”, cuando la conducta conlleva una exteriorización motora es decir movimiento por parte del sujeto activo, que para el caso es el ortodoncista, movimiento perceptible a través de los sentidos como fue la actividad física de extracción de la pieza dentaria, se determina que la conducta es por acción, pero esa conducta activa conlleva no solo que se encuentre descrita en el supuesto de hecho, de la descripción típica¹⁰² sino que el odontólogo tenga el conocimiento de lo que está haciendo, y

¹⁰² Artículo 111 De La Ley 599 De 2000. Artículo 111. Lesiones. El Que Cause A Otro Daño En El Cuerpo O En La Salud, Incurrirá En Las Sanciones Establecidas En Los Artículos Siguietes. Artículo 113. Deformidad. <Penas Aumentadas Por El Artículo 14 De La Ley 890 De 2004, A Partir Del 1o. De Enero De 2005. El Texto Con Las Penas Aumentadas Es El Siguiete:> Si El Daño Consistiere En Deformidad Física Transitoria, La Pena Será De Prisión De Dieciséis (16) A Ciento Ocho (108) Meses Y Multa De Veinte (20) A Treinta Y Siete Punto Cinco (37.5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Si Fuere Permanente, La Pena Será De Prisión De Treinta Y Dos (32) A Ciento Veintiséis (126) Meses Y Multa De Treinta Y Cuatro Punto Sesenta Y Seis (34.66) A Cincuenta Y Cuatro (54) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

actualizar su conocimiento de acuerdo a su querer manifestado en su exteriorización.

Es decir, el odontólogo sabe que al extraer la pieza dentaria generara un espacio vacío en la cavidad bucal que conlleva a que el paciente quede con un daño en su corporeidad consistente en una deformación física, y aun teniendo ese conocimiento decide realizar el comportamiento generando el resultado dañoso, esa parte de orden interno del odontólogo que amerita valoraciones subjetivas de conocimiento y voluntad representado en la toma de sus decisiones que se exteriorizan motrizmente, integran el dolo o la culpa de acuerdo al grado de actualización del conocimiento y del concepto valorativo de voluntad.

En efecto le asiste, el deber objetivo al odontólogo, previsto el ordenamiento legal, de valoración y diagnóstico previo al tratamiento, que si efectivamente el profesional no cumplió, conlleva a infringir ese deber que paralelamente, vulnera el bien, que el orden jurídico pretende proteger al imponer el deber, como es, la salvaguarda de la integridad física del paciente.

Ese odontólogo que es capaz de discernir lo que está realizando, y tiene la posibilidad consciente de optar por hacer, o no, el comportamiento, y que adicional a ello, tiene claridad de que su comportamiento, no solo provoca un daño sino que el mismo vulnera un bien que él estaba en el deber de respetar conforme al ordenamiento legal, conlleva a que efectivamente se haga en relación de éste infractor una imputación. La imputación conlleva a tener en claro la evolución en la teoría del delito de los conceptos de imputabilidad, acción, omisión, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Si La Deformidad Afectare El Rostro, La Pena Se Aumentará Hasta En Una Tercera Parte.
Ley 599 De Julio 24 De 2000, Promulgada En El Diario Oficial No 44097 De Fecha 24 De Julio De 2000. Imprenta Nacional De Colombia.

1.1. IMPUTABILIDAD

Desde esta perspectiva, para hablar de imputación debemos hablar de imputabilidad, en el entendido que la “imputabilidad, en el derecho penal, se define como la posibilidad condicionada por la salud mental y la madurez espiritual de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento.”¹⁰³

De plano se advierte que la imputación excluye la inimputabilidad, teniendo en cuenta que en la “imputabilidad importa una determinada capacidad o aptitud; es la capacidad de comprender la criminalidad del acto —antijuridicidad del hecho— y de dirigir la acción conforme esa comprensión”¹⁰⁴ parámetros propios del actual juicio de culpabilidad ajeno a la inimputabilidad.

De tal manera que para “ser capaz o imputable será preciso gozar de discernimiento. El discernimiento, en términos generales, es la aptitud de apreciar o juzgar nuestras acciones, saber lo que se hace (Salvat).”¹⁰⁵ En síntesis solo aquellos que obran con voluntad consciente son imputables y por tanto son objeto

¹⁰³ Repetto, Alfredo L.. El Acto Culpable: El Dolo Y La Culpa Como Sus Formas. , , Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007. P 68.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=69](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=69)
Copyright © 2007. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.
El Autor Cita A S Oler , Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. li, 36.11, Tea, Buenos Aires, 1976, P. 35.

¹⁰⁴ Repetto, Alfredo L.. El Acto Culpable: El Dolo Y La Culpa Como Sus Formas. , , Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007. P 68.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=69](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=69)
Copyright © 2007. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

¹⁰⁵ Repetto, Alfredo L.. El Acto Culpable: El Dolo Y La Culpa Como Sus Formas. , , Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007. P 69.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=70](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=70)
Copyright © 2007. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.
El Autor Cita A S Alvat , Raymundo M., "Adiciones" Al Tratado De Derecho Civil. Par Te General, T. I, N° 700-A.Ix, Tea, Buenos Aires, 1964, P. 594.

de imputación, de ahí que los "hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad"¹⁰⁶

Pareciera entonces que la imputación parte de una acción voluntaria, capaz, razonada, consciente; el ordenamiento penal colombiano consagra de manera negativa la imputabilidad¹⁰⁷, de ahí que debe entenderse de una capacidad de comprensión del comportamiento derivado de su adecuado estado de madurez psicológica, salud mental y adaptabilidad al medio social, y la posibilidad de desplegar su libre albedrío en relación a lo que su conocimiento actualizado le evidencia como persona capaz de discernir.

Para el caso del profesional de la odontología no solo su nivel de estudios superiores adecuan su condición de imputable, adicional a ello, implica su adaptabilidad al medio acreditado en el desarrollo de su formación académica y desempeño profesional, que perfila su constante de salud mental y su grado de madurez psicológica en la toma de decisiones independientemente de la presunción legal de la mayoría de edad.

1.2. LA ACCION

Sin embargo ese actuar del individuo con capacidad de comprensión y autodeterminación, como fenómeno en el mundo real, puede consolidar la

¹⁰⁶ Repetto, Alfredo L.. El Acto Culpable: El Dolo Y La Culpa Como Sus Formas. , , Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007. P 69.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=70](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&Ppg=70)

Copyright © 2007. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

¹⁰⁷ Artículo 33. Inimputabilidad. Es Inimputable Quien En El Momento De Ejecutar La Conducta Típica Y Antijurídica No Tuviere La Capacidad De Comprender Su Ilícitud O De Determinarse De Acuerdo Con Esa Comprensión, Por Inmadurez Sicológica, Trastorno Mental, Diversidad Sociocultural O Estados Similares.

No Será Inimputable El Agente Que Hubiere Preordenado Su Trastorno Mental.

Los Menores De Dieciocho (18) Años Estarán Sometidos Al Sistema De Responsabilidad Penal Juvenil.

Ley 599 De 2000 (Julio 24) Diario Oficial No. 44.097 De 24 De Julio Del 2000

finalidad intrínseca activa u omitiva en la exteriorización motora de la voluntad consciente.

La acción al igual que la omisión, están consagrados en nuestro ordenamiento penal vigente: “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”¹⁰⁸.

Como se ha sostenido por parte de SORIA, fue VON LITZ quien definió acción dentro de la corriente causalista naturalista “como aquella manifestación de la voluntad humana que produce un cambio en el mundo exterior.¹⁰⁹ En la misma línea, sostiene que BELING entendió que la acción es “un comportamiento corporal (fase externa, "objetiva" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "voluntariedad"), (fase interna, "subjética" de la acción); ello es, un "comportamiento corporal voluntario", consistente ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Colombia Ley 599 De 2000 Artículo 25 Inciso 1º. Diario Oficial No. 44.097 De 24 De Julio Del 2000

¹⁰⁹ ¹⁰⁹ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 35.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=35](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=35)
Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.
El Autor Cita Consobre El Particular, Véase R Oxin , Pg, § 8, N° 7, Ps. 235 Y Ss.; Y J Akobs , Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Y Teoría De La Imputación (En Adelante, Pg), Trad. De Joaquín Cuello Contreras Y José L. Serrano De Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, 6/3, Ps. 157 Y Ss. 2 Cfr., R Oxin , Pg, § 8, N° 10, Ps. 236 Y Ss.

¹¹⁰ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 36.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=36](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=36)
Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.
El Autor Cita A Beling , Ernst Von, Esquema De Derecho Penal. La Doctrina Del Delito Tipo, Trad. De Sebastián Soler, El Foro, Buenos Aires, 2002, Cap. Ii, 2 A Seco., Primera Parte, /, P. 42 (Cursiva En El Original). Por Una Pormenorizada Crítica Al Concepto De Omisión De Este Autor, Cfr. S Ilva S Ánchez , Jesús M., El Delito De Omisión: Concepto Y Sistema, 2º Ed., B De F, Montevideo/Buenos Aires, 2003, Cap. I I, I.A., Ptos. 1 Y Ss., Ps. 25 Y Ss.

Hasta llegar a la postura finalista de Hans Welzel en la década de los 30 en pleno siglo XX que definió acción como “un ejercicio de actividad final. De este modo, la causalidad quedó supeditada al fin propio del autor. Por otro lado, el mismo Welzel destacó en su construcción la importancia de partir de una concepción de la acción tomando en cuenta los datos de la realidad (perspectiva óntico-ontológica), para así evitar la destrucción de su esencia.”¹¹¹

En consecuencia la acción implica una serie de valoraciones internas del ser que conllevan a la existencia de un conocimiento previo del comportamiento que ha, de desplegar; el propósito de lo perseguido y perseguible que se consolida en el momento de exteriorizar ese querer a través de la motricidad perceptible de los sentidos.

1.3. LA OMISION

El concepto de omisión se empezó a acuñar en el causalismo clásico alemán con ERNST VON BELING con la “contención de los nervios motores dominada por la voluntad”¹¹², el finalismo de KAUFMANN “si en la omisión falta la causalidad, también faltará la finalidad”¹¹³.

¹¹¹ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 38.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=38](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=38)
Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.
El Autor Cita A Cfr. W Elzel, Hans, Derecho Penal Alemán (En Adelante, Dpalemán), Trad. De La 1 1 A Ed. Alemana Por Juan Bustos Ramírez Y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica De Chile, Santiago, 1997, § 8, I, Ps. 39 Y Ss.

¹¹² Cfr. Beling, Ernst. Esquema Del Derecho Penal. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1944. Pg 2 El Delito De Omisión En El Nuevo Código Penal. Juan Carlos Forero Ramirez. Ed. Legis 2002. Bogotá Colombia.

¹¹³ Cfr. Welzel Hans. Derecho Penal Alemán. Trad. Bustos Ramirez Y Yanez Perez Santiago, Juridica De Chile 1976. Sobre El Delito De Omisión En El Esquema Finalista Del Delito Puede

Para entender el concepto de omisión JUAN MANUEL SORIA cita apartes y referencias de ROXIN y JAKOBS al decir: “tomamos como punto de partida la noción natural o causal de la acción, sostenida principalmente por Liszt y Beling. Sobre el particular, el primero de ellos la definió en sus comienzos como aquella manifestación de la voluntad humana que produce un cambio en el mundo exterior. No obstante, toda vez que tal especificación no conseguía abarcar a la omisión —que nada causa—, tiempo después Liszt agregó, en su redefinición, que también era adecuado al concepto de acción la no evitación voluntaria de una modificación del mundo exterior (causación). De este modo, la voluntariedad constituía —al decir de Roxin— una suerte de supraconcepto de la acción y la omisión.”¹¹⁴

En el derecho penal Colombiano la omisión se identifica como propia o impropia, “la omisión será propia, cuando el propio tipo penal la consagre expresamente”¹¹⁵, por su parte la omisión será impropia “ cuando no este consagrada expresamente en un tipo penal y sea necesario inferirla de un tipo penal normalmente de resultado, previsto en la parte especial”¹¹⁶

Consultarse. Delitos Impropios De Omisión De Enrique Bacigalupo Zapater. Delitos Impropios De Omisión. Bogotá . Edt. Temis, 1983.

¹¹⁴ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 35.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=35](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=35)
Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.
El Autor Cita Consobre El Particular, Véase R Oxin , Pg, § 8, N° 7, Ps. 235 Y Ss.; Y J Akobs , Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Y Teoría De La Imputa Ción (En Adelante, Pg), Trad. De Joaquín Cuello Contreras Y José L. Serrano De Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, 6/3, Ps. 157 Y Ss. 2 Cfr., R Oxin , Pg, § 8, N° 10, Ps. 236 Y Ss.

¹¹⁵ Forero Ramirez, Juan Carlos, El Delito De Omisión En El Nuevo Código Penal Pag 27, Ed. Legis 2002. Bogotá Colombia

¹¹⁶ Forero Ramirez, Juan Carlos, El Delito De Omisión En El Nuevo Código Penal Pag 27, Ed. Legis 2002. Bogotá Colombia

1.3.1. LA OMISION IMPROPIA O COMISION POR OMISION

A la omisión impropia se le ha dado el nombre genérico en la doctrina de comisión por omisión “ el sujeto activo de un delito de comisión por omisión es “especial” o “ Cualificado”, pues solo puede serlo el denominado garante”. 117

Podemos concluir entonces que la omisión al igual que la acción parte de un conocimiento del sujeto activo, que voluntariamente decide para el caso de la acción un hacer y para el caso de la omisión un no hacer que efectivamente es perceptible a través de los sentidos, pero éste último conlleva la posibilidad de que este para ese no hacer en la posibilidad de impedir el resultado previsto de una acción pero que no lo lleva a cabo¹¹⁸

¹¹⁷ Forero Ramirez, Juan Carlos, El Delito De Omisión En El Nuevo Código Penal Pag 55, Ed. Legis 2002. Bogotá Colombia

¹¹⁸ Artículo 25. Acción Y Omisión. La Conducta Punible Puede Ser Realizada Por Acción O Por Omisión.

Quien Tuviere El Deber Jurídico De Impedir Un Resultado Perteneciente A Una Descripción Típica Y No Lo Llevare A Cabo, Estando En Posibilidad De Hacerlo, Quedará Sujeto A La Pena Contemplada En La Respectiva Norma Penal. A Tal Efecto, Se Requiere Que El Agente Tenga A Su Cargo La Protección En Concreto Del Bien Jurídico Protegido, O Que Se Le Haya Encomendado Como Garante La Vigilancia De Una Determinada Fuente De Riesgo, Conforme A La Constitución O A La Ley.

Son Constitutivas De Posiciones De Garantía Las Sigüientes Situaciones:

1. Cuando Se Asuma Voluntariamente La Protección Real De Una Persona O De Una Fuente De Riesgo, Dentro Del Propio Ámbito De Dominio.
2. Cuando Exista Una Estrecha Comunidad De Vida Entre Personas.
3. Cuando Se Emprenda La Realización De Una Actividad Riesgosa Por Varias Personas.
4. Cuando Se Haya Creado Precedentemente Una Situación Antijurídica De Riesgo Próximo Para El Bien Jurídico Correspondiente.

Paragrafo. Los Numerales 1, 2, 3 Y 4 Sólo Se Tendrán En Cuenta En Relación Con Las Conductas Punibles Delictuales Que Atenten Contra La Vida E Integridad Personal, La Libertad Individual, Y La Libertad Y Formación Sexuales.

Ley 599 De 2000 (Julio 24) Diario Oficial No. 44.097 De 24 De Julio Del 2000

1.4. LA IMPUTACION OBJETIVA

Los inicios de la Imputación Objetiva se dan con Karl Larenz y Richard Honing, en el Derecho Civil, en la década entre 1920 y 1930, adoptan la postura lógica de Georg Wilhelm Friedrich Hegel.¹¹⁹

Posteriormente se traslada al Derecho Penal en los años de 1970 a través de Claus Roxin, de línea neokantiana quien plantea una Teoría Teleológica o Funcional, con una Filosofía de la fenomenología consistente en ir más allá de la descripción científica de los hechos físicos para acceder a la comprensión del sentido de tales hechos¹²⁰

En nuestro código Penal colombiano ley 599 de 2000 aparece en su artículo 9121 la estructura de la conducta punible y establece en su inciso final que la

¹¹⁹ - Alcácer Guirao, R., "El Juicio De Adecuación De La Conducta. Consideraciones Sobre La Teoría De La Imputación Objetiva Y Sobre La Tentativa", En Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, 1996, Tomo Xlix, Fasc. li Civitas, Madrid, 2000

¹²⁰ - Alcácer Guirao, R., "El Juicio De Adecuación De La Conducta. Consideraciones Sobre La Teoría De La Imputación Objetiva Y Sobre La Tentativa", En Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, 1996, Tomo Xlix, Fasc. li

- Cancio Meliá, M.,

Conducta De La Víctima E Imputación Objetiva En Derecho Penal : Estudio Sobre Los Ámbitos De Responsabilidad De Víctima Y Autor En Actividades Arriesgadas, Bosch, Barcelona, 2001.

Teoría De La Imputación Objetiva, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigaciones De Derecho Penal, 1998

"Conducta De La Víctima E Imputación Objetiva", En Icade: Revista De Las Facultades De Derecho Y Ciencias Económicas Y Empresariales, N°42, 1997

¹²¹ Artículo 9o. Conducta Punible. Para Que La Conducta Sea Punible Se Requiere Que Sea Típica, Antijurídica Y Culpable. La Causalidad Por Sí Sola No Basta Para La Imputación Jurídica Del Resultado.

Para Que La Conducta Del Inimputable Sea Punible Se Requiere Que Sea Típica, Antijurídica Y Se Constata La Inexistencia De Causales De Ausencia De Responsabilidad.

Ley 599 De 2000 (Julio 24) Diario Oficial No. 44.097 De 24 De Julio Del 2000

causalidad por si sola no es suficiente para imputar el resultado de ahí tomamos la base de la imputación objetiva.

En consecuencia se tendrá la Relación de Causalidad como Presupuesto de la Imputación Objetiva del Resultado. En la causalidad aparecen:

1.4.1. TEORIAS CAUSALES DE IMPUTACION OBJETIVA

Teoría causal y final: La relación causal dentro de la acción en el sistema causalista, conlleva a que A es la causa eficiente del resultado B, en la Doctrina moderna, el concepto estricto de acción y la relación causal en el tipo objetivo se da en los delitos de resultado.

Causalidad en el tipo objetivo de los delitos de resultado, el fin de las distintas teorías es establecer una línea entre causa y condición de ahí que surge la teoría de la equivalencia de las condiciones todas las condiciones sin las cuales no se hubiera producido el resultado son equivalentes. Pero esta teoría no resuelve, los supuestos de a) procesos causales no verificables; b) causalidad hipotética y causalidad cumulativa; c) en los delitos de omisión; d) en los delitos imprudentes.

Viene en consecuencia teorías evolucionadas de la causalidad como la Teoría de la Causalidad adecuada: que diferencia entre condición y causa, de manera que, no toda condición es causa del resultado, sino sólo aquella que conforme a la experiencia es adecuada para la producción del resultado incorporando el principio de previsibilidad objetiva para valorar, ex ante, la idoneidad y, ex post, analizar la condición en sí misma, pero genera confusión con imputación subjetiva del dolo y no soluciona los supuestos de cursos causales extraños. Tampoco los

cursos causales no verificables, la concurrencia de comportamientos, los delitos imprudentes, los delitos omisivos, que siguen sin resolver.

Aparece la Teoría de la relevancia típica de Edmund Mezger quien incorpora la *conditio sine qua non*, que es siempre la condición más importante de un evento, determina una separación entre el ámbito causal y el normativo y da origen al postulado del fin de protección de la norma.¹²²

Aparece entonces la Teoría tradicional de FRANK de la prohibición de regreso donde ciertos cursos causales de acciones no dolosas son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, y está prohibido regresar o remontarse más atrás de la acción dolosa para buscar causas no dolosas. Sin embargo Santiago Mir Puig formula si subsiste el resultado, cuando suprimida mentalmente, no la acción concreta, sino la producción de una conducta como la examinada es decir una valoración *ex post* de las circunstancias reales para determinar la causalidad.¹²³

Aparece el criterio de la causalidad hipotética, aquel comportamiento que introducido mentalmente en el curso causal desaparecería el resultado, una probabilidad rayana en la certidumbre.

1.4.2. IMPUTACION OBJETIVA DE CLAUX ROXIN

¹²²122 - Modolell González, J.L., Bases Fundamentales De La Teoría De La Imputación Objetiva, Caracas, 2001

¹²³ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición. Barcelona . 1996.

En la Imputación objetiva aparece la Teoría de la elevación del riesgo en donde CLAUX ROXIN, pretende superar el dogma causal y excluir del ámbito de la tipicidad las acciones inadecuadas a través de la introducción de una serie de criterios de imputación basados en el principio del riesgo. Estableciendo dos niveles de imputación:

1.- Riesgo típicamente relevante: “ un riesgo es típicamente relevante cuando tiene importancia para el tipo penal y configuraría a lo menos la parte objetiva del tipo penal”¹²⁴

2.- Realización en el resultado (entendido este último, no en un sentido naturalístico, sino de quebrantamiento de la norma un concepto de imputación objetiva en sentido estricto, y limita la expresión imputación objetiva a la realización del riesgo en el resultado, entendido este último como una condición de punibilidad)

Los criterios de imputación objetiva deberán probar no la relevancia de dicho riesgo sino la existencia del nexo del riesgo sin que la imputación del riesgo a la conducta afecte a la gravedad del injusto determinada ex ante es decir el desvalor del resultado

En consecuencia una conducta será objetivamente imputable al sujeto cuando al constatar a través de unos criterios normativos: se trata de un riesgo típico y ese riesgo se realiza en el resultado sobrevenido.

Tenemos entonces dos corrientes frente a la imputación objetiva incorporada en el funcionalismo una es la moderada de CLUX ROXIN y la otra la radical de GUNTHER JAKOBS.

¹²⁴ Forero Ramirez, Juan Carlos, El Delito De Omisión En El Nuevo Código Penal Pag 150, Ed. Legis 2002. Bogotá Colombia

Para CLAUX ROXIN, se orienta la dogmática a fines político-criminales del Derecho Penal y por ende la imputación objetiva es opuesta al finalismo.¹²⁵ Los resultados van a ser simplemente un presupuesto inicial, a partir del cual, esta teoría intentará buscar criterios normativos para establecer el vínculo entre el resultado y su acción. Planteando que la imputación objetiva del tipo objetivo presupone, que el sujeto, dentro del alcance del tipo objetivo, haya causado un peligro prohibido que conlleva unos requisitos:

La creación de un riesgo típicamente relevante. Queda excluido si existe una disminución del riesgo, cuando falta la elevación del riesgo, en los casos en que las acciones son inadecuadas, o bien, si se trata de acciones peligrosas pero socialmente adecuadas

Un nexo específico entre el riesgo no permitido y el resultado. Niega la imputación cuando no pueda probarse un incremento del riesgo porque exista un comportamiento alternativo hipotético conforme a derecho, o bien dicho incremento no ha existido porque se produjo una desviación del curso causal, o se realizó otro riesgo, y por último, cuando la norma de diligencia infringida no pretenda la evitación del resultado que realmente se produjo

Ámbito de protección de la norma. la conducta no va a ser imputada porque existió una autopuesta en peligro o el peligro fue consentido por la víctima. En los delitos imprudentes se aplica la prohibición de regreso para excluir aquellos casos en los que los daños fueron tardíos o existió un shock emocional.

A partir de aquí se dan unas exclusiones de imputación objetiva como son:

Disminución del riesgo

No creación del riesgo jurídicamente relevante

¹²⁵ - Roxin, Claus, "Finalidad E Imputación Objetiva", En Cuadernos De Política Criminal, N°40, 1990

"La Problemática De La Imputación Objetiva", En Cuadernos De Política Criminal, N°39, 1989

Incremento del riesgo permitido pero el sujeto realiza una acción lícita cumpliendo los reglamentos legales, pero, a pesar de ello, produce unas consecuencias dañosas

CLAUX ROXIN soluciona el problema de los comportamientos alternativos a derecho, complementando la teoría del fin protección de la norma en los delitos imprudentes Casos: 1.La provocación imprudente de suicidios , de autolesiones y de casos de auto puesta en peligro. Sin embargo CLAUX ROXIN rechaza dentro del fin de protección de la norma el principio de autonomía de la víctima en aquellos casos de:

- a. Deber de salvamento legal
- b. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.
- c. Los daños sobrevenidos posteriormente.
- d. El principio de atribución de los distintos ámbitos de responsabilidad ajena. (Donde un primer autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado, pero el resultado aparece determinado por un segundo comportamiento causal realizado dolosa o culpablemente).

Hace claridad en el plan del autor donde sitúa en la imputación al dolo en el tipo subjetivo diferenciando dentro de los casos de dolus generalis, aberratio ictus y las desviaciones del nexo causal. Será imputable el resultado cuando ha tenido lugar una desviación no esencial del riesgo, dado que era previsible ex ante que produjera el resultado.

Pero se plantea la crítica: el delito consumado doloso, no surge por la realización del plan del autor, sino porque el resultado, abarcado por el dolo, es la realización de un riesgo apreciable ex ante en la conducta del sujeto

1.4.3. IMPUTACION OBJETIVA DE GUNTHER JAKOBS

Para GUNTHER JAKOBS orienta la dogmática a fines de la pena (prevención general positiva).¹²⁶ El tipo objetivo posee dos niveles de imputación: primero, el nivel del comportamiento y segundo, la imputación de resultados. La imputación es idéntica en los delitos imprudentes y dolosos. La necesidad de una medida de valoración objetiva del injusto que vendrá determinada por los comportamientos estándares previstos en las normas; sin embargo, el riesgo desaprobado será necesario recurrir a factores subjetivos que tomen en consideración los conocimientos del autor.

GUNHER JAKOBS, Fundamenta la tipicidad de una conducta suprimiendo por completo la existencia de estructuras objetivas pre-jurídicas para garantizar la seguridad de las expectativas por relaciones sociales. Un comportamiento será relevante jurídico-penalmente cuando una conducta no cumpla las expectativas que emanan de la convivencia social, por lo que cada individuo ostenta una posición de garante respecto a estas expectativas que se derivan de los roles sociales, siendo indiferente que se trate de una conducta activa u omisiva.

Por ello los criterios de imputación objetiva tienen dos contenidos diferentes:

Imputación objetiva del comportamiento. Los criterios que ayudan a delimitar las conductas adecuadas son:

el riesgo permitido.

el principio de confianza

la prohibición de regreso

¹²⁶ Cancio Meliá, M., Teoría De La Imputación Objetiva, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigaciones De Derecho Penal, 1998 Traducción De Jakobs, Gunther. La Imputación Objetiva En Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1996

la competencia de la víctima.

b) Imputación del resultado. el resultado será imputable cuando ex post se puede comprobar que estas condiciones se realizan en el resultado porque han sido determinantes para el mismo.

a. Realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos

b. Comportamientos alternativos ajustados a Derecho

Pero se critica: la falta de una teoría general del resultado específico del injusto objetivo. El resultado un aumento cuantitativo de la objetivación del quebrantamiento de la norma

1.4.4. IMPUTACION OBJETIVA SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en sede de imputación objetiva ha manifestado: “En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.”.....” En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en

la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien

omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.”¹²⁷

Conservando la línea jurisprudencial la Corte Constitucional en sede del riesgo permitido y la elevación del mismo dentro de la imputación Ha sostenido: “El camino iniciado por Welzel hace más de medio siglo, es continuado en la actualidad por la moderna teoría de la imputación objetiva. De conformidad con ella, el riesgo permitido se convierte en un elemento general de lo injusto, predicable de toda forma de comportamiento humano (acción y omisión, dolo e imprudencia). Para determinar el riesgo, no es posible acudir a las fuentes formales tradicionales. La ley no puede delinear en todos sus aspectos las formas posibles en que se manifiestan los riesgos, porque este es un producto social. Los riesgos se legitiman históricamente¹²⁸ y son las relaciones sociales las que crean derecho. Con razón anota Welzel: “Un caso especial de la adecuación social es el riesgo permitido, que se distingue de otras conductas socialmente adecuadas, solamente por el grado de peligro para el bien jurídico”¹²⁹

¹²⁷ Sentencia Su.1184/01, Referencia: Expediente: T-282730.Peticionaria: Nory Giraldo De Jaramillo. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., Trece (13) De Noviembre De Dos Mil Uno (2001). Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil.Die Grundlagen Und Die Zurechnungslehre (Studienausgabe). “Auflage.Walter De Gruyter. Berlin.New York. 1993. Págs. 212 Y Ss. Günther Jakobs. La Competencia Por Organización En El Delito Omisivo. Universidad Externado De Colombia. Centro De Investigaciones De Derecho Penal Y Filosofía Del Derecho. Bogotá. 1994. Traducción De Enrique Peñaranda Ramos. Págs. 11 Y Ss. Günther Jakobs. La Imputación Penal De La Acción Y De La Omisión. Universidad Externado De Colombia. Centro De Investigaciones De Derecho Penal Y Filosofía Del Derecho. Bogotá. 1996. Págs. 11 Y Ss. Traducción De Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.Günther Jakobs. Acción Y Omisión En Derecho Penal. Universidad Externado De Colombia. Centro De Investigaciones En Derecho Penal Y Filosofía Del Derecho.Bogotá.2000. Págs.7 Y Ss. Traducción De Luis Carlos Rey Sanfis Y Javier Sánchez –Vera.

¹²⁸ Sentencia C-333/01 Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Di Grundlagen Und Die Zurechnungslehre. 2 Auflage. Walter De Gruyter. Berlin .New York. 1993. 7/36, Pág. 201. En El Mismo Sentido, Diethard Zielinski: Vorsätzliches Und Fahrlässiges Handeln. Trabajo Publicado En Kommentar Zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe Alternativkommentare. Luchterhand, Darmstadt. 1990. 15/100, Págs. 510, 511

¹²⁹ Sentencia C-333/01 Hans Welzel. Studien Zum System Des Strafrecht. Ob. Cit. Pág. 519

En conclusión, el principio de legalidad tiene un límite: la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente. Estas instancias pueden ser: el juez (en los tipos abiertos), las normas administrativas de inferior categoría a la ley y el derecho consuetudinario (en los tipos en blanco) y la legitimación histórica de los riesgos (en la moderna teoría de la imputación objetiva).”¹³⁰

1.4.5. IMPUTACION OBJETIVA SEGÚN CONSEJO DE ESTADO

Por su parte el Consejo de Estado ha sostenido en su línea jurisprudencial respecto de la imputación objetiva: “ Sobre el particular, la Sección ha puntualizado¹³¹:

“Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya

¹³⁰ Sentencia C-333/01 Referencia: Expediente D-3189, Demanda De Inconstitucionalidad Contra El Artículo 235 Del Código Penal, Modificado Por El Artículo 1º Del Decreto 141 De 1980. Actor: Sonia María Ospina Giraldo. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., Veintinueve (29) De Marzo De Dos Mil Uno (2001)

¹³¹ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia Del 26 De Marzo De 2009, Exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero. Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política¹³².

“Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una trasgresión se enmarca en una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de

¹³² Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia De Julio 12 De 1993, Expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

instrumentos e ingredientes normativos (v.gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)¹³³.

“En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser.

“En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño. De lo contrario, la

¹³³ “En La Responsabilidad Del Estado La Imputación No Se Identifica Con La Causalidad Material, Pues La Atribución De La Responsabilidad Puede Darse También En Razón De Criterios Normativos O Jurídicos” (Se Resalta) Sentencia Proferida Por La Sección Tercera Del Consejo De Estado, De 21 De Febrero De 2002 Expediente 14215. Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto.

“En ese orden de ideas, el hecho de analizar la un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto.

“En relación con la posibilidad de emplear la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho¹³⁴.

¹³⁴ “La Posición De Garante Trata De Dar Una Explicación Y Respuesta Teórica Y Coherente A La Cuestión De Cuáles Son Las Condiciones Que Deben Darse Para Que El No Impedir La Entrada De Un Resultado Sea Equiparable A La Causación Positiva Del Mismo. Según La Opinión Que Aquí Será Defendida, Sólo Se Puede Alcanzar Una Solución Correcta Si Su Búsqueda Se Encamina Directamente En La Sociedad, Pero Ésta Entendida Como Un Sistema Constituido Por Normas, Y No Si La Problemática Toma Como Base Conceptos Enigmáticos Basados En El Naturalismo De Otrora, Pues La Teoría De La Posición De Garante, Como Aquí Entendida, Busca Solucionar Solamente Un Problema Normativo-Social, Que Tiene Su Fundamento En El Concepto

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.¹³⁵”¹³⁶

De Deber Jurídico.” Cf. Perdomo Torres, Jorge Fernando “La Problemática De La Posición De Garante En Los Delitos De Comisión Por Omisión”, Ed. Universidad Externado De Colombia, 2001, Pág. 17 A 20. Ver Igualmente: López Díaz, Claudia “Introducción A La Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado De Colombia; Jakobs, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; Roxin, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos De La Estructura De La Teoría Del Delito”, Ed. Civitas. Ver. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹³⁵ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia De 4 De Octubre De 2007, Exp. 15567. Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹³⁶ Ver Igualmente: Sentencias De 15 De Octubre De 2008, Exp. 18586, De 20 De Febrero De 2008, Exp. 16996, De 1º De Octubre De 2008, Exp. 27268.

De Igual Manera, El Consejo De Estado Ha Sostenido Que Los Eventos Señalados En El Código Penal, Como Constitutivos De Posición De Garante, Son Igualmente Extensivos A La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Motivo Por El Cual Son Aplicables Para Definir En Qué Casos Un Daño Antijurídico Es Imputable A La Organización Estatal. Así Las Cosas, Las Causales De Posición De Garante, Para Efectos De Imputar Responsabilidad O Daños Causados, Se Encuentran Contenidas En El Artículo 25 Del Código Penal (Que Regula La Acción Y Omisión), Y Su Análisis Y Aplicación Puede Ser Traslado A La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Con Precisas Salvedades. Tales Circunstancias Son Las Siguietes:

“Son Constitutivas De Posiciones De Garantía Las Siguietes Situaciones:

1. Cuando Se Asuma Voluntariamente La Protección Real De Una Persona O De Una Fuente De Riesgo, Dentro Del Propio Ámbito De Dominio.
2. Cuando Exista Una Estrecha Comunidad De Vida Entre Personas.
3. Cuando Se Emprenda La Realización De Una Actividad Riesgosa Por Varias Personas.

4. Cuando Se Haya Creado Precedentemente Una Situación Antijurídica De Riesgo Próximo Para El Bien Jurídico Correspondiente.”

“Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada¹³⁷. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar¹³⁸.

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos – en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal

¹³⁷ “Ex Nigilo Nili Fit”. De La Nada, Nada.

¹³⁸ “Estas Posiciones De Garantía Están Acordes Constitucionalmente Con El Principio De Solidaridad, El Cual, Principalmente Viene Exigido Cuando Se Trata De La Protección De Bienes Jurídicos Relacionados Con La Vida E Integridad Personal... Sobre Esto Ha Dicho La Corte Constitucional: “La Solidaridad Es Un Valor Constitucional Que Sirve De Pauta De Comportamiento Conforme A La Cual Deben Obrar Las Personas En Determinadas Situaciones.” Los Deberes Constitucionales Son Patrones De Conducta Social Impuestos Por El Constituyente A Todo Ciudadano, Más No Exigibles, En Principio, Como Consecuencia De Su Mera Consagración En La Carta Política, Sino En Virtud De Una Ley Que Los Desarrolle.” Oviedo Pinto, María Leonor “La Posición De Garante”, Ed. Ediciones Ciencia Y Derecho, Bogotá, Pág. 138. Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Acción De Reparación Directa

constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado¹³⁹.” (negritas adicionales).

En otro pronunciamiento, en cuanto se refiere a la delimitación de la imputación fáctica, se reiteró la importancia de identificar en el plano causal el comportamiento jurídicamente relevante, así:

“La sola circunstancia o hecho material del arrollamiento con el vehículo, aunque teóricamente podría constituir un hecho de un tercero, y bien una hipótesis de solidaridad en los términos del artículo 2344 del C.C., en el caso sub examine, lo que se evidencia con claridad meridiana es que el comportamiento del conductor de la camioneta no fue relevante jurídicamente en atención al contexto del lugar, y a la posición y vestimenta del soldado que se mimetizaba con la hierba, todo lo cual conspiró en conjunto para el triste resultado de una vida que se vio frustrada; por el contrario, la causa adecuada o determinante del resultado no es otra diferente a la proyección de la falla del servicio en el iter o recorrido causal que dio al traste con la vida del uniformado, quien confiado en que se encontraba en una

¹³⁹ “En El Marco De Toda Imputación, Incluyendo La Jurídico Penal, Se Vinculan Un Suceso En El Mundo Y Un Destinatario De Imputación, De Tal Modo Que El Destinatario Aparece Como Aquel A Quien Pertenece El Suceso: Es Él Quien Lo Ha Creado O Ha Permitido Que Tuviese Lugar, Tanto Para Bien, En El Marco De La Imputación A Título De Mérito, Como En Lo Malo, En La Imputación A Título De Reproche.” (Se Destaca) Jakobs, Günter “La Imputación Objetiva En El Derecho Penal”, Ed. Universidad Externado De Colombia, Pág. 23.

Verconsejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

zona de descanso aún así fuera improvisada, pero que asumió era segura y por ello se entregó al sueño, de allí que tampoco en formal alguna cabría la hipótesis de culpa de la víctima.”¹⁴⁰

Postura reiterada en un fallo reciente, en el que se sostuvo¹⁴¹:

“Por consiguiente, no resulta procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a reclusos, sea suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles – por acción u omisión– a la Administración Pública, puesto que se requiere, además, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño. Lo anterior, en la medida en que sería posible que la causa directa, inmediata y material del daño radique en la actuación exclusiva de la propia víctima o la ocurrencia de una fuerza mayor.¹⁴²”

¹⁴⁰ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia 15 De Octubre De 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹⁴¹ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia De 7 De Octubre De 2009, Exp. 16990, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹⁴² Cf. Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia De 15 De Octubre De 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

En consecuencia, el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material y causal en la conducta de un tercero no quiere significar, en principio, que se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad a la administración pública, toda vez que aquél puede devenir imputable a esta última si su comportamiento fue relevante y determinante en el desencadenamiento del mismo, bien porque se contribuyó con una acción en la producción (v.gr. con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado.

Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, ya que dada su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o iii) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado.

Los anteriores ingredientes normativos y jurídicos tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales –propias de las ciencias naturales– frente a la asignación de resultados en las ciencias sociales (v.gr. el derecho). Por lo tanto, la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la

concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”¹⁴³. 144

De igual forma el consejo de Estado se ha pronunciado en sede de imputación objetiva cuando concurren dos fuentes de elevación del riesgo adoptando la postura de la sala civil de la Corte Suprema de justicia al señalar: “al establecer la causación del daño, en sede de imputación fáctica, es posible que entren en juego factores subjetivos vinculados con la trasgresión de reglamentos; el desconocimiento del principio de confianza; la posición de garante; la vulneración al deber objetivo de cuidado, o el desconocimiento del ordenamiento, entre otros, sin embargo los mismos no enmarcan la controversia en el plano de la falla del servicio, sino que serán útiles a efectos de establecer el grado de participación de

¹⁴³ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹⁴⁴ **Ver. (Misma Línea Argumentativa En La Jurisprudencia). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Nueve (9) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 66001-23-31-000-1998-00569-01(19385). Actor: Jorge Eliecer Marin Y Otros. Demandado: Municipio De Marsella. Referencia: Accion De Reparacion Directa**

cada agente en la producción del daño y, por lo tanto, si es posible imputarlo objetivamente¹⁴⁵ a uno de los intervinientes o, si por el contrario, debe graduarse proporcionalmente su participación.

En esa medida, lo fundamental al momento de establecer la imputación en este tipo de escenarios, es determinar cuál de las dos actividades riesgosas concurrentes fue la que, en términos causales o fácticos, desencadenó el daño, es decir, desde un análisis de imputación objetiva concluir a quién de los participantes en las actividades peligrosas le es atribuible la generación o producción del daño.

Por consiguiente, en aras de fijar la imputación del daño en estos supuestos, no resulta relevante determinar el volumen, peso o potencia de los vehículos automotores, así como tampoco el grado de subjetividad con que obró cada uno de los sujetos participantes en el proceso causal, sino, precisamente, cuál de las

¹⁴⁵ “Karl Larenz, Partiendo Del Pensamiento De Hegel, Desarrolla Una Teoría De La Imputación Objetiva Para El Derecho Civil...Larenz Acuñó El Concepto “Imputación Objetiva” Para Hacer Notar Que La Cuestión De La Imputación Puede Discutirse En Primer Lugar, Independientemente Del Problema Del Valor Moral De Una Acción... Larenz, Además De Criticar Las Teorías Que Pretenden Explicar Los Fenómenos Jurídicos Con Base En Conceptos Provenientes De La Naturaleza, Considera Que La Misión De La Imputación Objetiva Ha De Ser “... El Juicio Sobre La Cuestión De Si Un Suceso Puede Ser Atribuido A Un Sujeto Como Propio...” Así, Entonces, Para Larenz “...La Imputación Objetiva No Es Más Que Un Intento Por Delimitar Los Hechos Como Propios De Los Acontecimientos Accidentales...” Cuando Se Señala Que Alguien –Dice Larenz– Es Causante De Un Determinado Hecho, Se Está Afirmando Que Ese Acontecimiento Es Su Propia Obra, Su Propia Voluntad, Y No Un Suceso Accidental. Pero, ¿Qué Circunstancias Permiten Imputarle A Un Sujeto Un Suceso Como Obra Propia? Si Se Acude A La Relación Causal Se Fracasaría, Porque Conforme A La Teoría De La Condición No Puede Tomarse Una Sola De Ellas, Pues Todas Las Condiciones Tienen Idéntico Valor.” López, Claudia “Introducción A La Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado De Colombia, Bogotá, 1996, Pág. 52 Y 53.

Ver. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero .Bogotá, D. C, Veintitrés (23) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 05001-23-32-000-1995-00809-01(19007). Actor: Nora Lucia Alzate Tapias Y Otros. Demandado: Departamento De Antioquia. Referencia: Accion De Reparacion Directa

dos actividades riesgosas que estaban en ejercicio fue la que materialmente concretó el riesgo y, por lo tanto, el daño antijurídico.

Al respecto, la doctrina ha indicado:

“Reiteramos la idea de que la neutralización o compensación de presunciones carece de sustento normativo y responde exclusivamente a la voluntad del intérprete. Constituye, si se quiere, un argumento endeble, que procura limitar injustificadamente los alcances de la doctrina del riesgo creado, procurando reducirla a su mínima expresión. Ello no se compeadece con la amplitud de los términos del art. 1113 del Cód. Civil.

“La doctrina del riesgo creado es el factor de atribución que debe regular la responsabilidad por el hecho de las cosas; es el principio rector de la materia, siendo dable propiciar las interpretaciones extensivas para cubrir todo supuesto en el cual se controvierta su aplicación. Por eso, resulta inaceptable y arbitrario pretender excluirla cuando se trata de daños causados por la colisión de vehículos automotores. Si la presunción de responsabilidad que pesa sobre el dueño y guardián juega cuando es un automóvil en movimiento el que causa el daño a un peatón o a bienes de un tercero, no puede ser diferente la solución cuando el detrimento se produce como consecuencia de haberse producido una colisión con otro vehículo...

“(...) Adviértase que cuando existe concurrencia de culpas probadas a nadie se le ocurriría sostener la aplicación de un factor de atribución diferente. ¿Hay alguna razón que pueda justificar una solución distinta cuando la responsabilidad es imputable a título de riesgo creado? Pensamos que no.

“La tesis que rechazamos parece ignorar la realidad que se advierte día a día en casi todos los accidentes de automotores, en donde la prueba del reproche

subjetivo suele ser en extremo difícil. Basta con pensar en lo complicado que resulta determinar, muchas veces, al culpable en un choque a ruta abierta, cuando transcurren varios minutos hasta que llega un tercero que pueda prestar auxilio; la carencia de testigos y, posiblemente, la falta de dictamen pericial concluyente, suelen llevar, dentro del pretendido régimen de culpa probada, a dejar los daños sin resarcimiento, lo cual, amén de ser inaceptable, está en pugna con la idea central que surge del art. 1113, párrafo segundo, e implica un retroceso en esta materia.”¹⁴⁶

“(…) Eso conduce a rechazar no sólo el sistema de la neutralización, que acude al artículo 1382 del Código Civil y exige la prueba de la culpa, sino también aquellas tesis que, aun admitiendo la aplicación acumulativa de las presunciones de responsabilidad, y combatiendo por tanto la neutralización, pretenden que cada uno de los guardianes no debe reparar sino una fracción del daño sufrido por el otro.

“Es inexacto todo sistema que no condene a cada uno de los guardianes a la reparación de la totalidad del daño sufrido por el otro. Poco importa el modo de reparación adoptado: constitución de una masa de perjuicios y reparto de esa masa por la mitad (1); constitución de una masa y distribución desigual, derivada del examen del vínculo de causalidad (2); u obligación de reparar cada uno la mitad o una fracción variable sufrido por el otro.”¹⁴⁷

En esa perspectiva, en cada caso concreto, el juez apreciará en el plano objetivo cuál de las dos actividades peligrosas fue la que concretó el riesgo creado y, por lo tanto, debe asumir los perjuicios que se derivan del daño antijurídico. En ese orden de ideas, el operador judicial a partir de un análisis de imputación objetiva

¹⁴⁶ Pizarro, Ramón Daniel “Responsabilidad Civil Por El Riesgo O Vicio De Las Cosas”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, Pág. 549 A 551.

¹⁴⁷ Mazeau, Henri Y León Y Tunc, André “Tratado Teórico Y Práctico De La Responsabilidad Civil”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Tomo II, Vol. II, Buenos Aires, 1963, Pág. 140.

determinará cual de los dos o más riesgos concurrentes fue el que se concretó y, en consecuencia, desencadenó el daño; a estos efectos, la violación al principio de confianza 148 y elevación del riesgo permitido 149 se convierte en el instrumento determinante de cuál fue la actividad que se materializó. En otros términos, el régimen, fundamento, o título de imputación de riesgo excepcional, cuando existe colisión o simultaneidad de actividades peligrosas se configura y delimita a partir de un estudio de riesgo creado en sede de la imputación fáctica,

¹⁴⁸ “El Principio De Confianza Encuentra Uno De Sus Fundamentos En El Principio De Autorresponsabilidad. La Principal Consecuencia Es La De Que El Ámbito De Responsabilidad De Cada Uno Se Limita A Su Propia Conducta, Y Sólo Bajo Especiales Circunstancias Se Extiende A Las Actuaciones De Otro. Por Regla General, Cada Uno Debe Orientar Su Conducta De Tal Forma Que No Lesione Bienes Ajenos; Pero No Es Su Deber Preocuparse Por Que Los Demás Observen El Mismo Comportamiento. En Virtud Del Principio De Autorresponsabilidad, Generalmente Sólo Se Responde Por El Hecho Propio, Mas No Por El Hecho Ajeno.

“En Todo Contacto Social Es Siempre Previsible Que Otras Personas Van A Defraudar Las Expectativas Que Se Originan En Su Rol. No Obstante, Sería Imposible La Interacción Si El Ciudadano Tuviese Que Contar En Cada Momento Con Un Comportamiento Irreglamentario De Los Demás. Se Paralizaría La Vida En Comunidad Si Quien Interviene En Ella Debe Organizar Su Conducta Esperando Que Las Otras Personas No Cumplirán Con Los Deberes Que Les Han Sido Asignados. El Mundo Está Organizado De Una Forma Contraria. Pese A Que Se Presentan Frecuentes Defraudaciones, Quien Participa En El Tráfico Social Puede Esperar De Las Otras Personas Un Comportamiento Ajustado A Sus Status; Él Puede Confiar En Que Los Otros Participantes Desarrollarán Sus Actividades Cumpliendo Las Expectativas Que Emanan De La Función Que Le Ha Sido Asignada.” López Díaz, Claudia “Introducción A La Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado De Colombia, Bogotá, Pág. 120 Y 121. (Negrillas Adicionales).

¹⁴⁹ “Ciertamente, Los Avances Tecnológicos Que Ha Venido Consiguiendo El Ser Humano Desde Sus Orígenes Han Repercutido En Un Mejor Nivel De Vida Social Pero Con Ellos También Ha Aumentado En Similar Proporción Los Riesgos A Los Cuales Diariamente Se Expone La Comunidad... Para Que Un Riesgo Pueda Ser Considerado Como Permitido No Basta Tan Solo Que La Actividad De La Cual Emane Represente Considerables Beneficios Sociales Frente A Un Mínimo De Peligrosidad Sino Que Es Indispensable La Absoluta Indeterminación De Las Potenciales Víctimas De Ese Riesgo Residual... Como Postulado General Puede Entonces Decirse Que Todas Aquellas Actividades Desarrolladas Dentro De Lo Que Socialmente Se Considera Un Riesgo Permitido No Pueden Dar Lugar A Reproche Jurídico De Ninguna Naturaleza, Aun En El Evento De Que Generen Lesiones A Particulares; Por El Contrario, Son Desaprobadas Todas Aquellas Conductas Que Exceden El Riesgo Permitido, Lo Cual Cobija No Solo Aquellas Actividades Que Han Sido Desplegadas A Pesar De Ser Socialmente Prohibidas, Sino También Las Que Siendo Toleradas Han Sido Ejecutadas Sin La Observancia De Las Normas De Cuidado Previamente Establecidas Para La Minimización Del Riesgo... Contra Lo Que Un Sector Minoritario De La Doctrina Sostiene, La Inclusión De Una Conducta Dentro Del Riesgo Permitido Es Absolutamente Independiente Del Aspecto Subjetivo Que Haya Motivado Al Autor A Desarrollarla... El Aspecto Subjetivo No Es Lo Determinante Al Momento De Establecer La Permisi3n De Un Riesgo Que Puede Verse Claramente En Otros Ejemplos De Nuestra Vida Diaria...” Reyes, Yesid “Imputación Objetiva”, Ed. Temis, Bogotá, 1996, Pág. 90 Y S.S.

que supone un examen objetivo, desprovisto de cualquier relevancia subjetiva (dolo o culpa), dirigido a identificar la circunstancia material que originó la concreción del peligro.”¹⁵⁰151

¹⁵⁰ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero .Bogotá, D. C, Veintitrés (23) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 05001-23-32-000-1995-00809-01(19007). Actor: Nora Lucia Alzate Tapias Y Otros. Demandado: Departamento De Antioquia. Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹⁵¹ Ver (Mismo Argumento Línea Jurisprudencial) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Catorce (14) De Abril De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 76001-23-31-000-1996-03847-01(18967). Actor: Marco Tulio Cifuentes Ramirez Y Otro. Demandado: Corporacion Autonoma Regional Del Valle Del Cauca Y Otro. Referencia: Accion De Reparacion Directa

CAPITULO CUARTO

1. POSICION DE GARANTE

Catalogada como la comisión por omisión u omisión impropia por la doctrina, la posición de garante está prevista en el código penal colombiano¹⁵² de manera restringida frente a determinados bienes jurídicos tutelados, sin embargo, para fortuna del desarrollo del presente trabajo, en el desarrollo del ejercicio de la odontología el bien jurídicamente tutelado que más es objeto de afectación es la vida y la integridad personal, el cual se encuentra dentro de los contemplados en el ordenamiento penal vigente.

El concepto de garante se edifica en que “Toda omisión delictiva es, en consecuencia, una infracción de un deber de actuar de determinada forma.”¹⁵³

¹⁵² Artículo 25. Acción Y Omisión. La Conducta Punible Puede Ser Realizada Por Acción O Por Omisión.

Quien Tuviere El Deber Jurídico De Impedir Un Resultado Perteneciente A Una Descripción Típica Y No Lo Llevare A Cabo, Estando En Posibilidad De Hacerlo, Quedará Sujeto A La Pena Contemplada En La Respectiva Norma Penal. A Tal Efecto, Se Requiere Que El Agente Tenga A Su Cargo La Protección En Concreto Del Bien Jurídico Protegido, O Que Se Le Haya Encomendado Como Garante La Vigilancia De Una Determinada Fuente De Riesgo, Conforme A La Constitución O A La Ley.

Son Constitutivas De Posiciones De Garantía Las Siguintes Situaciones:

1. Cuando Se Asuma Voluntariamente La Protección Real De Una Persona O De Una Fuente De Riesgo, Dentro Del Propio Ámbito De Dominio.
2. Cuando Exista Una Estrecha Comunidad De Vida Entre Personas.
3. Cuando Se Emprenda La Realización De Una Actividad Riesgosa Por Varias Personas.
4. Cuando Se Haya Creado Precedentemente Una Situación Antijurídica De Riesgo Próximo Para El Bien Jurídico Correspondiente.

Paragrafo. Los Numerales 1, 2, 3 Y 4 Sólo Se Tendrán En Cuenta En Relación Con Las Conductas Punibles Delictuales Que Atenten Contra La Vida E Integridad Personal, La Libertad Individual, Y La Libertad Y Formación Sexuales.

Ley 599 De 2000 (Julio 24) Diario Oficial No. 44.097 De 24 De Julio Del 2000

¹⁵³ Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal.

España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 59.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=60](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=60)

Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

Es un deber que el mismo ordenamiento jurídico ha previsto “De este modo, los delitos omisivos lesionan el bien jurídico protegido a través de la infracción del deber de actuar de forma determinada.”¹⁵⁴

De ahí que “estos delitos se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debió hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en evitación del resultado típico (de lesión o de concreto peligro del bien jurídico).¹⁵⁵

La relación de la imputación objetiva en posición de garante se ubica en que “La omisión impura o impropia se caracteriza por las siguientes notas:

¹⁵⁴ Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal. España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 59.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=60](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=60)
Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

¹⁵⁵ Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal. España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 62.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=62 - 63](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=62-63)
Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved. 29
Se Puede Apreciar A Ampliamente, Huerta Tocildo, Problemas Fundamentales De Los Delitos De Omisión, Cit., Pp. 26 Ss., 75 Ss., 141 Ss. Y 281 Ss. Romeo Casabona , Los Delitos De Comisión Por Omisión: Delimitación, Insuficiencias Y Perspectiva Político-Criminal, En Vvaa, Política Criminal Y Reforma Penal, Homenaje A La Memoria Del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal, 1993, Pp. 925 S. Vid. Gimbernat Ordeig, Comentario A Bacigaluo Zapater , Delitos Impropios De Omisión, En Adpcp, 1970, Pp. 724 Ss.; Silva Sánchez, El Delito De Omisión, Concepto Y Sistema, 1986; M.A., La Responsabilidad Penal Del Médico Por Omisión, En La Ley, 1987 / 1, Pp. 955 Ss.; M.A., Causación De La Propia Muerte Y Responsabilidad Penal De Terceros, En Adpcp, 1987, Pp. 451 Ss.; M.A., Problemas Del Tipo De Omisión Del Deber De Socorro, En Adpcp, 1988, Pp. 561 Ss.; M.A., Aspectos De La Comisión Por Omisión: Fundamento Y Formas De Intervención, En Cpc, 1989, Pp. 367 Ss.; M.A., Muerte Violenta Del Recluso En Un Centro Penitenciario, En Adpcp, 1991, Pp. 561 Ss.; M.A., Política Criminal Y Reforma Legislativa En La Comisión Por Omisión, En Vvaa, Política Criminal Y Reforma Penal, Homenaje A La Memoria Del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal, 1993, Pp. 1069 Ss.; M.A., Comisión Y Omisión: Criterios De Distinción, En Vvaa, La Comisión Por Omisión, En Cdj, Núm. 23, 1995, Pp. 11 Ss.

- a) La omisión es causa del resultado conforme a la aplicación de la fórmula de la conditio sine qua non .
- b) La comisión por omisión encuentra su concreto marco de aplicación en los denominados delitos resultativos, que son aquellos que prevén tan sólo el resultado típico, omitiendo la descripción de la acción que debe producir dicho resultado.
- c) El deber específico y formal del garante sólo puede proceder de un listado o catálogo cerrado y taxativo que permita deducirlo en cada caso concreto, evitando así indeseables interpretaciones expansivas.”¹⁵⁶

Por eso del juicio de imputación que se produce en el tipo nace la omisión, cuando la atribución corresponde a la no realización de un actuar necesario para la protección del bien objeto de infracción

Es posición de garante la que obliga a la protección del bien “la posición de garante Este requisito constituye el trascendental fundamento jurídico que opera como basamento de la equiparación de la omisión impropia a un supuesto de acción, bajo el sustento de que, en ciertas situaciones, la protección del bien jurídico.

¹⁵⁶ Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal. , España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 62.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=63](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=63)

Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

.El Autor Cita A Vid., Ampliamente Sobre La Causalidad En Los Delitos De Omisión Impropia, Gimbernat Ordeig , La Causalidad En La Omisión Impropia Y La Llamada Omisión Por Comisión, En Adpcp, 2000, Pp. 29 Ss. 140 G Ómez B Enítez , Teoría Jurídica Del Delito, Derecho Penal, Parte General, Cit., P. 586.

1.1. FUENTES DE POSICION DE GARANTE

La evolución dogmática de la posición de garantía parte de “Feuerbach (1826), quien, desde una perspectiva formal, consideró solamente a la ley y al contrato como fuentes del deber de actuar; siendo, a la postre, Stübel (1828) quien aludió por vez primera al hecho anterior (injerencia) como otro fundamento para obligar a intervenir”¹⁵⁷

Correspondiendo éstos tres elementos, la ley, el contrato y la injerencia las fuentes sobre las cuales se construye la posición de garantía.

En el ejercicio de la odontología vemos como la ley en concreto determino unos deberes objetivos sobre los cuales el odontólogo tiene que impedir el resultado lesivo por estar dentro de la órbita de su posibilidad jurídica de evitarlo.

El contrato en la relación profesional paciente, conlleva de igual forma a asumir la protección del bien jurídico de la integridad física, generando responsabilidad del comportamiento omisión que conlleve al resultado lesivo.

Es precisamente, Armin Kaufmann,”quien generó un significativo vuelco hacia una distinción material de las fuentes de posiciones de garante, destacando deberes:

a) de asistencia (función de protección de un bien jurídico);

¹⁵⁷ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal.

Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 70.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=70](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=70)

Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

El Autor Cita A 13. Cfr. J Escheck , Pg, § 59, Iv. 1, P. 564. De Lo Expuesto Se Deriva, Gene Ralmente, La Conclusión De Que Los Tipos Omisivos Impropios Sean Considera Dos Como Tipos Especiales Propios, De Acuerdo Al Círculo De Garantes Admisible (Cfr., P. Ej., W Elzel , Dpalemán, § 2 8 , 1, P. 247). 1 4 Cfr. B Acigalupo , Delitos Impropios..., Cit., Cap. I, § 1, Ps. 19 Y 20. 1 5 Ídem, § 6, Ps. 38 Y 39. 1 6 Cfr. P. Ej., S Ole R , Ob. Cit., T. 1, § 25, li, Ps. 385 Y Ss.

b) de aseguramiento o control (de una fuente de peligro).” 158

1.2. POSICIONES DE GARANTE EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

Ese deber de asistencia se ha mantenido en el diseño de las posiciones de garantía que actualmente consagra el código penal Colombiano en su artículo 25 a saber:

“Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente “

¹⁵⁸ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal.

Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 72.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=72](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=72)

Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

El Autor Cita A Pues Muchos Autores Procuran Conjuguar La Con Las Fuentes (Materiales) Que Seguidamente Destacamos. Así, Jescheck (Pg, § 59, Iv.2, P. 565); Y Mauraeh, Góss El Y Z I Pf (P G, § 4 6, N M. 6 4 , P . 2 5 0) . Sobre El Particular , No Considero Desacertado Concluir Que Aquellos Juristas Que Analizan La Posición De Garante En Torno A Legislacion Es Donde R Ige La Cláusula De Comisión Por Omisión Elaboran, Aun Sin Destacarlo Expresamente, Una Tesis Formal Material Sobre Posiciones De Garante. 1 8 Cfr. Sobre Este Autor, P. Ej., B A C Ig A Lu P O , Delitos Impropios..., Eit, Cap. I I I , § 3, Ps. 1 1 1 Y Ss. 1 9 Seguimos Aquí Las Clasificaciones Desarrolladas Por J Es Ch E C K (P G , § 5 9 , I V, P S. 5 6 4 Y Ss .) , Y Mi R P Ui G (P G, Lección 12, Nms . 43 Y S S . , Ps . 308 Y Ss.). 20 Sépase Que Esta Fuente De Deber S E H A Estimad Viable Aun Por Fuera De Un Vínculo De Sangre O Familiar . Así , P. E J . , El T O C N ° 2 4, En La Causa, " Suárez, Marcelino Y Otra", R T A. El 1 2/ 9/ 94, Donde Se Sostuvo Esta Posición De Garante Respecto De Una Pareja Que Quedó Al Cui Dado De Una Niña Que Les Fuera Entregada Por Su Propia Madre. La Opción Más Plausible, Según Mi Opinión ,Debería Haber Sido La Asunción Voluntaria , Que Veremos Más Abajo.

Para GOMEZ BENITEZ, “se hace preciso establecer unos límites al pensamiento de la injerencia para evitar desproporcionadas consecuencias expansivas y criminalizadoras. Tales límites no son otros que los siguientes:

a’) La preceptiva relación de adecuación entre el peligro creado y el resultado, y ello para que la responsabilidad sólo alcance aquellos resultados objetivamente previsibles y evitables por el omitente.

b’) El precedente actuar del omitente debe estar en contradicción con el Derecho, ya que si el peligro se hubiese generado por una conducta conforme a Derecho, se reputará de origen fortuito y no generará, por tanto, ningún deber especial de garantizar la indemnidad del bien jurídico tutelado”

Mientras que el deber de aseguramiento se ubica en las causales 2° y 4° del precitado artículo

“2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. “

JUAN MANUEL SORIA¹⁵⁹ advierte las posturas de garantía que asume Jakobs, en el fundamento de los deberes según su responsabilidad, por organización, o por la exigencia institucional, en delitos de infracción de deber.

¹⁵⁹ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal.

Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 73.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=73](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=73)

Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

El Autor Cita A La Fuente Jurídica Formal Es Secundaria Para Él. Cfr. Sobre Ello, Y Para Lo Que Sigue, Jakobs , Pg, 29/28

1.3. POSICION DE GARANTE SEGÚN GUNTHER JAKOBS

Jakobs, en el nivel de organización adopta “los deberes de relación y por injerencia (preocupación del sujeto para que su ámbito de organización no produzca efectos dañinos). Los deberes de salvación, en donde el ámbito de organización propio se extiende a efectos de inhibir cursos causales peligrosos. La asunción de deberes, que surge frente al compromiso de cumplimentar una expectativa en una situación concreta (v.gr., el caso del guía de montañas y el turista inexperto). Por último, el deber de impedir autolesiones, donde —dentro del ámbito de organización— la contribución a la víctima puede significar una verdadera lesión (v.gr., el cooperador que no actúa es garante ante el sujeto pasivo por la evitación de su daño; casos de autoría mediata por omisión; y supuestos en los que la víctima, sin ser instrumento, no puede consentir eficazmente la actitud lesiva de un tercero).” 160

1.4. TEORIAS DE POSICION DE GARANTE

Siendo adoptada por la doctrina dominante la teoría de la causalidad hipotética según la cual el garante omisivo no causa el resultado, por lo tanto la imputación

¹⁶⁰ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal.

Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 73.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=73](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=73)

Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

El Autor Cita A, Jakobs Ps. 970 Y Ss., Y "La Competencia Por Organización En El Delito Omisivo. Consideraciones Sobre La Superficialidad De La Distinción Entre Comisión Y Omisión", En, Del Mismo Autor, Estudios De Derecho Penal, Trad. De Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, 1997, Cap.

13, Ps. 347 Y Ss. Actualmente Sigue A Jakobs En Su Clasificación De Garantes, P. Ej., B Acigalupo , Pg, § 86, Nm. 1134, Ps. 553 Y 554; También En "La Regulación...", Cit., Ap. Vi, P. 27. 23 Cfr., P. Ej., J Akobs , Günther, "La Omisión: Estado De La Cuestión", Trad. De Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, En S Ilva S Ánchez , Jesús M. (Ed.), Sobre El Estado De La Teoría Del Delito, Civitas, Madrid, 2000, Ap. I I, Ps. 135 Y Ss . ; Del Mismo , La Imputación . . . , C I T . , Passim . 24 Que Jakobs Toma De Roxin (C Fr . Infra , Nota 3 3 De Este Capítulo) .

del tipo objetivo se fundamenta en acreditar que si el garante hubiere realizado la conducta omitida, podría en consecuencia evitar el resultado.

Por lo tanto se debe acreditar "una probabilidad rayana a la seguridad— o certeza— que, a través de la conducta debida."¹⁶¹

No obstante se han desarrollado la teoría material o de las funciones que adopta los deberes de asistencia las relaciones entre padres e hijos menores, el deber de controlar la fuente de peligro, surge en los supuestos de injerencia.

Para "SCHUNEMANN, a su vez, pasa a denominar, a esta capacidad de evitación del resultado, dominio sobre la causa del resultado, elemento a partir del cual deduce y extrae, a su vez, el ulterior elemento de la posición de garante¹⁶²

¹⁶¹ Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal.

Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009. P 76.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=76](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&Ppg=76)

Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

El Autor Cita A. 29 C Fr ., P O R T O D O S, Con U N Acabado Desarrollo Histórico -Evolutivo , G Imbe Rnat Ordeig , Enrique, La Causalidad En La Omisión Impropia Y La Llamada "Omisión Por Comisión " , Rubinzal -Culzoni , Santa Fe , 2 0 0 3 , A P . I I , P S. 9 Y Ss. De Otra Opinión , Hoy E N Día , Sancinetti , Casos . . . , C I T . , T . 1 , Excurtis , 3 , Quien Sostiene Que ". . . Hay Que Tener E N Cuenta Que Ciertas Omisiones, Incluso Ya En Sentido Naturalista , Resultan Causantes Del Resultad O . . . " (P . 2 9 4 , Cursiva En El Origina L); Lo Cual , ". Ocurre Cuando El Omitente Interviene Causa/Mente , Por El Hecho De Que Su Cuerpo Se Halla , Al Momento Del Hecho , Condicionando El Suceso Que No Evita (Ídem Anterior) . Su Construcción Actual , Hay Que Tener En Cuenta , Ciertamente Se Inclina Por La Regla De Quebrantamiento De La Norma De Jakobs Para Sostener La Equivalencia Entre Acción Y Omisión Desde El Disvalor De Conducta (C Fr . Í D E M , N O T A 8 3 , P S. 2 9 4 Y Ss. ; También T . 3 , C A P . I I , " Prolegómenos" , P S. 1 0 7 Y S S.) . 30 C Fr. Mirpuig , Pg, Leccion 1 2 , N M. 7 7 , P S. 3 1 7 Y Ss.; Jeschec K , Pg, § 59, Iii.4 , Ps. 563 Y Ss.; F Landaca -M Usc O , Ob. Cit., Parte Cuarta, Ca P. 1 , Sezione I I , I. B.6 , P S. 5 5 4 Y Ss. : Muñoz Conde -García Ar An , Pc, Ca P. Xi V, A P. 5 , P . 2 4 4 ; Zaffaroni , Alagia Y S L Ok A R L O D E N O M I N A N " N E X O D E E Vi Ta C I Ó N " (Pg . § 3 9 , 1 .5 , P. 5 4 6); Del Mismo Modo, Riohi -F E R Ná Nde Z , Ob . C I T . , Ca P. I X, § 3 , A P. D, P S. 2 6 5 Y 2 6 6 .

¹⁶² Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal.

España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 72.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=72-73](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=72-73)

Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

El Autor Cita A W Elzel , Zur Problematik Der Unterlassungsdelikte, En Jz, 1958, Pp. 494 Ss. Cfr. Romeo Casabona , Los Delitos De Comisión Por Omisión: Delimitación, Insuficiencias Y

1.5. EL CONSENTIMIENTO EXCLUYENTE DE LA POSICION DE GARANTE

Pero es importante dejar en claro que la posición de garantía se ve excluida no precisamente por la ausencia del deber jurídico de impedir el resultado sino por la connotación particular del sujeto pasivo de la conducta en los casos de aceptación del riesgo. Tal y como advierte del Rosal Blasco, “no se halla desamparado quien, de forma libre y voluntaria, se ha situado en una posición de riesgo, al menos hasta el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir”.

Un ejemplo en particular; “un escalador que durante el ascenso a una montaña sufriera la rotura de la cuerda de seguridad y se mantuviese sujeto a la roca sólo por la frágil fuerza de sus dedos, sí se encontraría desamparado y en peligro manifiesto y grave, con independencia de que el auxilio fuese o no exigible a tenor de la presencia de un eventual riesgo para sus rescatadores.”¹⁶³ Pero puede presentarse la ausencia de solicitud de auxilio que “resulta también del tratamiento que deba darse a aquellos supuestos en los cuales el necesitado, pudiendo hacerlo, no solicite el socorro.”¹⁶⁴

Perspectiva Político-Criminal, Cit., P. 929. S Chünemann , Grund Und Grenzen Der Unrechten Unterlassungsdelikte, 1971, Pp. 236 Ss. Cfr. R Omeo C Asabona , Los Delitos De Comisión Por Omisión: Delimitación, Insuficiencias Y Perspectiva Político-Criminal, Cit., P. 929. Cfr. R Omeo C Asabona , Los Delitos De Comisión Por Omisión: Delimitación, Insuficiencias Y Perspectiva Político-Criminal, Cit., P. 929.

¹⁶³ Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal. España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 154.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=155](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=155)

Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

El Autor Cita A Del Rosal Blasco , En Cobo Del Rosal (Coord.), / Carmona Salgado / González Rus / M Orillas Cueva / Quintanar Díez / Del Rosal B Lasco , Derecho Penal Español, Parte Especial, Cit., P. 332. A Ráuz Ulloa , El Delito De Omisión Del Deber De Socorro, Aspectos Fundamentales, Cit., P. 337.”

¹⁶⁴ Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal. España: J.M. Bosch Editor, 2009. P 155.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=156](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&Ppg=156)

1.6. POSICION DE GARANTE SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para la Corte Constitucional Colombiana: "Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplió, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas."¹⁶⁵

1.7. POSICION DE GARANTE SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha señalado: "Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el

Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

¹⁶⁵ Sentencia C-1184/08, Referencia: Expediente D-7306, Demanda De Inconstitucionalidad Contra El Artículo 424 De La Ley 599 De 2000 "Por La Cual Se Expide El Código Penal", Demandantes: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Julián Andrés Durán Puentes Y Edgar Saavedra Rojas.

Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D.C., Tres (3) De Diciembre De Dos Mil Ocho (2008).

deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura.

Bajo el título de “Acción y omisión”, el artículo 25 del Código Penal del 2000 -Ley 599- dice:

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo,

quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La primera –incisos 1º y 2º-, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional posición de garante, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante.

La segunda –inciso 3º con sus cuatro numerales, y párrafo– alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la posición de garante comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3º del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el párrafo del artículo, esos cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales.

Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente. No obstante la nitidez de lo anterior para concluir en la existencia de las dos partes mencionadas en torno a la posición de garante, si fuera necesario, recuérdese el

decurso de la teoría desde los albores de la confección del Código Penal hasta su culminación en el texto del artículo 25.

En la Gaceta del Congreso número 189, del 6 de agosto de 1998, se encuentra la “Exposición de Motivos” del proyecto de ley que luego se convertiría en el Código Penal del año 2000. Se lee:

Se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión. Con ello se lleva al texto legal las recomendaciones de la doctrina acerca de una regulación expresa de la materia y en lo posible de las llamadas posiciones de garantía. Constitucionalmente rige el principio de solidaridad, el cual, principalmente, viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal (artículos 1° y 95 numeral 2° de la Carta Política); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas.

Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional:

“La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones”.

“Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, mas no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica”.

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo... Pero el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de

la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental”.

Y allí mismo, en el articulado que se somete a consideración del Congreso, siguiendo esas directrices, el proyecto de disposición fue redactado así:

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo hiciere, pudiendo hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en el respectivo tipo penal. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes circunstancias:

1. Cuando así lo establezca la Constitución o la ley.
2. Cuando se asuma voluntariamente la protección de una persona o de una fuente de peligro.
3. Cuando exista una comunidad estrecha de vida entre parejas.
4. Cuando se emprenda la realización de una actividad peligrosa por varias personas.
5. Cuando se haya creado precedentemente una situación de peligro.

En un comienzo, entonces, en la norma fueron previstas cinco (5) situaciones constitutivas de posición de garante, y sin duda alguna la primera de ellas tenía un alcance genérico, condicionado sólo a que el deber de protección de bienes jurídicos, reclamado a cualquier persona, se supeditaba únicamente a que así hubiera sido reglado expresamente por la Constitución Política o por la ley.

En la Gaceta del Congreso número 280, del 20 de noviembre de 1998, para efectos de la Ponencia para Primer Debate en el Senado de la República, se introdujeron modificaciones a la redacción, así:

Se agregó, como inciso segundo, la siguiente expresión:

La acción u omisión se excluyen por caso fortuito o fuerza mayor.

Se trasladaron las mismas cinco (5) circunstancias constitutivas de posiciones de garantía, y se adicionó un párrafo del siguiente tenor:

Parágrafo. En tratándose de los numerales 2, 3, 4 y 5 sólo tendrán efecto para la ley penal respecto de los delitos que atenten contra la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales.

Como se observa, la referencia a esos específicos delitos fue establecida solamente para los números 2 a 4, de donde se desprende que la circunstancia número 1 (“Cuando así lo establezca la Constitución o la ley”) fue excluida de esa limitante, es decir, que su aplicación genérica (y no solo para los concretos comportamientos delictivos señalados) fue prevista desde un comienzo.

Esa conclusión también nace de los fundamentos que tuvo el legislador para sustentar las modificaciones. Se dijo entonces:

En Colombia desde hace mucho tiempo se ha adoptado el sistema de la cláusula general de transformación o “equiparación” (inciso 2° del artículo 21 del Código penal [de 1980, se aclara]), no obstante, las llamadas posiciones de garantía se han regido por un sistema de “numerus apertus”, quedando, sin duda alguna y como corresponde a un tipo abierto, en manos del operador jurídico el señalamiento de las situaciones y relaciones especiales que dan origen a las posiciones de garantía.

Pero además, nuestra Carta Política es prolífica en la creación de “deberes jurídicos”, de los cuales, sin hesitación alguna, pueden derivarse posiciones de garantía.

Es lo que ocurre, como ejemplo paradigmático y preocupante, con el numeral 2° de su artículo 95, cuando señala que todas las personas tienen el deber de “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Allí, según el contenido material de tal norma, todas las personas y ciudadanos que se encuentren en Colombia, están en posición de garantía respecto de todos sus semejantes.

La anterior no es una norma meramente moral, es, fundamentalmente, una norma jurídica, y como tal integra los deberes a que hace referencia el inciso 2º del artículo 25 del Código Penal.

Ante la situación anterior es pertinente escuchar las recomendaciones de la más calificada doctrina:

“Frente a la resignación manifestada por aquellas posturas que consideran imposible una expresión por parte de la ley de las situaciones que originan ese deber de garantía, en virtud de la consideración de que semejante tipificación anquilosaría el desarrollo de nuevas posiciones de garantía engendradas por la movilidad social, debe recordarse que esta manera de pensar favorece el crecimiento desaforado y caótico de este elemento como fruto de una creación judicial incontrolada. ¿Qué es, entonces, preferible: quedarse corto o pasarse, cuando esto último implica, además, utilización de analogía contra reo?” (Susana Huerta Tocildo, “Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión”, Madrid, 1987, página 138).

Y continúa: “1) mejor una cláusula general sin posiciones de garantía que el silencio legal; y 2) mejor una cláusula general con expresión aunque sea imperfecta o incompleta de las posiciones de garantía, que una que no las exprese” (Ibídem, página 160).

El Código Penal actual trae expresamente consagrada la cláusula general de equiparación, empero, quedan totalmente abiertas las posiciones de garantía. Además del peligro señalado por la doctrina, resulta, de especial importancia, la amplitud inusitada a que quedan sometidos todos los ciudadanos –garantes todos de todos, en materia de vida e integridad personal- por virtud de lo señalado por el numeral 2º del artículo 95 de la carta Política.

En el inciso 2° del artículo 10°, que por demás es una norma rectora con las implicaciones señaladas en el artículo 13, lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de legalidad en materia de delitos de omisión. Exige, de manera perentoria, que los deberes se encuentren consagrados en la Constitución o en la ley, entendida esta en sentido material; pero además, tal deber debe encontrarse “claramente delimitado”.

Por tanto, el artículo 25 busca llevar el principio de legalidad a las posiciones de garantía, delimitando, por virtud de consideraciones de especiales relaciones y situaciones, el ámbito del numeral 2° del artículo 95 de la Constitución Política. Su órbita de acción no se desconoce, sino que, por una evaluación de circunstancias, su desconocimiento puede ser constitutivo de un delito de acción por omisión o de la simple omisión de socorro contemplada en el artículo 131 cuando no se esté en posición de garantía.

Sin embargo, es claro que la Constitución y la ley pueden traer y crear otras posiciones de garantía, empero, las mismas deben ser delimitadas (artículo 25 numeral 1°). Pero también hacerlas extensivas a otros bienes diferentes a los consignados en el párrafo: no puede desconocerse, de antemano, la facultad configuradora del legislador en materia de creación de tipos penales.

En la Gaceta del Congreso número 432, del 11 de noviembre de 1999 –ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes y pliego de modificaciones-, se observa cambio en la redacción de la norma, que finalmente quedó en los términos en que fue consignada en la ley 599 del año 2000.

En la definición adoptada por el Código Penal, de las cinco circunstancias “constitutivas de posiciones de garantía” fijadas en un comienzo, solo fueron trasladadas las cuatro finales. Y la primera (“Cuando así lo establezca la constitución o la ley”) fue acogida en la definición genérica de la “posición de

garante”, en cuanto dice que se entiende por tal que el agente tenga a su cargo la protección de un concreto bien jurídico, o la vigilancia de una fuente de riesgo, “conforme a la Constitución o a la ley”.

Y ya no hubo más transformaciones al tema.

Desde otro ángulo, para concluir con la argumentación, el derecho comparado permite arribar a la conclusión aquí obtenida en cuanto la primera parte del artículo 25 del Código Penal no constriñe su alcance a determinados bienes jurídicos. Así, por ejemplo:

El artículo 13 del Código Penal alemán, bastante consultado en Colombia durante los últimos tiempos, dispone:

Comisión por omisión. Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción.

El número 2 del artículo 40 del Código Penal de Italia, país de larga y profunda influencia en el pensamiento penal colombiano, dice:

No impedir un resultado, que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a ocasionarlo.

El artículo 11 del Código Penal de España, país que también ha sido bien recibido por nuestros estudiosos y legisladores del tema penal, expresa:

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

El numeral 2 del artículo 10 del Código Penal de Portugal, explica:

La realización de un evento mediante omisión es punible solo cuando sobre el omitente recae la obligación personal de evitar tal resultado.

El artículo 8 del Código Penal de Eslovenia de 1995, manifiesta:

- (1) El delito puede ser cometido mediante acción o mediante omisión.
- (2) Se incurre en delito omisivo solamente cuando el autor no ha desplegado una acción que tenía el deber jurídico de cumplir.
- (3) También se comete delito por omisión cuando, ante la ausencia de un tipo omisivo expreso, el autor no impide la producción de un resultado prohibido. En tal caso el autor es punible solo si jurídicamente está obligado a impedir el resultado y si la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una conducta activa.

El reciente Código Penal de Croacia (1997) también desarrolla el punto en el numeral (2) de su artículo 25:

El delito es cometido mediante omisión, cuando el autor, que está obligado jurídicamente a impedir el resultado del ilícito previsto en la ley, omite hacerlo y tal omisión por efectos y significado es igual a la comisión del delito por medio de una conducta activa.

En línea similar, se pronuncia el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal de Costa Rica (1970):

Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.

El Código Penal del Ecuador de 1938 asumía el tema de la siguiente forma:

Artículo 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

El artículo 13 del Código Penal del Perú (de 1991) es del siguiente tenor:

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Y el artículo 3 del Código Penal del Uruguay (1889-1934), afirma:

Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.

La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones –si no en todas- se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado evitable se abstiene hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normatividades restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.

En la materia, entonces, coinciden la primera parte del artículo 25 del Código Penal Colombiano y las regulaciones similares de otros países, en cuanto las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos.

Como se ve, la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente

admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales.

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes.” 166

1.8. POSICION DE GARANTE SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

El consejo de Estado en su línea jurisprudencial ha sostenido en relación al garante : ”En relación con la posibilidad de emplear la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Proceso No 25536, Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Aprobado: Acta No. 77, Bogotá, D. C., Veintisiete (27) De Julio De Dos Mil Seis (2006).

¹⁶⁷ “La Posición De Garante Trata De Dar Una Explicación Y Respuesta Teórica Y Coherente A La Cuestión De Cuáles Son Las Condiciones Que Deben Darse Para Que El No Impedir La Entrada De Un Resultado Sea Equiparable A La Causación Positiva Del Mismo. Según La Opinión Que Aquí Será Defendida, Sólo Se Puede Alcanzar Una Solución Correcta Si Su Búsqueda Se Encamina Directamente En La Sociedad, Pero Ésta Entendida Como Un Sistema Constituido Por Normas, Y No Si La Problemática Toma Como Base Conceptos Enigmáticos Basados En El

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.¹⁶⁸”¹⁶⁹

Naturalismo De Otrora, Pues La Teoría De La Posición De Garante, Como Aquí Entendida, Busca Solucionar Solamente Un Problema Normativo-Social, Que Tiene Su Fundamento En El Concepto De Deber Jurídico.” Cf. Perdomo Torres, Jorge Fernando “La Problemática De La Posición De Garante En Los Delitos De Comisión Por Omisión”, Ed. Universidad Externado De Colombia, 2001, Pág. 17 A 20. Ver Igualmente: López Díaz, Claudia “Introducción A La Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado De Colombia; Jakobs, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; Roxin, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos De La Estructura De La Teoría Del Delito”, Ed. Civitas.

¹⁶⁸ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia De 4 De Octubre De 2007, Exp. 15567.

¹⁶⁹ Ver Igualmente: Sentencias De 15 De Octubre De 2008, Exp. 18586, De 20 De Febrero De 2008, Exp. 16996, De 1º De Octubre De 2008, Exp. 27268.

De Igual Manera, El Consejo De Estado Ha Sostenido Que Los Eventos Señalados En El Código Penal, Como Constitutivos De Posición De Garante, Son Igualmente Extensivos A La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Motivo Por El Cual Son Aplicables Para Definir En Qué Casos Un Daño Antijurídico Es Imputable A La Organización Estatal. Así Las Cosas, Las Causales De Posición De Garante, Para Efectos De Imputar Responsabilidad O Daños Causados, Se Encuentran Contenidas En El Artículo 25 Del Código Penal (Que Regula La Acción Y Omisión), Y Su Análisis Y Aplicación Puede Ser Traslado A La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Con Precisas Salvedades. Tales Circunstancias Son Las Siguietes:

“Son Constitutivas De Posiciones De Garantía Las Siguietes Situaciones:

1. Cuando Se Asuma Voluntariamente La Protección Real De Una Persona O De Una Fuente De Riesgo, Dentro Del Propio Ámbito De Dominio.
2. Cuando Exista Una Estrecha Comunidad De Vida Entre Personas.
3. Cuando Se Emprenda La Realización De Una Actividad Riesgosa Por Varias Personas.
4. Cuando Se Haya Creado Precedentemente Una Situación Antijurídica De Riesgo Próximo Para El Bien Jurídico Correspondiente.”

Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

“Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada¹⁷⁰. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar¹⁷¹.

¹⁷⁰ “Ex Nigilo Nili Fit”. De La Nada, Nada.

¹⁷¹ “Estas Posiciones De Garantía Están Acordes Constitucionalmente Con El Principio De Solidaridad, El Cual, Principalmente Viene Exigido Cuando Se Trata De La Protección De Bienes Jurídicos Relacionados Con La Vida E Integridad Personal... Sobre Esto Ha Dicho La Corte Constitucional: “La Solidaridad Es Un Valor Constitucional Que Sirve De Pauta De Comportamiento Conforme A La Cual Deben Obrar Las Personas En Determinadas Situaciones.” Los Deberes Constitucionales Son Patrones De Conducta Social Impuestos Por El Constituyente A Todo Ciudadano, Más No Exigibles, En Principio, Como Consecuencia De Su Mera Consagración En La Carta Política, Sino En Virtud De Una Ley Que Los Desarrolle.” Oviedo Pinto, María Leonor “La Posición De Garante”, Ed. Ediciones Ciencia Y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos – en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado¹⁷².”

173174

1.9. DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

¹⁷² “En El Marco De Toda Imputación, Incluyendo La Jurídico Penal, Se Vinculan Un Suceso En El Mundo Y Un Destinatario De Imputación, De Tal Modo Que El Destinatario Aparece Como Aquel A Quien Pertenece El Suceso: Es Él Quien Lo Ha Creado O Ha Permitido Que Tuviese Lugar, Tanto Para Bien, En El Marco De La Imputación A Título De Mérito, Como En Lo Malo, En La Imputación A Título De Reproche.” (Se Destaca) Jakobs, Günter “La Imputación Objetiva En El Derecho Penal”, Ed. Universidad Externado De Colombia, Pág. 23.

Ver. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

¹⁷³ **Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa**

¹⁷⁴ **Ver. (Misma Línea Argumentativa En La Jurisprudencia). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Nueve (9) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 66001-23-31-000-1998-00569-01(19385). Actor: Jorge Eliecer Marin Y Otros. Demandado: Municipio De Marsella. Referencia: Accion De Reparacion Directa**

De por sí, todas las conductas punibles infringen algún deber así sea de orden general, dado que todos los delitos vulneran bienes jurídicos respecto de los cuales existe un deber de respeto y salvaguarda, bien sea de orden genérico o específico, sin embargo los delitos de infracción de deber para nuestro caso en particular son “punibles, en los cuales el autor quebranta deberes especiales” 175 de ahí que esos deberes especiales reúnen una serie de condiciones y características particulares que no todos los tipos penales tienen, por decirlo así, solo opera respecto de algunos tipos penales que se acondicionan a esos deberes, por ello no todos los comportamientos delictuales del odontólogo pueden considerarse en estricto sentido infracción de deber, tenemos que tener en cuenta el ejercicio profesional del mismo, “solo el que tuviera determinadas atribuciones podría ser autor de estos delitos, no cualquier sujeto.”176

1.9.1. EL MENIDEN LAEDE EN LA INFRACCION DE DEBER

El principio universal de “no hacer a otro lo que no se quiere para uno” “nemiden laede”, es el punto de partida del deber general de respetar y no dañar a los demás desarrollan los deberes consagrados en el ordenamiento jurídico para FIGUEROA ORTEGA del “nemiden laede es que derivaría el “rol básico” o “general” de Persona (o de ciudadano), de acuerdo con el cual cada quien tiene el

¹⁷⁵ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 25.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=25](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=25)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

¹⁷⁶ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 25.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=25](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=25)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

deber de no dejar que del propio ámbito de organización emanen procesos causales dañinos que afecten al de los demás. En cambio, como anticipé, los “roles especiales” derivarán de instituciones positivas, por lo cual sólo incumbirán a determinadas personas, a las vinculadas a dichas instituciones, por ejemplo, los funcionarios públicos respecto del Estado, los padres respecto de la paternidad, etc”¹⁷⁷

1.9.2. DELITOS DE INFRACCION DE DEBER SEGÚN CLAUX ROXIN

Roxín, distingue entre “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”, bajo el entendido de que en los delitos de dominio cualquiera puede llegar a ser autor, siempre y cuando tenga en control de plan y la ejecución criminal, es decir tenga el dominio del hecho. Contrario sensu en los delitos de infracción de deber se requieren unas condiciones muy particulares para ser autor, en ésta parte Roxin, se ubica en las condiciones de cualidad o calidad del sujeto activo exigidas en el supuesto de hecho de la norma penal, caso particular el servidor público en el punible de peculado; claro es que es el mismo tipo penal que exige la calidad de servidor público, de tal forma que a título de autor un particular que no sea servidor público no puede cometer el delito, por falta de esta atribución especial.

Por ello Roxin ubica la infracción de deber en la omisión “el que omite no es autor por su eventual “dominio del hecho”, sino por quebrantar el deber de impedir la

¹⁷⁷ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber.

España: Dykinson, 2009. P 34.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=34](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=34)

Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

Este Autor Cita A Jakobs, “Teoría Y Praxis De La Injerencia”. En: Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales. Madrid. 1999. Pág. 18.

consumación, ya que “no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción”. Desde su punto de vista, “la dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso.”¹⁷⁸

Por ende en la clasificación de Roxin es fácil comprender que el dominio del hecho lo predica de conductas punibles realizadas por acción, mientras que si se realiza una omisión se está infringiendo el deber que la norma generó para la protección del bien.

Entiéndase entonces, que el delito de infracción de deber se puede realizar por acción cuando está prevista la calidad del sujeto activo en el tipo penal, pero también en la omisión de éste miremos el ejemplo: “el funcionario de prisiones que omite conscientemente cerrar con llave la puerta o, para posibilitar la fuga de los internos, deje la llave puesta”¹⁷⁹; el deber del servidor de prisiones es

¹⁷⁸ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 28 - 29.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=29](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=29)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.
Este Autor Cita A Roxin, Autoría Y Dominio Del Hecho...Págs.499-500.

¹⁷⁹ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 29.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=29](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=29)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.
Este Autor Cita A Roxin, Autoría Y Dominio Del Hecho...Pág. 497. 46 Roxin, Autoría Y Dominio Del Hecho...Pág. 498. 47 Sánchez Vera, Delito De Infracción De Deber... Págs.32-33. Señalan Las Mencionadas Disposiciones: Artículo 468 Del Cp: “Los Que Quebrantaren Su Condena, Medida De Seguridad, Prisión, Medida Cautelar, Conducción O Custodia, Será Castigado Con La Pena De Prisión Se Seis Meses A Un Año Si Estuvieran Privados De Su Libertad, Y Con La Multa De Doce A Veinticuatro Meses En Los Demás Casos”. Artículo 471 Del Cp: “Se Impondrá La Pena Superior En Grado, En Sus Respectivos Casos, Si El Culpable Fuera Un Funcionario Público Encargado De La Conducción O Custodia De Un Condenado, Preso O Detenido: El Funcionario Será Castigado, Además Con La Pena De Inhabilitación Especial Para Empleo O Cargo Público De Seis A Diez Años

precisamente evitar la fuga, deber que podría verse infringido por comportamiento activo, o por comportamiento omisivo. “En conclusión, para Roxin, en los delitos de infracción de deber

1. La autoría está fundamentada en la infracción de un deber extrapenal.
2. Se quebranta un deber especial, por lo cual son delitos especiales. Sólo será autor quien cumpla con los requisitos establecidos en el tipo (el extraneus a lo sumo podrá llegar a ser partícipe).
3. No hay diferencias con los delitos de omisión. Los delitos de dominio pasan a ser delitos de infracción de deber al realizarse por omisión.
4. Son equivalentes actuar y omitir 49 “180.

1.9.3. DELITOS DE INFRACCION DE DEBER PARA GUNTHER JAKOBS

Por su parte son Günther Jakobs, y Javier Sánchez Vera, quienes han profundizado en el tema.

Los citados dogmáticos hacen distingo de las conductas punibles de responsabilidad por organización en la infracción de un deber negativo, mientras que el delitos de infracción de deber contraviene un deber positivo, “en los primeros se infringiría un deber de abstención, una obligación de inhibirse de realizar ciertos hechos, mientras que en los segundos, se vulnerarían deberes de ayuda o solidaridad. Por consiguiente, no cualquiera podría cometer un delito de

¹⁸⁰ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber.

España: Dykinson, 2009. P 30.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=30](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=30)

Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

Este Autor Cita A Roxin, Kriminalpolitik Und Strafrechtssystem, Berlín, 1970, Págs. 17-18; Sánchez-Vera. Delito De Infracción De Deber... Pág. 32. 49 Sánchez Vera, Delito De Infracción De Deber... Págs.31-33.

infracción de deber, sino sólo ciertas personas, las cuales en virtud de su asociación a una institución positiva, tendrían deberes especiales de ayuda o solidaridad”¹⁸¹

“Jakobs para clasificar los delitos de esta manera, ha llevado aquella separación de los deberes jurídicos al Derecho Penal, basándose en el fundamento institucional que le asigna a la responsabilidad penal. Para este autor, la responsabilidad penal tiene como base siempre instituciones sociales, las cuales podrán ser “negativas” o como “positivas” dependiendo de si tienen como contenido o finalidad el meramente separar las distintas esferas de derechos, o la construcción de un “mundo en común” entre varios sujetos.”¹⁸²

Es claro identificar que para Jakobs, la relación positiva de institución y deber a su vez que la relación negativa de los mismos por aplicación lógica, pero en los “delitos de infracción de deber. Jakobs enlaza de esta forma el concepto de delito con el conjunto de la imputación jurídico penal 31 .”¹⁸³

¹⁸¹ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 26.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=26](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=26)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

¹⁸² Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 26.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=26](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=26)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

¹⁸³ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 26.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=26](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=26)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.
Este Autor Cita A Jakobs, “Actuar Y Omitir”. En: Jakobs. Sobre La Normativización De La Dogmática Jurídico Penal. Madrid. 2003. Págs. 101-102.

En Jakobs “los delitos de infracción de deber son delitos en que se infringe un deber de naturaleza positiva, es decir, un deber de ayuda o solidaridad, derivado de instituciones positivas (como el Estado, la paternidad, relaciones de confianza, etc.), o lo que es lo mismo, de un deber de actuar, de “edificar un mundo en común” con ciertas personas. En fin, se trata de delitos fundados en la violación de deberes extrapenales de apoyo o colaboración, derivados de instituciones sociales, a las cuales cataloga como “positivas.”¹⁸⁴

Por ello las instituciones positivas que refiere Jakobs, abarcan no solo derecho penal sino el derecho en sus distintas ramas, siempre y cuando se tenga presente que “en los delitos de infracción de deber el autor es un obligado especial, es decir, una persona que tiene un deber específico de garante, de actuar o de omitir. En estos casos, el autor desempeñaría un rol especial, distinto al rol general de persona o ciudadano. De acuerdo con Jakobs, en la sociedad todas las personas entran en contacto ejerciendo un “rol”, es decir, un determinado papel, el cual tiene asociado ciertos derechos y deberes jurídicos.

Más técnicamente se entiende por rol “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, orientado en atención a las personas”¹⁸⁵

¹⁸⁴ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 30.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=30](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=30)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.
Este Autor Cita A Jakobs, “Actuar Y Omitir”...Pág. 133.

¹⁸⁵ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 30- 31.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=31](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=31)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved
Este Autor Cita A Jakobs, Derecho Penal (Parte General), 2da Edición, Madrid, 1997, Pág. 994.
Nota Nº 114. Jakobs, Derecho Penal...Pág. 266-267. Jakobs, La Imputación Objetiva En Derecho Penal, Madrid, 1996, Pág. 211.

En otras palabras, “las personas serán responsables penalmente en la medida que quebranten deberes jurídicos inherentes al rol social que cumplen en la sociedad. Por lo tanto, aquél que se mantenga dentro de los límites de su rol, no tiene porqué tener ninguna responsabilidad penal, no responderá de un curso lesivo aún cuando hubiera podido evitarlo. En tales hipótesis no habrá infracción de la norma, independientemente de que se hubiera producido un resultado.”¹⁸⁶

Pero para nuestro tema en concreto solo tendremos el rol de odontólogo, en el cual imaginemos el evento de que el odontólogo, debe tratar una pieza dentaria de un paciente carcomida por la caries, que de no hacerlo conllevaría a la caída inevitable de la pieza dental, y la transmisión de la enfermedad a las demás piezas dentales, la ley impone el deber de atención del paciente al odontólogo quien puede lesionarlo activamente en el mal proceder o omisivamente en la abstención voluntaria de no proceder y dejar avanzar la enfermedad.

Pero si el paciente no quiere, asumir el tratamiento dispuesto, entonces el resultado que se presente será propio de la responsabilidad del paciente y no corresponderá a una infracción de deber del odontólogo.

“El garante no sólo deberá preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino que garantizará solidariamente la propia existencia del bien en general o contra determinados peligros”¹⁸⁷

¹⁸⁶ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 31.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=31](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=31)
Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.
Este Autor Cita A Jakobs, La Imputación Objetiva En Derecho Penal... Págs. 102-103.

¹⁸⁷ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber. España: Dykinson, 2009. P 33 - 34.

En síntesis para Jakobs si “el rol infringido es especial el delito será de infracción de deber, mientras que cuando el rol es de carácter general el delito será de responsabilidad por organización.” 56 .

Podemos concluir que efectivamente los delitos de infracción de deber implica al amparo de Roxin, la calidad o cualidad del sujeto activo que lo diferencie en sede de autoría respecto de las demás personas. Coincidiendo con Jakobs en que efectivamente no puede ser cualquier persona el autor de la conducta punible en los delitos de infracción de deber, sino solo aquel que por su rol tenga asignado ese deber especial, implica en consecuencia que el rol del sujeto activo sería esa calidad que deriva el deber impuesto..

En ese orden de ideas solo se entendería por delitos de infracción de deber no todos los comportamientos típicamente descritos en la ley penal, que lesionen o pongan en peligro el bien jurídicamente tutelado, porque, si no reúne el sujeto activo esas calidades particulares de las cuales deviene el deber, podría estar en la línea de delitos de dominio o de organización según Roxin o Jakobs, pero si deviene la conducta punible del sujeto que ostenta dichas calidades propias de su rol si estaríamos en presencia de un delito de infracción de deber.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=34](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=34)

Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

Este Autor Cita A Jakobs, “Imputación Objetiva, Especialmente En El Ámbito De Las Instituciones Penales “Riesgo Permitido”, “Prohibición De Regreso” Y “Principio De Conpanza”. En: Jakobs, Estudios De Derecho Penal. Madrid. 1997. Págs. 211-212. 61 Jakobs, “La Imputación Penal De La Acción Y La Omisión”. En: Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales. Madrid. 1996. Pág. 864. 62 Jakobs, “La Idea De La Normativización En La Dogmática Jurídico Penal”. En: Jakobs. Sobre La Normativización De La Dogmática Jurídico Penal. Madrid. 2003. Pág. 30. Jakobs, Derecho Penal...Pág. 266. 64 Jakobs, Derecho Penal... Pág. 1027.

“Al igual que Roxin, Jakobs considera que los delitos de infracción de deber pueden realizarse indistintamente mediante acción u omisión. Para este autor, en virtud de que la responsabilidad en estos casos sería determinada por el status, según el rol desempeñado, la diferencia entre acción y omisión sería simplemente una diferencia natural carente de una importancia estrictamente jurídica. Por lo tanto, “que un tutor por si mismo “eche mano” al patrimonio del pupilo, o que, sin una aportación activa, no impida a su amigo el acceso al patrimonio del pupilo, es siempre lo mismo, a saber, la lesión del deber de cuidar el patrimonio ajeno si es que la persona que entra en consideración como posible autor es garante del mantenimiento del patrimonio del pupilo y su comportamiento es también por lo demás objetivamente imputable”.¹⁸⁸

1.9.4. INFRACCION DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado frente a la infracción al deber objetivo de cuidado, ha sostenido en uno de sus casos : ” Adicionalmente, esta Sala se ha ocupado, en reiteradas ocasiones, de señalar cuáles son los alcances del deber objetivo de cuidado a cargo de los establecimientos educativos oficiales -y de sus agentes- en relación con la seguridad y con la integridad tanto física como síquica de los alumnos; como no podía ser de otro modo, tal componente de los estándares de prestación del servicio público en cuestión mal podrían haber sido fijados, con

¹⁸⁸ Figueroa Ortega, Yván. Delitos De Infracción De Deber.

España: Dykinson, 2009. P 39.

[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=39](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10280446&Ppg=39)

Copyright © 2009. Dykinson. All Rights Reserved.

Este Autor Cita A Jakobs, “Imputación Jurídico-Penal Desarrollo Del Sistema Con Base En Las Condiciones De Vigencia De La Norma”. En: Revista Del Poder Judicial. Madrid. Primer Trimestre. N°49. 1988 Pág. 310; Jakobs, Derecho Penal...Pág.267. 92 Jakobs, Derecho Penal...Pág.267.

exhaustividad, en el derecho positivo y lo razonable en este aspecto es que el Juez de lo Contencioso Administrativo concurren a completar la tarea que el Legislador -y el reglamento- ha acometido en la regulación de este sector; toda vez que la línea jurisprudencial de la Sección Tercera en esta materia se encuentra ampliamente reflejada en sentencia del 7 de septiembre de 2004¹⁸⁹, en la cual se alude a diversos pronunciamientos proferidos por la Sala en relación con este tema, a continuación se transcribirán, in extenso, los razonamientos entonces vertidos por la Sala misma al respecto, los cuales sirven para precisar el panorama normativo que señala el contenido de los deberes de vigilancia y cuidado cuya observancia resulta exigible de las entidades e instancias concernidas:

“2. La responsabilidad de los centros educativos frente a sus alumnos.

El artículo 2347 del Código Civil, establece que “toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

¹⁸⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del 7 De Septiembre De 2004; Consejera Ponente: Nora Cecilia Gómez Molina; Radicación Número: 25000-23-26-000-1995-1365-01(14869). El Caso En Aquella Ocasión Resuelto Por La Sala Fue El De Una Estudiante, De 19 Años De Edad, Que Cursaba Décimo Grado En El Colegio Nacionalizado José Benigno Perilla, Del Municipio De Somondoco (Boyacá), Quien El Día 21 De Octubre De 1993 Participaba En Un Viaje A Tunja Programado Por El Colegio, Con El Fin De Visitar La Feria De La Ciencia. Durante El Viaje De Regreso, Aproximadamente A Las Ocho De La Noche, El Bus Que Transportaba A Los Escolares Se Detuvo En El Sitio Denominado “El Sisga” Y Algunos Alumnos Se Bajaron Del Vehículo Para Ir Al Baño Y Comprar Comestibles. Cuando La Joven Iba Pasando Al Otro Lado De La Vía, Fue Atropellada Por Un Vehículo Que Iba Hacia Bogotá, El Cual Le Ocasiónó Múltiples Lesiones Que, A La Postre, Segaron Su Vida.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Bogotá, D.C., Veintitrés (23) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 76001-23-24-000-1996-02897-01(18468). Actor: Humberto Hernandez Buritica Y Otros. Demandado: Municipio De Cartago

Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.”

La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.

El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.

Sobre este tema, la doctrina ha dicho:

“Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño...La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Nota Original De La Sentencia Citada: Mazeaud Tunc. Responsabilidad Civil Delictual Y Contractual. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, Primer Tomo, Volumen Ii, Pág. 545.

CONCLUSIONES

Tal y como se anunciaba desde la introducción, solo, a través de integrar la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto en materia odontológica como en materia penal, se pueden advertir que el cumplimiento de los deberes objetivos de cuidado de Diagnostico, Plan de Tratamiento y Pronostico, son los que le permiten al ortodoncista advertir los riesgos previsibles en el tratamiento ortodontico, y, de los cuales tiene el deber de informar al paciente, y registrar con suficiente claridad en la historia clínica; para que una vez conocidos por el paciente, éste decida de manera libre consciente y voluntaria libre de error, fuerza o dolo si otorga su consentimiento, caso en el cual será válido.

Ese consentimiento válidamente emitido por el paciente como titular del bien jurídico de la integridad personal, exime de responsabilidad penal al ortodoncista en relación a los resultados que tengan cabida en supuestos de hecho de tipos penales.

De igual forma, queda excluido de responsabilidad el ortodoncista por el riesgo no previsto, agotados diligente y prudentemente los deberes objetivos de cuidado de Diagnostico, Plan de Tratamiento y Pronostico.

Así mismo, cumplidos diligente y prudentemente los deberes objetivos de cuidado de Diagnostico, Plan de Tratamiento y Pronostico, y suministrada la información de los riesgos previsibles al paciente, y éste, decide no asumir el tratamiento

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Bogotá, D.C., Veintitrés (23) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 76001-23-24-000-1996-02897-01(18468). Actor: Humberto Hernandez Buritica Y Otros. Demandado: Municipio De Cartago

dispuesto, entonces el resultado que se presente será propio de la responsabilidad del paciente, y no corresponderá a una infracción de deber del ortodoncista.

Por el contrario, el obrar imprudente, desconociendo consciente y voluntariamente, los deberes de cuidado, total o parcialmente, por parte del ortodoncista, o simplemente omitir el cumplimiento de los mismos, determina aumentar los riesgos previsibles, caso en el cual el consentimiento informado se encontraría viciado y no conllevaría a eximir de responsabilidad al ortodoncista, dando lugar a que éste sea objeto de imputación de una conducta activa en modalidad dolosa o culposa, según el grado de actualización del conocimiento y su valoración volitiva.

O, de una conducta omisiva, que le conlleve al ortodoncista una posición de garante, por éste haber creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico de la integridad personal del paciente.

Aun teniendo en cuenta, que el ordenamiento jurídico Colombiano adopta el sentido restringido de la posición de garante, al obligado por la Constitución y/o la ley, a actuar de una forma, y al no hacerlo con ello da lugar a un resultado lesivo que podía ser evitado.

Independientemente del rol que como ortodoncista, ostenta el profesional en la sociedad y que por ese simple rol, en el sentido amplio tendría la posición de garante por la defraudación de expectativas, sin embargo se deja claro, que éste sentido amplio, no es de recibo en el orden jurídico Colombiano

En síntesis no será objeto de punición por el hecho de ser ortodoncista, será objeto de punición, por el hecho de tener el deber jurídico de impedir el resultado lesivo, y estando en posibilidad de hacerlo, de manera consciente y voluntaria no lo hace, es decir por infringir el deber objetivo de cuidado que genera un resultado

típico, que pone lesiona o pone en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado de la integridad física del paciente.

BIBLIOGRAFIA

Repetto, Alfredo L.. El Acto Culpable: El Dolo Y La Culpa Como Sus Formas.
Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2007.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10398378&)
Copyright © 2007. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

Pérez Del Valle, Carlos. Estudios Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal.
España: Dykinson, 2008.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10224117&)
Copyright © 2008. Dykinson. All Rights Reserved.

Soria, Juan Manuel. La Omisión En El Sistema Penal.
Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2009.
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10405683&)
Copyright © 2009. Ediciones Cathedra Jurídica. All Rights Reserved.

Blanco Lozano, Carlos. La Omisión Del Deber De Socorro En El Derecho Penal.
España: J.M. Bosch Editor, 2009. .
[Http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&](http://Site.Ebrary.Com/Lib/Bibliotecaustasp/Doc?Id=10311620&)
Copyright © 2009. J.M. Bosch Editor. All Rights Reserved.

Hesi Re. Calavera Maya. Prótesis Fija Etrusca. Aristóteles. Pierre Fauchard.
Simon P. Hullihen. Dr. G.V. Black. Dr. Basil M. Wilkerson. Alfred Einhorn (1905)
[Http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm](http://Www.Odontomarketing.Com/Odontologiahistoria.Htm)

Dr. Gonzalo Alonso Uribe Restrepo, Ortodoncia Teoría Y Clínica, Corporación
Para La Investigaciones Biologicas Medellín Colombia 2010.

Forero Ramirez, Juan Carlos, El Delito De Omisión En El Nuevo Código Penal, Ed. Legis 2002. Bogotá

Cancio Meliá. Teoría De La Imputación Objetiva, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigaciones De Derecho Penal, 1998

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición. Barcelona. 1996.

Claus Roxín, La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal Y El Proceso Penal La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal Y El Proceso Penal. Catedrático Emérito Derecho Penal De La Universidad De Munich, Traducción De Carmen Gómez Rivero Y María Del Carmen García Cantizano, Introducción De Francisco Muñoz Conde. Tirscint Lo Blllonch. Valencia, 2000

Cancio Meliá, Teoría De La Imputación Objetiva, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigaciones De Derecho Penal, 1998 Traducción De Jakobs, Gunther .La Imputación Objetiva En Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1996 Reyes Alvarado, Yesid "Imputación Objetiva", Ed. Temis, Bogotá, 1996.

Arboleda Vallejo Mario, Código Penal Colombiano. Ley 599 De Julio 24 De 2000. Editorial Leyer Vigésima Cuarta Edición Bogotá D.C., 2008.

Código Penal Decreto Ley 100 De 1980. Editorial Leyer Bogotá 1996.

Ley 89 De Noviembre 22 De 1923. Diario Oficial No19338 Y 19339 Del 26 De Noviembre De 1923. Imprenta Nacional De Colombia.

Ley 51 De Junio 11 De 1937. Diario Oficial 23539 Del 27 De Julio De 1937. Imprenta Nacional De Colombia.

Ley 10 De Abril 6 De 1962. Diario Oficial 30768 Del 11 De Abril De 1962 Imprenta Nacional De Colombia.

Ley 35 De Marzo 8 De 1989. Diario Oficial 38733 Del 9 De Marzo De 1989. Imprenta Nacional De Colombia.

Ley 599 De Julio 24 De 2000, Promulgada En El Diario Oficial No 44097 De Fecha 24 De Julio De 2000. Imprenta Nacional De Colombia.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 10 De 2010, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Marzo 12 De 2008, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Ruiz Carrizosa.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Febrero 4 De 2009 .Magistrada Ponente: Doctora. Sofia Del Socorro Jacome Lievano.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica. Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Mayo 25 De 2011, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica. Sala Plena, En Sentencia Del 26 De Septiembre De 2007 Magistrado Ponente Doctora Sofía Del Socorro Jácome Liévano.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Diciembre 17 De 2008. Magistrada Ponente: Doctora. Martha Esperanza Fonseca Chaparro.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Julio 27 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Maria Clara Rangel Galvis.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009, Magistrada Ponente: Doctora Carmen Alicia Cardozo De Martinez.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Diciembre 17 De 2008. Magistrado Ponente: Doctor. Ramses Hakim Murad.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009. Magistrado Ponente: Doctor Sergio Eduardo Prada Marin.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica, Sala Plena. Bogotá, Sentencia De Fecha Junio 3 De 2009, Magistrado Ponente: Doctor Victor Hugo Villota Alvarado.

Tribunal Nacional De Ética Odontológica. Sala Plena. Bogotá, D.C. Sentencia De Fecha Octubre Tres (03) De De Dos Mil Ocho (2008). Magistrada Ponente: Dra. Sofia Del Socorro Jacome Lievano,
Corte Constitucional Sentencia SU.1184/01, Referencia: Expediente: T-282730. Peticionaria: Nory Giraldo De Jaramillo. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., Trece (13) De Noviembre De Dos Mil Uno (2001).

Corte Constitucional Sentencia C-333/01 Referencia: Expediente D-3189, Demanda De Inconstitucionalidad Contra El Artículo 235 Del Código Penal, Modificado Por El Artículo 1º Del Decreto 141 De 1980. Actor: Sonia María Ospina Giraldo. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., Veintinueve (29) De Marzo De Dos Mil Uno (2001)

Corte Constitucional Sentencia C-1184/08, Referencia: Expediente D-7306, Demanda De Inconstitucionalidad Contra El Artículo 424 De La Ley 599 De 2000 "Por La Cual Se Expide El Código Penal", Demandantes: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Julián Andrés Durán Puentes Y Edgar Saavedra Rojas. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D.C., Tres (3) De Diciembre De Dos Mil Ocho (2008).

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Nueve (9) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 66001-23-31-000-1998-00569-01(19385). Actor: Jorge Eliecer Marin Y Otros. Demandado: Municipio De Marsella. Referencia: Acción De Reparación Directa

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Bogotá, D.C., Veintitrés (23) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 76001-23-24-000-1996-02897-01(18468). Actor: Humberto Hernandez Buritica Y Otros. Demandado: Municipio De Cartago

Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia Del 26 De Marzo De 2009, Exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero. Ver Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Febrero De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274), Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio Y

Otros. Demandado: Nacion-Ministerio De Defensa Y Otro . Referencia: Accion De Reparacion Directa

Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia De Julio 12 De 1993, Expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Sentencia Proferida Por La Sección Tercera Del Consejo De Estado, De 21 De Febrero De 2002 Expediente 14215.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero .Bogotá, D. C, Veintitrés (23) De Junio De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 05001-23-32-000-1995-00809-01(19007). Actor: Nora Lucia Alzate Tapias Y Otros. Demandado: Departamento De Antioquia. Referencia: Accion De Reparacion Directa

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., Catorce (14) De Abril De Dos Mil Diez (2010). Radicación Número: 76001-23-31-000-1996-03847-01(18967). Actor: Marco Tulio Cifuentes Ramirez Y Otro. Demandado: Corporacion Autonoma Regional Del Valle Del Cauca Y Otro. Referencia: Accion De Reparacion Directa

Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal Proceso No 25536,. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Aprobado: Acta No. 77, Bogotá, D. C., Veintisiete (27) De Julio De Dos Mil Seis (2006).