

MONICA ALEXANDRA PUENTES ARAUJO

**CULPA CON REPRESENTACION O DOLO EVENTUAL EN LA ACTIVIDAD
MÉDICA**

(Maestría en Derecho Médico)

Bogotá D.C., Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO MÉDICO

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestroza Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

**Directora Departamento
Derecho Romano:** Dra. Emilssen González de Cancino

Director de Tesis: Dr. José Nodier Agudelo Betancur

Presidente de Tesis: Dr. Camilo Machado

Examinadores: Dr. Camilo Machado
Dra. Emilssen Gonzales de Cancino

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|---|-------------|
| I. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. CONCEPTO. EVOLUCIÓN | 1 |
| 1.1 SUPERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: DOLO Y CULPA COMO FORMAS DE CULPABILIDAD | 3 |
| II. ESTRUCTURA DEL DELITO. EL DOLO Y LA CULPA | 9 |
| 2.1 UBICACIÓN SISTEMÁTICA TRADICIONAL EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO, SEGÚN LOS CONCEPTOS CLÁSICO Y NEOCLÁSICO..... | 9 |
| 2.2 EL DOLO Y LA CULPA EN LA MODERNA CONCEPCIÓN DEL DELITO: DIVERSA MANIFESTACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO: TEORÍA FINALISTA DEL DELITO | 16 |
| 2.3 CONCEPTO DEL DOLO: TEORÍAS, ELEMENTOS Y CLASIFICACIÓN DEL DOLO..... | 20 |
| 2.3.1 El Dolo en la ley penal colombiana | 27 |
| 2.4 DOLO EVENTUAL. UBICACIÓN. ELEMENTOS. TEORÍAS. CONFIGURACIÓN..... | 28 |
| 2.4.1 El dolo eventual en la ley penal colombiana. Elementos. Teoría. Configuración..... | 33 |
| 2.5 LA CULPA, NATURALEZA, CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASIFICACIÓN..... | 35 |
| 2.5.1 La culpa en la ley penal colombiana. Elementos. Teoría. Configuración..... | 41 |
| 2.5.2 Culpa sin representación y culpa con representación. Utilidad de esta clasificación | 46 |

| | |
|---|----|
| 2.5.3 Diferencia conceptual entre Culpa con representación y dolo eventual. Teorías. Elementos | 49 |
| III. LA PROBLEMÁTICA DE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN O EL DOLO EVENTUAL EN EL EJERCICIO MÉDICO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL | 53 |
| CONCLUSIONES | 85 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 87 |

I. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. CONCEPTO. EVOLUCIÓN

Ab initio es preciso entrar a considerar que, en líneas generales según Pereda (1956), el derecho penal nace con un carácter eminentemente objetivo, pues en los albores del derecho penal germánico se consideró que, en todo evento ilícito contraventor del ordenamiento jurídico, se encontraba incorporada a la acción, la voluntad de hacer daño por parte del actor causal, razón por la cual, no existía la necesidad de indagar frente a elementos subjetivos, pues se presumía de derecho, la voluntad criminal vinculada al hecho nocivo. En ese orden de ideas, lo prevalente del punible, lo constituía el resultado disvalioso al cual se vinculaba directamente la responsabilidad, pues no se atendía a la intención criminal, sino al daño causado, de donde emergía directamente la culpabilidad.

Los antecedentes remotos de la responsabilidad por el hecho o responsabilidad objetiva sin más miramientos, urde sus raíces en la justicia primitiva, como bien informa (Fontan Balestra, 1998) la primera forma de justicia fue la venganza privada o justicia por mano propia, en donde el oprobio inferido a un individuo o a sus parientes, habilitaba al primero o los segundos a ejercer como deber, el resarcimiento de la ofensa que no solo podía recaer sobre el agente sino también sobre su familia o su clan de forma sucesiva o simultánea. Conforme a esta idea, conviene subrayar que, estas discordias podían convertirse incluso en el ejercicio de una justicia colectiva, pues el clan o la tribu, podía ejercer su autoridad ajusticiando al causante del agravio y con ello dando origen a verdaderas guerras. Más adelante en la historia, aparece la ley del talión que supuso un avance en términos de proporcionalidad entre el daño y la pena infligida al actor. Seguidamente emerge la institución de la composición que sustituye la pena por un pago en términos monetarios al ofendido o su familia, situación está

que permitió impedir la destrucción de las familias y sociedades a causa de las luchas armadas. Finalmente, con la consolidación del Estado, se evidenció lo inconveniente que resultaban las formas de represión primitiva en una comunidad y se procedieron a establecer de forma paulatina los injustos y la correspondiente coacción punitiva pública a través de las penas correspondientes.

El fundamento filosófico subjetivo de la teoría del delito subyace hace más de 5.000 años en el *Baghavad Ghita*, el libro sagrado de los Vedas, a quienes se les atribuye ser los primeros en interesarse en las acciones conscientes que desarrollaba el individuo; luego con Aristóteles, en su *Moral*, para Nicómaco, este se encargó de señalar que, era necesario que la conducta humana fuera voluntaria, tanto para ser alabada, como para ser censurada y por tanto, la comisión del injusto requería de un actuar voluntario y deliberado para que pudiera operar su punibilidad. Más tarde, viene a desarrollarse con mayor énfasis a partir del derecho canónico en la edad media, los cuales, embebidos por el texto del nuevo testamento, le dan un lugar relevante a la intencionalidad del sujeto actor, destacando que el pecado se encuentra en el pensamiento y que se debería ahondar en dicho aspecto, si se pretendiese determinar la responsabilidad del agente causal en la comisión del injusto para efectos de establecer la correlativa censura. Es allí precisamente donde la moral tiene su advenimiento al campo de lo penal.

Siguiendo la anterior inteligencia, se ha definido como responsabilidad objetiva, aquella responsabilidad por el mero hecho, es decir, con prescindencia del aspecto subjetivo del autor (PEREDA, 1956), y aunque pueda parecer un asunto superado, aún tenemos vestigios morigerados de dicha forma de responsabilidad, la cual pervive en los denominados delitos

de resultado, en los cuales existe un nexo entre la actuación del actor y el resultado típico.

1.1 SUPERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: DOLO Y CULPA COMO FORMAS DE CULPABILIDAD

Para desarrollar los aspectos subjetivos del delito, dolo y culpa, nos serviremos del perfeccionamiento histórico de estos componentes, vistos desde el discurso de los principales científicos de la dogmática penal, disciplina encargada de cimentar, desarrollar, interpretar y sistematizar los diferentes conceptos jurídicos penales, además de que se ocupa de revelar los criterios que requieren modificación o de los cuales debe prescindirse en la estructuración del plexo normativo y sus correspondientes instituciones (Manrique, 2012)

El delito, según enseña (Antolisei, 1960), se engendra en la norma penal, esto atiende a que el delito es la vulneración de un mandato o prohibición que el legislador previamente ha establecido en la norma jurídico-penal, cuya infracción acarrea el establecimiento de una condena. Conviene señalarse, que el esquema del delito a través del tiempo no ha sido un tema pacífico, por el contrario, se ha caracterizado por su mutación sustancial más o menos constante a lo largo de su evolución histórica, no solamente en cuanto a sus componentes y conceptualización, sino también, frente a sus elementos, razón por la cual, dedicaremos lo que resta de este capítulo a hacer notar estas variaciones, a partir de las reflexiones de los doctrinantes de las diferentes escuelas jurídico-penales, enfocando la atención de forma inicial en el esquema del delito en general, para finalmente detenernos en los elementos subjetivos dolo y culpa y en las consecuencias que frente al delito trae la mutación de estos elementos a los diferentes componentes.

Comenta (Agudelo, 2018) que el esquema dogmático del delito fue desarrollado por Franz Von Listz y Beling, doctrinantes clásicos de principios del siglo XX. El primero más temprano, estableciendo un sistema dual donde el delito fue considerado como un acto humano voluntario culpable, contrario a derecho y sancionado con una pena; es decir, era un acto que podía desarrollarse en modalidad culposa o dolosa el cual era ejecutado por un agente causal. Para este doctrinante, el juicio de culpabilidad es una relación psicológica que tiene dos componentes, a saber, la imputabilidad del actor, que no es más que la autodeterminación del agente y la imputación del acto, que ocurre cuando el agente conocía lo nocivo de su conducta o cuando hubiese podido o debido conocerla. Con lo anterior, este autor sentaría las bases de dos de los tres elementos de la teoría del delito, a saber, la antijuridicidad y la culpabilidad. El esquema sería finalmente completado por Beling más tarde, al desarrollar el principio de tipicidad, definido como el supuesto de hecho. De lo anterior podríamos inferir fundadamente que, en la teoría del delito existen dos macro componentes, un primer elemento que se encarga de la descripción del injusto desde un punto meramente objetivo y un segundo componente que se ocupa de aspectos meramente subjetivos a lo cual se le denomina culpabilidad.

Desde tiempos inveterados a la dogmática penal le ha interesado determinar qué tipo de estipulaciones deben establecerse para tenerse como responsable, al agente de un determinado acto que causa perjuicio a un bien jurídico tutelado determinado. Siguiendo la misma línea de pensamiento del doctrinante en mención, se tiene que los aportes de Von Liszt y Beling dieron paso a la construcción dogmática del delito de esquema tripartito, de donde para que se pudiera predicar responsabilidad al sujeto autor en el ilícito, la acción cometida por este, debía ser típica, antijurídica y culpable. En consecuencia, el esquema del delito concibió unos elementos necesarios para determinar la responsabilidad en la realización del injusto dando

preponderancia a la noción de acción, como aspecto de la producción causal del resultado, la cual para ser objeto de reproche penal requería de: 1) estar descrita en una norma legal previa, 2) haber sido realizada por un individuo con capacidad de autodeterminarse, es decir, ser imputable y 3) que su obrar se hubiese realizado con culpabilidad. Procediendo entonces a sistematizar estos elementos en objetivos y subjetivos, dejando la acción, la tipicidad y la antijuridicidad en los primeramente señalados y a la culpabilidad en los segundos.

Existe claridad en que una de las grandes conquistas del derecho penal liberal del siglo XVIII, de base antropocéntrica, es el principio de culpabilidad, que en palabras de Mezger reza: “*no hay pena sin culpabilidad*” principio que proscribía decididamente la responsabilidad objetiva en el derecho penal moderno y que sirve de talanquera contra los abusos de poder estatal. Según Gómez (2003) se considera al individuo como un ser dotado con capacidad de comprender y autodeterminarse y de actuar de acuerdo a esa comprensión, por lo tanto, facultado para conducirse de forma concordante con las normas jurídicas imperantes. En conclusión, es su facultad para decantarse en torno al orden jurídico y el rechazo al desarrollo de acciones típicas antijurídicas, lo que finalmente pone de relieve el principio de culpabilidad.

Sigue señalando Agudelo (2018) que, existe culpabilidad cuando al actor material del injusto se le puede realizar un doble juicio de reproche, a saber, desde lo material y desde lo psíquico. La preponderancia del elemento subjetivo dentro del esquema del delito vino acrecentándose desde la edad media cuando el concepto de culpa moral se trasladó al campo de lo penal; donde la culpa se fincaba en la falta cometida con plena advertencia conocimiento, conciencia y voluntad. A partir de esa incorporación para determinar la culpabilidad del injusto, se requeriría de la conjunción de los

elementos objetivo y subjetivo, que ya para ese entonces no se presumían, sino que se requería de su exhaustiva indagación, lo que supondría una transformación de hondo calado en la construcción dogmática de los elementos de la teoría del delito.

La culpabilidad como componente de la teoría del delito ha tenido variaciones sustanciales en cuanto a las subestructuras que la conforman. El tema no ha sido para nada sosegado entre los científicos, lo cual permitió el desarrollo de diferentes teorías por cuenta de las diversas escuelas de pensamiento jurídico penal. Sin perjuicio de volver más adelante en detalle sobre la misma cuestión, cuando se aborde el tema de la sistemática de la estructura del delito por cuenta de las grandes escuelas dogmáticas del derecho penal, puede adelantarse grosso modo, que la estructura jurídica denominada culpabilidad ha tenido un contenido heterogéneo a través del desarrollo teórico de las dos grandes corrientes de pensamiento jurídico, es decir, entre causalistas y finalistas.

Conviene advertir, que el presente dossier no pretende compendiar de manera exhaustiva las diferentes posturas de los innumerables doctrinantes de cada escuela de pensamiento jurídico-penal, frente a la estructura del delito, pues superaría el alcance que se tiene; razón por la cual nos limitaremos a expresar formas simplificadas de cada doctrina a manera de conclusión. En síntesis, continua instruyendo (Agudelo, 2018) que para los pensadores de la escuela clásica, la culpabilidad, no era más que el nexo psicológico existente entre el autor causal y el hecho, el cual se agotaba mediante sus especies dolo y culpa. En otras palabras, para los pensadores clásicos, la determinación de la culpabilidad subyacía en la simple verificación de que, en la ejecución del acto nocivo por cuenta del agente jurídico, este ejecuto su accionar de forma dolosa.

Posteriormente, ya en los neoclásicos se dieron las primeras puntadas en torno a que la culpabilidad no se agotaba en el mero vínculo psicológico intrínseco del autor, es decir, ya no sería suficiente para determinar la culpabilidad la sola comprobación de la relación psicológica entre el autor y el hecho. En esta nueva construcción teórica, se requeriría que, el hecho dañino fuera digno de un juicio jurídico de desvalor; en donde el agente causal pudo haberse abstenido de ejecutar la conducta nociva y sin embargo se determinó por su realización, en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico penal. En esta interpretación, la culpabilidad estaría conformada no solo por las especies dolo y culpa como previamente habían establecido los clásicos, sino que además se añadiría la imputabilidad y el juicio de reproche al agente causal.

Ulteriormente, ya en la etapa del finalismo, la noción de culpabilidad se ubicó como un mero juicio de reproche, fundamentado en 1) la conciencia de antijuridicidad por cuenta del actor, 2) la exigibilidad de una conducta ajustada al marco jurídico vigente del entorno y 3) la imputabilidad. Nótese como en esta sistemática jurídicopenal queda extirpado de la culpabilidad, los elementos dolo y culpa, los cuales migran como componentes de la acción, localizados en la tipicidad.

Conviene precisar, que la estructura del tipo penal, entendida como descriptores de conductas humanas, como bien afirma Velásquez (2018), requiere de tres elementos estructurales, a saber: 1) el sujeto 2) la acción o conducta y 3) el bien jurídico. La acción, tema central de este aparte del presente colorario, es el instrumento prohijado por el ordenamiento jurídico para determinar la conducta prohibida; la cual cuenta con una estructura dual, a saber, una parte internalizada o subjetiva, donde se encuentran los procesos psíquicos, elementos anímicos o motivacionales que a fin de cuentas orientan el actuar externo del sujeto actor y que preceden al actuar

objetivo, en donde se encuentran fincados el dolo y la culpa y otra externalizada u objetiva que corresponde a la descripción en sí de la conducta humana prohibida, diseñada de forma previa por el legislador. De lo anterior emerge nítidamente que, el dolo y la culpa en esta construcción dogmática del delito, fungen como formas de comportamiento y no como especies de culpabilidad.

Esta nueva estructuración de la teoría del injusto, reconoce como bien afirmo Mezger comentado por (Agudelo, 2018) que, en la acción, en su aspecto subjetivo, se encuentra el contenido, el querer del autor y en la culpabilidad está depositado los efectos y la representación que tuvo el agente de ese querer dañoso. No se trata entonces, del mero aspecto psicológico que envuelve el accionar antijurídico respectivo, también se requiere de un preciso juicio de reproche para que emerja nítidamente la culpabilidad, pero en todo caso, aplicado al acto concreto bajo lupa jurídica.

En orden de ideas, se requieren de unas precisiones conceptuales frente a la estructura lingüística denominada culpabilidad, la cual se usa de forma polivalente en materia penal. En la praxis judicial se acuñaron dos conceptos disimiles de culpabilidad a los cuales se les denominó culpabilidad en sentido formal y culpabilidad en sentido material. La culpabilidad en sentido formal compendia los fundamentos necesarios contenidos en un determinado ordenamiento jurídico que den al traste para imputar subjetivamente al agente causal. En tanto que la culpabilidad en sentido material, persigue desentrañar la razón de tal juicio, es decir, determinar si el agente obró de forma dolosa, culposa o preterintencional.

II. ESTRUCTURA DEL DELITO. EL DOLO Y LA CULPA

2.1 UBICACIÓN SISTEMÁTICA TRADICIONAL EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO, SEGÚN LOS CONCEPTOS CLÁSICO Y NEOCLÁSICO

En las siguientes líneas desarrollaremos las múltiples controversias doctrinarias frente a la ubicación dogmática de los elementos subjetivos del delito, dolo y culpa, demostrando las diferencias y el progresivo consenso conceptual que se obtuvo a través del desarrollo científico de las diferentes construcciones dogmáticas agrupadas en las más relevantes escuelas de pensamiento jurídicopenal.

Recuerda Velásquez (2018) que, la línea de pensamiento punitivo denominada escuela clásica, estuvo enmarcada en el contexto de la revolución francesa y como era de esperarse, el entorno revolucionario produjo una mutación de hondo calado en la doctrina penal de la época al posicionar al individuo como su cenit. De ahí la emergencia de la burguesía. Filosóficamente fue embebida por un derecho natural racionalista, propio del estado revolucionario que acogió el método deductivo, el cual propugnaba por la creación de leyes abstractas y generales en las cuales se buscaba la subsunción del caso en concreto.

El derecho de la época como concepción divina superlativa estaba dirigido al ser humano libre e inteligente, creado por dios, el cual se encontraba sujeto a unas reglas que convergían en un derecho natural superlativo al cual debía adherirse el derecho positivo del hombre, reconociendo de esta manera el principio causa-efecto. El delito por su parte se concebía, como el obrar humano exteriorizado, socialmente dañino, ejecutado en contravención del

ordenamiento jurídico promulgado en pos de la seguridad del conglomerado social. (Velasquez, 2018).

Recapitulando, el esquema clásico del delito se perfilo bajo la égida en dos estructuras fundantes erigidas tanto por elementos objetivos como por elementos subjetivos. Dentro del componente objetivo, se enlistaron la acción, la tipicidad y la antijuridicidad y en cuanto al factor subjetivo, este se encontraría compuesto por la denominada culpabilidad.

De manera sucinta como ya se reveló antes, se procederá a distinguir cada una de las macroestructuras que componen el injusto penal, a saber, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, desde las ópticas clásica y neoclásica, enfatizando en el componente subjetivo, fundamento del presente análisis. Para ello seguiremos las nociones que facilita (Agudelo, 2018).

Iniciemos por señalar que la acción, en los clásicos es un sistema causa-efecto y que este, corresponde al comportamiento voluntario del agente que se enfoca en una modificación del mundo exterior perceptible a través de los sentidos. Para los estudiosos de esta corriente, es claro que para que exista acción, debe preexistir voluntariedad, pero este querer desde este elemento del injusto, es visto de forma neutra, pues su genuino sentido valorativo se desarrollaría en la culpabilidad, donde se encontraba fincado el elemento subjetivo del ilícito. Con esta caracterización de la acción, como enseña (Fontan, 1957) es claro que las ideas y los pensamientos no resultaban punibles, porque el delito se concebía como acción voluntaria y solo se concebía como delito la acción calificada como típica, antijurídica y culpable, lo cual prefiguraba un gran avance.

Como ya quedo establecido en párrafos previos, la tipicidad era un elemento objetivo del punible en el esquema clásico y correspondía a la reseña

avalorativa del comportamiento exteriorizado por el autor causal el cual correspondía a una simple descripción del hecho considerado socialmente dañoso. En otras palabras, el accionar voluntario del actor causal, debía encajar de forma perfecta en la descripción del injusto penal legalmente establecido, para que dicha actividad fuera considerada como una acción típica.

Desde otra arista pero en el mismo sentido, la antijuridicidad en los clásicos, se desarrollaba a partir de una contradicción entre la conducta desplegada por el sujeto actor y el ordenamiento jurídico en general, esto con total abstracción de cualquier consideración subjetiva.

Ya para el tercer macro componente del delito, es decir, para la culpabilidad, puede decirse que, esta estructura funcionaba como el receptáculo de los aspectos subjetivos en el régimen clásico del delito, el cual se encontraba determinado como un nexo psicológico entre el autor causal y el hecho, cuyas manifestaciones como anteriormente se había anticipado, se agotaban en sus especies dolo y la culpa. En suma, para que el autor causal pudiera ser reconocido como autor jurídico en la dogmática clásica, se requería que se verificara que el individuo a más de ser imputable, es decir, que haya sido capaz de determinarse con conciencia y voluntad, también haya actuado de forma dolosa.

A pronto caminar se empezaron a observar las múltiples fisuras que presentaba el esquema del delito propugnado por los clásicos, las cuales impedían entre otros asuntos, dar explicaciones a los delitos de omisión, los cuales no respondían a la objetividad de los hechos ni al actuar del agente, sino a aspectos valorativos. Tampoco servía para explicar fenómenos como la culpa sin representación y menos respondía de forma eficiente al

emergimiento de los elementos subjetivos y normativos del tipo, ni a los elementos subjetivos de la antijuridicidad.

Por todo ello, las transformaciones de los conceptos de los elementos del delito inscritos por los clásicos no se hicieron esperar, puesto que, urgía dar una respuesta coherente a fenómenos tanto emergentes como actualizados de la época, que no daban espera, situación que se vio estimulada por el sistema de valores impulsado por el neokantismo, corriente filosófica que intento configurar el delito en directa relación con los fines y valores que sustentaban el sistema penal, los cuales respondían a la protección de ciertos bienes jurídicos que se propugnaban en una determinada sociedad (Gonzales, 2004).

En pocas palabras, el mundo de la naturaleza prohiado por los clásicos, no se encontraba preparado para explicar ciertos fenómenos emergentes e inherentes al derecho penal en desarrollo, al cual le apremiaba de una serie de conceptos amplios y la creación de diversas instituciones que no encuadraban en el mundo del ser y de las relaciones de causalidad (Gonzales, 2004). Razón por la cual, el neokantismo como fórmula de solución a los anteriores planteamientos, favoreció el ingreso de elementos axiológicos al derecho germánico, auxiliando así la mutación de la dogmática del delito en todos sus componentes (Velasquez, 2018).

Se pone de presente que, la transición de la escuela clásica a la neoclásica, se llevó a cabo de manera sutil en algunos aspectos puntuales, en el entendido de que la nueva escuela se suscribió con los mismos postulados básicos de los clásicos, al afirmar que, el injusto es una acción, típica, antijurídica y culpable. En la misma línea, mantuvieron el dolo y la culpa al interior de la culpabilidad, pero no por las razones que aducían los teóricos clásicos, es decir, no como grados de culpabilidad en los cuales se agota,

sino como elementos del componente culpabilidad, que cursaban junto con otros elementos como la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta. Al igual que en los clásicos, esta estructura continuo en el espectro de lo subjetivo y siguió siendo nexa psicológico solo que ahora calificado, pues también se consideró valorativo, ya que le incorporan el elemento de reproche (Agudelo, 2018), asuntos que se procederá a desglosar en próximos apartes.

El esquema conceptual utilizado por la dogmática neoclásica conservo el concepto causal de acción, el cual requería que el actor tuviera voluntad en la ejecución del injusto. Pero introdujo el concepto social de acción, en donde el derecho actúa como una macroestructura moduladora de las conductas humanas a través de un sistema de valores previamente configurado y actualizado. En estos términos la acción dejaría de ser la simple modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, para convertirse en actuación humana socialmente relevante; sin embargo, el contenido de la voluntad del sujeto actor continuaba siendo un tema de culpabilidad.

Apresurémonos entonces a subrayar, que los neoclásicos presentaron algunas glosas al sistema clásico en cuanto al establecimiento por exclusividad del carácter objetivo de la tipicidad y la antijuridicidad suscrita por sus antecesores. Adujeron que estas dos estructuras son preponderantemente objetivas, pero que existen situaciones puntuales en donde para la correcta determinación del tipo debían tenerse en cuenta conceptos normativos y/o valorativos, dando el cimiento a una concepción mixta de la tipicidad. Por contera, el tipo para los neoclásicos a diferencia de los clásicos, no era una estructura meramente descriptiva, sino prevalentemente descriptiva y por tanto su contenido podía contener elementos subjetivos o normativos que para su genuina comprensión lingüística requerirían de diferentes estimaciones que permitieran determinar

en forma definitiva en cuál de los tipos de la legislación vigente podría encuadrarse, especialmente cuando el tipo tiene diferentes formas de realización, y la diferencia entre un tipo y otro son precisamente aspectos normativos o relacionado con valores (Agudelo, 2018).

En rigor, según (Gonzales, 2004), debe tenerse en cuenta que, en la dogmática de los clásicos el derecho penal fungía como un simple descriptor de conductas. El advenimiento de estructuras filosóficas neokantianas permitió entonces, un cambio en el rol del derecho penal, dejando atrás su simple función de descriptor, para establecerse como una herramienta en la protección de ciertos bienes jurídicos que una determinada sociedad definía como valiosos.

Respecto a la afectación al bien jurídico protegido, se erigieron dos elementos que permitían establecer si había existido o no dicha afectación, los primeros correspondían a los elementos subjetivos del tipo, por ello la tipicidad en los neokantianos era prevalentemente descriptiva. Y los segundos fueron los elementos normativos, que requieren de juicios valorativos que el sentenciador debe realizar, en torno a establecer si se concuerda con alguno de los elementos que corresponden a la descripción legal del injusto penal (Agudelo, 2018).

Frente a la segunda macro estructura del delito, es decir, la antijuridicidad para los doctrinantes neoclásicos deja de constituirse en una contradicción objetiva entre el hecho y la norma jurídica, para constituirse en una lesión a bienes jurídicamente tutelados o daños a bienes de interés social, por lo tanto, en donde no existía lesión de intereses jurídicos, según Mezger comentado por (Agudelo, 2018), no debía existir delito

Por otro lado Gonzales (2004) señala que, la antijuridicidad en los neoclásicos es prevalentemente objetiva, pues al igual que la tipicidad se encuentra infiltrada por elementos subjetivos, específicamente en las causales de justificación de la legítima defensa y en el cumplimiento de un deber legal, pues en ambos casos, además de que se deban verificar los aspectos externos objetivos, también se requiere del ánimo de actuar de conformidad con el descriptor externo, bien sea de defenderse en la legítima defensa o de actuar de conformidad con el deber legal.

Advirtamos por nuestra parte, que frente a la tercera macroestructura, que corresponde a la culpabilidad, la dogmática neoclásica no se limitó al solo nexo psicológico entre el autor causal y el hecho como lo propugnaban los pensadores clásicos, porque según afirmaban los primeros, podía existir nexo psicológico, sin que existiera culpabilidad, en los casos de estado de necesidad exculpante o podía existir culpabilidad sin nexo psicológico, como en el caso de la culpa sin representación, lo que excluye como determinante de la culpabilidad al nexo psicológico, para dar paso al concepto de reprochabilidad como elemento fundante de la culpabilidad.

Para los dogmáticos neoclásicos resultaba claro que la culpabilidad no se agotaba en el nexo psicológico entre el autor y el hecho, sino que precisaba de un juicio de reproche para el agente causal. Lo que permite colegir que en esta escuela de pensamiento, la culpabilidad es más una cuestión contraria a valores, que un asunto meramente psicológico, en otras palabras, es la voluntad encaminada a trasgredir el deber impuesto por el ordenamiento jurídico (Gonzales, 2004).

Como ya se hizo notar, la doctrina neoclásica evoluciono al concepto de culpabilidad normativa, en el cual no resulta suficiente la simple existencia del nexo psicológico, sino que se requiere que el comportamiento sea

reprochable y para que este accionar dañoso sea digno de censura, el autor debió estar en posición de actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico y sin embargo, haberse determinado a obrar de forma contraria. Se le atribuye a Reinhard Von Frank ser el artífice de la teoría de la normativa de la culpabilidad luego ser desarrollada por Goldschmidt y Pflichtnorm (Gonzales, 2004).

2.2 EL DOLO Y LA CULPA EN LA MODERNA CONCEPCIÓN DEL DELITO: DIVERSA MANIFESTACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO: TEORÍA FINALISTA DEL DELITO

Según Velásquez (2018) los desmanes ocurridos bajo la égida del derecho nacionalsocialista en Alemania compelieron al derecho alemán a modificar el rumbo del derecho penal en general y de la sistemática de la teoría del delito en particular, entre 1945 y 1960. Para ello, los teóricos de la época se propusieron redirigirse en consonancia con los principios y valores del emergente estado social y democrático de derecho, los derechos del hombre y la limitación al poder del legislador. Continúa señalando el autor citado, que bajo el direccionamiento de H. Welzel, principal pensador del finalismo, se concibió al derecho como un orden ideal, eternamente válido, cognoscible por la razón, que se acompaña de ideas relevantes que le confieren seguridad y universalidad, esencialmente valorativo y dirigido a la protección del género humano.

De acuerdo con (Gonzales, 2004) el esquema finalista del delito, se encuentra cimentado en la teoría psicológica que pregona que las actuaciones humanas están siempre precedidas por una finalidad, a lo cual se le denomina teoría de la acción final. Para estos teóricos la acción humana es el ejercicio de la acción final, por lo que la acción es un evento final y no causal. En ese entendido, el individuo se encuentra en capacidad

de redirigir su accionar externo de acuerdo a su conocimiento causal previo y a la consecución de sus propios objetivos anticipados. Esa voluntad finalista cobija todas las consecuencias que el agente necesita realizar para alcanzar su objetivo (Fontan, 1957). En otras palabras, este esquema de pensamiento, enfatiza (Gonzales, 2004), en que los obreres humanos, están determinados por una finalidad o intencionalidad, que al fin y al cabo no es más que el dolo, cuando ese mismo designio apunta a la comisión de un injusto, y es por ello que esta teoría identifica a los elementos subjetivos como una característica del tipo y no de la culpabilidad, asunto de hondo calado en la estructura del delito a posteriori Agudelo (2018).

De otro lado, pero en ese mismo orden de ideas y reafirmando lo anterior, Agudelo Betancur, señala que según Graf Du Dohna, padre de la teoría finalista, acentuaba que en la culpabilidad es donde se realiza el juicio de reproche, es decir, es allí donde se efectúa la valoración del dolo, lo que de suyo trae que, los aspectos subjetivos, no puedan estar localizados en la culpabilidad. En definitiva, el dolo y la culpa son el objeto sobre el cual recae el reproche y no el reproche mismo y ese reproche se realiza en la culpabilidad.

Sigue explicando (Agudelo, 2018), que Welzel insistía en que la teoría de la acción en el finalismo, es una teoría de acción en general y no de la acción relevante del derecho penal. La acción en el finalismo es un actuar directamente encaminado a la consecución de un determinado fin, porque la intención no puede estar vaciada de contenido, por ello, el contenido de la voluntad orientado a su consecución es trascendental, y desde luego, en ausencia de voluntad, la acción se tornaría en inexistente. Dicho de otro modo, si se pretendiera realizar el juicio jurídico de desvalor correspondiente, en pos de determinar la responsabilidad de un actor determinado, sería necesario indagar por el contenido de la voluntad del agente, pues no existe

acción final en abstracto, esta solo puede existir con respecto a un determinado asunto en concreto y en relación a un sujeto específico, el sujeto actor.

En definitiva, al derecho penal le incumbe la finalidad envuelta en la acción y esta es un concepto prejurídico que por tanto obliga al legislador (Velasquez, 2018). Por ello, si de lo que se trata es de que el sujeto dirigió efectivamente su intención hacia una situación catalogada por el ordenamiento jurídico como punible, estaríamos frente al dolo, que no es más que una especie de la acción final. Parafraseando, correspondería a Welzel máximo exponente del finalismo, dejar entrever que el dolo hace parte de la acción y no de la culpabilidad, porque es en la acción donde se establece la voluntad que dirige necesariamente esa conducta humana y es precisamente el contenido de ese accionar dirigido por la voluntad, la situación objetiva que viene a definir la descripción del tipo penal, entendiendo el tipo penal como el enunciado de la conducta humana prohibida por el plexo legal.

Como resultado, en los elementos propios del delito y a la luz del finalismo, tenemos que, a diferencia de la dogmática neoclásica que afirmaba que ocasionalmente la tipicidad tenía aspectos subjetivos, el finalismo por su parte, sostuvo que el tipo siempre tiene presencia de elementos subjetivos, decantándose así por un tipo complejo, donde convergen elementos subjetivos y objetivos. Agregó además que la acción típica, solo podrá establecerse a partir del contenido de la voluntad, pues solo aquellas actuaciones humanas dirigidas por la voluntad pueden ser objeto de prohibición penal y esta es la razón por la cual, el elemento subjetivo de la acción es parte integral de la tipicidad, que es el enunciado de la conducta proscrita.

Para el finalismo, como instrumento lógico deductivo que sirve para determinar que conductas son merecedoras de penas, a diferencia de las escuelas clásicas y neoclásicas, el dolo no implica conciencia de antijuridicidad. El dolo para esta corriente, no es relevante en la acción, pues aquí el dolo es neutral, esto debido a que la denominada conciencia de antijuridicidad, es parte del juicio de reproche que no está precisado en el tipo, lugar donde residen las especies de la acción final, dolo y culpa, sino que se efectiviza en la culpabilidad.

Para Welzel reseñado nuevamente por (Agudelo, 2018), la misión del derecho penal es la protección de valores de carácter ético de la sociedad, la cual se cumple a partir de la prohibición de determinadas conductas además de sancionar las correspondientes infracciones al mandato correspondiente.

En relación con la antijuridicidad, sigue instruyendo este pensador, el finalismo tiene como esencial, el desvalor de acción, lo que no se agota en la simple lesión del bien jurídico, porque en todo caso debe tenerse en cuenta que la acción se haya alejada de lo prescrito por el mandato del legislador, solo en correlación con un actor determinado, el actor jurídico, pues le impone un deber de autodomínio, un deber de ajustar su conducta a los principios y valores del ordenamiento jurídico imperante y un rechazo frontal y decidido a la ilegalidad y a la criminalidad.

En punto de cierre frente a la culpabilidad, el finalismo argüía que es un simple juicio de reproche, que lleva in situ el presupuesto de imputabilidad, es decir, que el agente sea poseedor de conciencia de antijuridicidad o conocimiento de que su accionar va en contravía de la imposición legislativa, cuyo reproche va encaminado a que este, no se haya contramotivado a realizar una conducta que demostrara su acogimiento irrestricto a los principios y valores imperantes en el plexo jurídico correspondiente.

Una vez definido los elementos del delito en el finalismo y ya para rematar, podría señalarse que, para que una conducta típica y antijurídica pueda ser tenida como injusto penal y sea tributaria de una pena en esta corriente de pensamiento, se requerirá que el accionar del agente sea merecedor de reproche, es decir, que se trate de un resultado jurídico penalmente relevante (Gonzales, 2004).

Como ya se hizo notar arriba, la ubicación del dolo y la culpa en la teoría del delito no ha sido un tema pacífico en materia de dogmática jurídicopenal, pues las escuelas causalísticas tradicionales lo ubicaron como una especie de la culpabilidad, asunto que vino a ser revaluado por el finalismo que lo ubico en la acción, como el elemento subjetivo del tipo, lo que conlleva consecuencias de trascendental calado en la aplicación práctica de la teoría del delito contemporáneo.

2.3 CONCEPTO DEL DOLO: TEORÍAS, ELEMENTOS Y CLASIFICACIÓN DEL DOLO

El dolo según (Jimenez de Asua, 1959), se constituye en un avance evolutivo de gran trascendencia en el derecho penal, al dejarse atrás la tendencia de declarar la pena por el mero resultado objetivo del injusto obviando tener en cuenta la intención del actor causal. En rigor, el dolo es una de las dos categorías alternativas de imputación subjetiva que imposibilita la responsabilidad por el mero resultado, imponiendo unos determinados objetivos para la existencia del hecho típico.

Resulta evidente que, la forma subjetiva más grave de consolidación de la acción, es la forma dolosa, la cual presupone por cuenta del agente una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos, la cual legitima una conminación punitiva superior por cuenta del Estado y por ende,

traduciéndose en penas más drásticas, pues es más objetable el accionar intencional a la vulneración o daño del bien jurídico protegido por el legislador.

Las dos primeras líneas teóricas, según (Altavilla, 1956), que permiten establecer la noción de dolo se desarrollaron a principios del siglo XIX. La primera y más sencilla de estas, la constituyó la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*), que se desarrolló a partir de los clásicos italianos entre ellos Carrara y Pessina, que se decantaron por una hipótesis elemental para explicar este fenómeno. En palabras de Carrara (Carrara, 1978), el dolo “es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley”. Nótese como los partidarios de esta teoría confluyen en los siguientes requerimientos sustanciales de configuración de la acción dolosa: 1) el agente debe conocer que su actuación es contraria a derecho y 2) a su vez, debe haberse propuesto la realización del injusto, es decir, el agente quiere que se realice el resultado disvalioso.

La segunda teoría frente al dolo, según el mismo pensador, aparece posteriormente a la de la voluntad para nutrirla, es la denominada teoría de la representación (*Vorstellungstheorie*), que reemplaza el concepto de voluntad del resultado de sus antecesores, por el de representación o previsión del resultado, la cual no requiere de un análisis psicológico o de la voluntad, sino que recurre al estudio de los eventos externos, para a partir de ellos, inferir la existencia de un comportamiento doloso, contrario a derecho; pues se presume que si el resultado típico y antijurídico ha sido representado por el agente causal, es porque este lo ha querido y de allí emerge la responsabilidad.

Una tercera aproximación a la naturaleza del accionar doloso se conoce entre los eruditos como la teoría del consentimiento o asentimiento, para la

cual no se requiere de voluntad o intención por parte del sujeto actor del hecho dañoso en su resultado. Lo que se demanda en esta postura doctrinal para la determinación del dolo en la conducta, es que el agente haya previsto el resultado típico-antijurídico como probable o posible y a pesar de este conocimiento actualizado, el agente haya continuado con la ejecución, lo que se configura en un accionar doloso.

Detengámonos a esta altura, para ayudados por (Altavilla, 1956) hacer unas precisiones de dos términos ya enunciados, a saber, representación y previsión, que siendo diferentes, son utilizados como equivalentes en materia jurídico penal. Estas distinciones van a ser útiles más adelante, no solo cuando toquemos el tema del segundo elemento subjetivo del tipo, es decir, cuando precisemos deponer frente a la culpa, sino también, cuando pretendamos establecer las diferencias entre dolo eventual y culpa con representación.

Frente al término representación indica el mencionado pensador, debe entenderse como una contemplación interior sin percepción sensible, es decir, el sujeto a partir de unas impresiones anteriores se le vienen a la mente imágenes de lo que podría suceder, sin que se realice ningún tipo de juicio. Cuando a partir de las visiones interiores percibidas se realiza un juicio de probabilidad o de certeza que permite anticipar el acontecer causal a partir de la ejecución de nuestra conducta, estaremos frente a la previsión. No sobra añadir que la previsión, no puede ser interpretada como intención, puesto que, en esta última, se hace confluir la voluntad, que activa la ejecución de la acción y con ello transforma la realidad externa. Solo resta anticipar que en los tipos dolosos confluyen los tres fenómenos, la representación, la previsión y la intención; pero aquí la previsión es consumida por la intención.

Ha de destacarse que el dolo como elemento subjetivo del injusto se encuentra compuesto por dos tipos de elementos, uno de tipo intelectual que obedece al conocimiento coloquial de la naturaleza de los eventos y el significado contrario al orden jurídico que estos hechos representan, y otro de tipo afectivo o psicológico en donde quede perfilada la voluntad de ejecutar el injusto penal y la consecuente representación del resultado deseado.

Procedamos ahora a ampliar los conceptos de cada uno de estos elementos. El primero, el elemento intelectual o negativo, afirma (Fontan, 1957) que, este factor es aquel que vincula el actuar del agente con el orden jurídico vigente. En este entendido se pretende indagar si el individuo agente que ejerce la acción, se encuentra en inobservancia del ordenamiento jurídico, es decir, si conoce la ilicitud o no de su accionar, no en sentido técnico, sino en forma corriente o informal. El sujeto actor debe conocer que, con la ejecución de los hechos facticos por el previamente concebidos, en pos de alcanzar la meta deseada, se realiza una conducta prohibida por el legislador. A esta altura, debe procurarse señalarse que el aspecto cognoscitivo antecede al volitivo, puesto que los actos de conocimiento son precedentes a la acción, en el entendido de que no existe accionar sin conocimiento previo. Ese denominado conocimiento debe ser objetivo, pues el actor debe inferir fundadamente que su decisión es contraria a derecho, es decir, que se representa a sí mismo, que su accionar va en contra del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico vigente. Consecuentemente, frente al segundo elemento del dolo, el cual comporta, el elemento emocional o psicológico corresponde informar que, este tiene varias connotaciones, esto quiere decir que, se pasa de la intención a la voluntad decidida de realizar el tipo, el cual se prevé como una posibilidad, que al fin y al cabo no sirve de elemento persuasor al agente de su accionar ilícito.

Un examen más atento del asunto siguiendo las líneas del antes mencionado autor, indica que, actúa con dolo aquel individuo que ejecuta la acción representándose un resultado ilícito como cierto, probable o posible, el cual desea y acepta a su vez, y que a pesar de que el sujeto agente reconoce que actúa en franca contravención del orden jurídico vigente, esta situación no lo disuade en su accionar, actuando con total indiferencia por las consecuencias dañinas. En otras palabras, Para que exista dolo, como categoría subjetiva del tipo, el actor debe haberse representado el resultado nocivo y asentido en el desenlace representado. Por lo tanto, el accionar doloso presupone que el agente tenga conocimiento anticipado del acontecer causal y que posea el dominio de los hechos para el caso concreto bajo análisis jurídicopenal.

El tipo en su fase subjetiva de la cual hace parte el dolo, se encuentra cimentada en un concurso de etapas que incluyen una fase interior o psicológica del individuo, donde se lleva a cabo de forma primigenia, la determinación del objetivo propuesto (matar, hurtar etc.), la escogencia de los instrumentos que permitirán alcanzar la meta anhelada, los cuales concurren con la previsión de las posibles consecuencias del acto, para finalmente darse una fase exterior consistente en la realización del tipo. Todo lo anterior sirve para fundamentar el hecho de que el aspecto subjetivo (dolo o culpa) precede a los actos ejecutivos del agente, es decir, que cuando el actor causal exterioriza su conducta, esto no es más que la concreción del designio criminal urdido de forma antelada por el agente (Gomez, 2003).

Como en efecto se ha comprobado, el dolo puede distinguirse según la doctrina preponderante, en torno al vigor de sus elementos constitutivos para infringir la norma, los cuales fluctúan en cuanto a su intensidad en cada caso en particular, razón por la cual se ha clasificado el dolo en tres modalidades:

1) dolo directo; 2) dolo de consecuencias necesarias o indirecto y 3) dolo eventual (Zaffaroni, 2008)

El dolo directo, de primer grado, inmediato o intencional es aquel que ocurre cuando el actor doloso persigue de forma evidente la realización del tipo, para lo cual existe predominio del componente volitivo, (Manrique, 2012) lo que no excluye de suyo que se tengan en mente otros efectos ulteriores independientemente de que estos sucedan o no. Respecto de esta cuestión, debe diferenciarse claramente el ánimo o intención del sujeto actor y la finalidad perseguida, pues una misma intención puede servir para el logro de diferentes finalidades, las cuales pueden acaecer o no, esto sin perder de vista que el objetivo de la acción dolosa es la realización del tipo penal.

Para el caso del dolo de segundo grado, mediato, indirecto o de consecuencias necesarias, apreciado como una especie de dolo directo, este es considerado como aquel en donde no se desea un determinado resultado; pero si lo deseado como fin último se vincula a otro evento luctuoso como consecuencia necesaria, este se asume. En otras palabras como puntualiza (Roxin, 1997), esta especie de dolo comprende los efectos de la acción que sin ser intencionados, su producción es advertida de forma consciente por el sujeto actor. Aquí el resultado obtenido no es lo que verdaderamente se propuso el agente, pero el actor causal sabe que el resultado secundario no deseado se encuentra íntimamente vinculado al fin principal propuesto y los medios elegidos para la realización del tipo.

Debe advertirse oportunamente que, el asunto descrito inmediatamente antes, no se corresponde a un dolo eventual, porque en este tipo de dolo, la efectivización del resultado no deseado y previsible no es aleatoria sino inexorable, como quiera que esté directamente relacionado el fin último del agente con el resultado intermedio, no deseado y nocivo.

Se precisa a estas alturas del discurso entonces, realizar una diferenciación entre las categorías jurídicas, dolo directo e indirecto, la cual estriba en la distinción de las consecuencias finalísticas del accionar del agente. Si la consecuencia nociva es la finalidad propuesta, estaríamos frente al dolo directo, pero si la consecuencia ilícita no es parte de su objetivo finalístico, pero las acepta como necesaria y la asume, se tratará de un dolo indirecto.

Por otro lado, nótese que, frente a la última categoría de dolo, denominada como dolo eventual según expresa Jiménez de Asúa (1959) que, corresponde a aquella categoría dogmática, donde el sujeto actor se representa la posibilidad de un resultado antijurídico no deseado, pero que finalmente asume. En otras palabras, nos encontramos frente al dolo eventual cuando según el plan delictivo final, el autor advierte la probabilidad de realización de un tipo determinado como una posibilidad real de consumación y a pesar de ello, este razonamiento no resulta suficiente para hacerlo desistir del curso lesivo de su acción. Aquí se observa claramente como el factor volitivo prima sobre el cognoscitivo, pues el agente se decanta por la realización del injusto penal.

En este orden de ideas y con la finalidad de evitar confusiones injustificadas, se procederá a realizar una nueva distinción entre estas dos estructuras jurídicas, para no llevar a equívocos, esta vez correspondiendo a la diferencia entre dolo indirecto y dolo eventual. Si el segundo resultado como consecuencia de la acción se encuentra por fuera del propósito o intención perseguido por el actor causal, pero este se presenta de forma inevitable estaríamos frente al dolo indirecto. En cambio, para el caso en que la consecuencia no deseada contenga un albur y esta pueda o no producirse, por estar sujeta al azar, nos encontraríamos en el caso del dolo eventual.

No puede dejarse de lado iterarse que, ninguna de las formas de dolo hasta aquí expuestas pueden presumirse, para de esta manera habilitar el poder punitivo del Estado, pues en todos los casos se requiere de su efectiva verificación en el caso concreto.

2.3.1 El Dolo en la ley penal colombiana

Descendiendo al caso colombiano, es menester informar que el dolo al igual que la culpa en el derecho Penal Colombiano se desempeñan como modalidades de conducta punible (artículo 21) y corresponden a conceptos normativos propios del derecho positivo, contenidos en la Ley 599 del 2000 en sus artículos 22 y 23, dolo y culpa respectivamente.

En su artículo 22, el código penal colombiano, define la conducta dolosa en los siguientes términos:

“la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”.

De la transcripción del tenor literal de la norma, se infiere fácilmente que la codificación penal colombiana se encuentra suscrita en la teoría finalística de la acción, al precisar que “*la conducta es dolosa...*” lo cual imposibilita el tratamiento del dolo como una especie de culpabilidad. Se verifica de igual manera, que la tipicidad en Colombia es de un tipo complejo, donde concurren tanto elementos subjetivos como objetivos.

De otro lado, pero en el mismo sentido, el anterior epígrafe, delimita con claridad los dos elementos que componen el injusto doloso, a saber, uno cognoscitivo y otro volitivo, pues se demanda que el agente en cuestión deba conocer que su accionar es objetivamente típico y a pesar de ello, dirija su conducta de forma inequívoca a la vulneración del bien jurídico protegido con total indiferencia por lo preceptuado por el legislador.

2.4 DOLO EVENTUAL. UBICACIÓN. ELEMENTOS. TEORÍAS. CONFIGURACIÓN

El dolo eventual ha sido considerado como el límite entre la culpa con representación y el dolo directo (Tenca, 2010), es decir, se encuentra en el peldaño inferior de la modalidad dolosa del delito y se ubica en el lindero entre los dos principales elementos subjetivos del injusto, es decir, entre la culpa y el dolo.

Resulta trascendental como se dejó evidenciado anteriormente, una aproximación descriptiva veraz del dolo eventual, no solo para diferenciarlo de las demás formas de dolo, sino para distinguirlo de la culpa con representación; discriminación de gran trascendencia en términos de punibilidad. Esto debido a que, demarcar efectivamente el dolo de la imprudencia como bien señala (Roxin, 1997) no solo permite discriminar dos tipos diferentes de injustos, sino también distinguir dos formas de culpabilidad, lo cual permite explicar la mayor punición que recibe la actividad dolosa; pues quien se decanta por vulnerar el bien protegido por el tipo, manifiesta una mayor aversión frente al ordenamiento jurídico.

El dolo eventual como especie del dolo en general, contiene los mismos elementos de su matriz, es decir, contiene un elemento volitivo y otro elemento conativo o cognoscitivo. Algunos teóricos modernos han intentado erradicar el elemento volitivo del dolo eventual entre ellos Frisch comentado por (Roxin, 1997), sin que ello resulte deseable ni recomendable porque precisamente en este elemento se manifiesta la diferenciación entre dolo e imprudencia. En este entendimiento, el dolo eventual solo requiere del conocimiento del riesgo no permitido, lo que justificaría por sí, la mayor punibilidad.

Los pensadores de la dogmática penal mediante una serie de teorías, han intentado caracterizar el dolo eventual, en torno de sus elementos estructurales, para a partir de ellos, aspirar a develar su auténtica naturaleza, en torno a imponer unos específicos límites para la determinación de los criterios ontológico que deben operar para su precisa determinación normativa. Cabe destacar que, estas teorías no están revestidas de un carácter absoluto, sino más bien, reconociendo su valor indiciario en la demostración del dolo eventual. Para ello se expondrán a continuación las posturas teóricas que mayor consenso han recabado en la literatura científica, las cuales aportarían los criterios válidos y aceptables para atribuir responsabilidad a título de dolo eventual.

La primera de estas teorías, la teoría del consentimiento, reputada por (Jimenez de Asua, 1959) como de acogimiento o de ratificación, pone el acento en los elementos volitivos del dolo eventual. Entonces para su correcta configuración se requiere que, el agente se represente la posibilidad del resultado antijurídico y sin embargo este resultado perjudicial no lo persuade de su accionar, situación está, que la voluntad finalmente consciente. En otras palabras, para que exista dolo eventual en este razonamiento, se requiere de forma concomitante: la previsión de la posibilidad de un resultado nocivo, no querido, previo al accionar del agente, que no se evita porque este conocimiento no lo disuade de su accionar, que finalmente termina ratificando. El reproche a título de dolo en esta inteligencia afirma (Gimbernau Ordeig, 1976) opera porque el actor causal quiere que se efectivicen esas consecuencias.

Resulta conveniente añadir, nuevamente por cuenta de Jiménez de Asúa que, en el arranque de la acción del dolo eventual (del injusto representado como evento subordinado, no querido) este no corresponde a un comportamiento ni doloso ni ilícito y este comprende los resultados no

contenidos en la finalidad propuesta por el autor causal, pero que en pos de alcanzar el objetivo específico por él determinado, es posible que se presenten. Esto teniendo como referente que el elemento predominante en el dolo eventual es la voluntariedad, que se evidencia en la aceptación de las consecuencias antijurídicas, no queridas, pero finalmente asumidas. De lo anteriormente expuesto se puede inferir que, consentir en la realización del hecho con sus consecuencias, nos pone en el camino del dolo, puesto que este componente psicológico es precedente a la acción antijurídica que produce el resultado dañoso. Tiene como crítica esta teoría según (Roxin, 1997), que para el elemento volitivo del accionar doloso, basta con que el autor haya incorporado el resultado nocivo accesorio en su proyecto delictuoso, pues de esta manera se resolvió por la vulneración del bien jurídico protegido, por lo tanto, no se requiere para que exista dolo eventual, que el agente haya deseado el emergimiento del evento dañoso secundario, puede incluso no complacerle o serle indiferente, pero por el hecho de incluirlo en su cálculo delictivo, adquiere responsabilidad si el resultado nocivo eventual se presenta. En todo caso debe tenerse en cuenta que, la finalidad del establecimiento de los injustos dolosos es prevenir lesiones programadas a bienes jurídicos independientes de la actitud emotiva del actor.

La segunda de las teorías que intentan develar los límites del dolo eventual corresponde a la teoría de la representación o de la posibilidad, la cual ratifica tanto el elemento volitivo como el cognoscitivo de esta especie de dolo, pero a diferencia de la teoría del consentimiento, esta pone el acento en el elemento cognoscitivo para determinar el lindero del accionar doloso. Esta postura fue desarrollada por Schroeder y ahondada por Schmidhauser en los albores de la posguerra. Acorde con esta postura, Zielinsky comentado por (Tenca, 2010) afirma que, para determinar la existencia del dolo eventual se torna en superflua la voluntad; pues si el individuo agente

conoce de la existencia de la conexión entre el acto dañoso y la configuración del tipo, nos encontramos frente a un evento doloso. Por lo cual, no resulta determinante para la correcta determinación de la conducta dolosa eventual, que se requiera de la aprobación o no del resultado, la cual se torna en irrelevante. Definitivamente, la idea central de este posicionamiento es la simple representación del efecto nocivo, que, al ser percibido por el agente, debería hacerlo desistir de su acción finalística. De ello resulta necesario afirmar, que como reparo a este posicionamiento se tiene que, si el actor incluye en su plan un resultado accesorio típico por el representado y sigue actuando, por ese simple hecho se ha determinado por la trasgresión del bien jurídico, negando de tajo la culpa consciente. Ciertamente, si el dolo es actuar a pesar de la representación del resultado ilícito, la culpa solo existiría si no se tiene conocimiento, es decir, solo existiría la imprudencia inconsciente negando de tajo la existencia de la imprudencia con representación. En igual sentido, Bacigalupo informa que se constituye en un accionar doloso eventual, en los casos en que el agente realiza el acto nocivo a sabiendas de que existen circunstancias anejas que pueden desencadenarse y que también corresponden a un tipo penal y a pesar de ese conocimiento actúa (Tenca, 2010).

La tercera postura teórica del dolo eventual, denominada teoría de la indiferencia o motivación, desarrollado por Engisch, a la cual se suscriben pensadores como Núñez o Soler, consistente en la determinación de las posturas internas del agente, es decir, si el agente asiente en el resultado nocivo simplemente posible o se muestra desinteresado o indiferente frente a él, este se encuentra configurado. Cabe añadir según enseña (Roxin, 1997) que cuando el agente considera indeseado el resultado típico secundario y por ello alberga la esperanza de que no emerja, no se tiene como estructurada la acción dolosa. Vale decir que, para que se pueda pregonar el dolo eventual en esta hipótesis, se requiere que el agente de manera

fundada haya previsto el evento nocivo no querido, no relacionado con la finalidad deseada y propuesta por el actor y a pesar de ello se haya tornado indiferente frente a su acaecimiento. Aquí lo que se reprocha, no es la voluntad con la cual obra el individuo autor, ni la finalidad perseguida, sino la indiferencia del ánimo delictivo frente a la eventual realización de un tipo no querido y cuya finalidad no es perseguida por el actor (Tenca, 2010). Esta teoría tiene como glosa, según (Roxin, 1997), los casos en que el autor causal no es indiferente frente al resultado nocivo incidental, es decir, cuando la consecuencia lesiva no es querida, como mecanismo para eximirse de las consecuencias de su accionar consciente doloso en todos los eventos.

La cuarta postura frente a las fronteras del dolo, corre por cuenta de Kaufmann y se le conoce en la literatura científica como la teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, comentada por (Roxin, 1997), que esta postura surge a partir de la noción de acción final y se desarrolla cuando el sujeto actor a pesar de haberse representado la consecuencia accesoria típica, pretende objetar el accionar doloso, dirigiendo su ejecución a la evitación activa del resultado dañoso. Entiéndase bien que, el empeño empleado para evitar la consecuencia ilícita en todos los casos no servirá para excluir el dolo, especialmente, cuando el agente no se fía de su éxito y a pesar de ello continúa ejecutando la acción en pos de alcanzar su finalidad.

La quinta de las formulas propuestas para esclarecer los linderos del dolo eventual la conforma las fórmulas de Frank, comentadas por (Tenca, 2010), que fungen a manera de interrogantes para la verificación del dolo eventual. El primero de estos cuestionamientos que debe realizar el operador jurídico es el que corresponde a la forma en cómo se habría conducido el actor de haber tenido la certeza de la consecuencia accesoria típica. Si se deduce razonadamente que habría ejecutado la acción peligrosa a pesar de la certeza del injusto secundario, estaríamos frente al dolo eventual, caso

contrario, si se llega a la conclusión de que, si el actor hubiese contado con dicha certeza, no habría actuado, debe descartarse la conducta dolosa.

Finalmente, para la demarcación del dolo eventual se encuentran las denominadas teorías mixtas o eclécticas, que son una suerte de combinación de diferentes principios. Para (Roxin, 1997), existe dolo eventual cuando el sujeto actor se representa ponderadamente la posibilidad de realización del tipo no querido, pero a pesar de ello, actúa en búsqueda de la satisfacción del fin deseado y simplemente se conforma con el acaecer del suceso accesorio eventual. En esta hipótesis, el accionar doloso requiere que el sujeto actor se tome en serio la posibilidad del resultado típico circunstancial, pero a pesar de ello, el agente continúa actuando de forma calculada en procura de alcanzar su fin último. En el caso de Mezger, existe dolo eventual cuando el evento dañoso representado como un acaecer eventual, no disuade al agente de su accionar. En estas condiciones el resultado eventual es querido porque el autor ha asumido su realización. Para terminar, y sin querer abarcar el total de pensadores que se suman a las teorías eclécticas, por exceder el marco del presente trabajo, se tiene que, existe dolo eventual para (Zaffaroni, 2008), cuando según el acontecer causal del actor en pos de alcanzar la finalidad codiciada, se prevé la amplia posibilidad de la realización de un injusto no querido y a pesar de ello, este conocimiento no sirve para disuadirlo de su ánimo delictivo.

2.4.1 El dolo eventual en la ley penal colombiana. Elementos. Teoría. Configuración

Para desentrañar el concepto y elementos del dolo eventual en la codificación penal colombiana, recurrimos nuevamente a la ley 599 del 2000, en su artículo 22, que trae consigo la definición taxativa de esta estructura:

“...También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”

Del tenor literal de la norma trascrita se puede inferir dos aspectos sustanciales de gran importancia: 1) la teoría a la cual se circunscribe la ley penal colombiana para delimitar los linderos específicos del dolo eventual de otras figuras punitivas como la culpa con representación, y 2) enumera los requisitos de perentorio cumplimiento, en el establecimiento del dolo eventual, para su correcta configuración (Velasquez, 2018).

Frente a la teoría del dolo eventual al cual se circunscribe la ley penal colombiana, esta corresponde a la teoría de la probabilidad o representación, donde el aspecto cognoscitivo es prevalente y el componente volitivo se encuentra menguado hasta el límite de tornarse irrelevante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 51038, 2018). En esta teoría, nos enfrentaríamos al dolo eventual en los eventos en que el agente se representa como probable la realización del tipo objetivo y esta puntual situación no lo disuade de su accionar ilícito, con independencia de si asume o no la producción del hecho nocivo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32964, 2010). En corto, para la teoría de la probabilidad, el cenit es la conducta peligrosa, la cual debe ser conocida por el actor causal, sin que para nada interese su aspecto volitivo.

Frente al segundo aspecto a tener en cuenta, es decir, lo correspondiente a las exigencias que deben confluír para pregonar la existencia del dolo eventual en el plexo normativo penal colombiano se tiene: 1) que el actor causal se represente como probable el resultado típico, y 2) que la realización del resultado típico accesorio se deje librada al azar.

En líneas pretéritas, se dejó expresa constancia de que la representación de la probabilidad de realización del tipo objetivo, debe apreciarse desde el asunto bajo óptica penal en concreto y que el riesgo de ocurrencia del evento nocivo debe ser serio e inmediato (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32964, 2010)

El texto del artículo 22 del código penal colombiano indica que el resultado ilícito no deseado, debe haber sido previsto como probable, es decir, que debe haber una fase cognitiva más concreta que una simple posibilidad, pues deben darse las condiciones fácticas ciertas para que se desarrolle el hecho eventual (Gomez, 2003)

Seguidamente, conviene precisar el alcance de la expresión dejar librado al azar. En este contexto específico que más arriba se dejó entrever, en donde el agente causal a pesar de haberse representado el riesgo del evento típico para el bien jurídico concreto, el cual se origina en su accionar peligroso, dicha situación no lo disuade y continua la ejecución riesgosa con total indiferencia por el resultado.

En definitiva, dejar librado al azar, en el dolo eventual colombiano, denota un aspecto volitivo consistente en tomar con indiferencia las consecuencias accesorias negativas, del accionar dirigido a la consecución de una finalidad ilícita.

2.5 LA CULPA, NATURALEZA, CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASIFICACIÓN

Con el advenimiento del maquinismo, los ordenamientos jurídicos contemporáneos han tenido que adecuar sus estructuras normativas en pos de aspirar a la reducción al mínimo los riesgos que actividades actualmente

comunes como, conducir un vehículo, ejercer la actividad médico quirúrgica o las relaciones laborales entre otras comportan. Se pretende entonces, mediante el desarrollo de los injustos imprudentes que, en el tráfico jurídico de bienes y servicios, los actores desarrollen sus correspondientes actividades con el debido cuidado y con ello evitar la exposición innecesaria de perjuicios de los bienes jurídicos ajenos expresamente protegidos por una determinada sociedad.

La palabra culpa en el presente trabajo estará referida a un tipo de ilícitos que se cometen de forma voluntaria y que se encuentran en contraposición a una norma jurídica o a normas impuestas por la pericia o la prudencia (Altavilla, 1956).

Luego de analizar la comprensión que se tiene del dolo, donde se evidencia una relación más o menos directa entre el autor y el injusto penal, en el cual el agente quiere la realización del resultado típico, debe procederse a determinar la estructura jurídica de la culpa, siendo lo pertinente señalar ,que para el caso de la segunda forma subjetiva de la acción, esta relación es indirecta o inexistente (Fontan, 1957); esto en el entendido de que el agente culposo no encamina su actuar hacia la consecución del fin prohibido por el estatuto legal. En efecto, en la culpa el acto a desarrollar es voluntario pero su finalidad no es la de lesionar el bien jurídico protegido.

No puede quedar en el ambiente la idea de que en el tipo culposo la acción ejecutada por el agente se encuentra desprovista de finalidad, pues carecería de fundamento teórico, lo que en realidad ocurre en este tipo de injustos es que, la acción ejecutada por el actor, que es voluntaria y cuya finalidad es lícita, se realiza con inobservancia del cuidado debido al cual el sujeto autor debía acogerse, y con ello, causa una lesión a bienes jurídicos ajenos.

Como se descubrió en acápite, la culpa como elemento del tipo se viene a dar con la transformación de la teoría del injusto, es decir, con la migración del dolo a la tipicidad por cuenta del finalismo. Y es precisamente en el tipo donde se debe apreciar el desvalor de la conducta realizada por el agente y los diferentes elementos que fundamentan una conducta culposa, lo cual, permitiría su calificación como imprudente. En rigor, del conglomerado de las acciones típicas solo serán tipos culposos aquellos hechos expresamente consagrados por el legislador como tales, lo que da cuenta de una limitación importante del poder punitivo en esta clase de acciones.

Se ha pretendido mediante la existencia de unos determinados vicios o defectos explicar las circunstancias fundamentadoras del injusto imprudente y por tanto el deber de amonestación al agente con una pena. Comenta Jiménez de Asúa (1959) que la teoría clásica sentaba sus bases en la previsibilidad de la consecuencia jurídica. En ese entendido, Carrara aseveraba que el obrar culposo ocurría como un defecto de la voluntad, es decir, el injusto se establecía como una omisión voluntaria de imprevisibilidad de las consecuencias previsibles del acto. Visto desde esta óptica, quien no prevé lo previsible, lo hace porque no quiere preverlo. Esta hipótesis por supuesto, presenta como inconveniente para la definición de culpa, que no resulta eficiente para explicar la culpa con representación.

Análogamente, aparece ya en el siglo XVIII otro exponente que pretende develar las razones de punibilidad que deberían operar frente al agente imprudente. Esta teoría corresponde al defecto intelectual propuesto por Almendingen, comentado por (Fontan, 1957), el cual indicaba que, la culpa se originaba como un defecto de la inteligencia que, daba al traste con una ausencia de reflexión del sujeto actor, por lo tanto, existía punibilidad en la acción culposa, debido a que debía procurarse evitar los actos que producen daño a la sociedad, por la simple falta de atención. Se tiene conocimiento por

Jiménez de Asúa (1959) que a esta teoría adhirieron positivistas entre ellos Ferri, los cuales no se encontraban satisfechos con la teoría de la voluntad anteladamente expuesta.

Sigue señalando Jiménez de Asúa (1959) que, también en el derecho contemporáneo se han venido desarrollando teorías que pretenden explicar la culpa, integrando tanto elementos objetivos como subjetivos, tal es el caso de la teoría de acto de voluntad de Carlos Binding y la teoría orgánica de Von Liszt, entre otras, que seguidamente pasaremos a desarrollar.

La teoría de la culpa en Binding se estructura en la existencia de voluntad de la culpa, en donde el agente quiere el acto, más no el resultado (nocivo). Esta hipótesis compendia como elementos centrales de la culpa, 3 aspectos diferentes, a saber, 1) voluntad 2) previsibilidad y 3) evitabilidad. Señala el pensador alemán Inlimine, que los delitos culposos son efecto de la voluntad del sujeto actor y que, en la mayor parte de los casos, el curso causal está previsto al igual que en el acto doloso, con la diferencia en que, en el evento de la culpa, el agente desconoce su antijuridicidad. Esta teoría también tiene como inconveniente al igual que sus antecesoras, que tampoco puede generalizarse a todas las especies de culpa, pues serviría para explicar la culpa consciente, pero no para la culpa sin representación, en donde no se prevé la relación causal y no puede tampoco afirmarse la existencia de voluntad (Fontan, 1957).

La segunda corriente teórica ecléctica de interés, corresponde a la teoría integral de Von Liszt, la cual integra tanto el defecto de la voluntad como la doctrina de la previsibilidad, Fontan Ballestra (1957) enseña que, en esta hipótesis, obra con culpa aquel que desencadena el acto de voluntad sin percatarse de forma subjetiva de prever el resultado dañoso (defecto de inteligencia) previsible en su entorno social, de acuerdo a las circunstancias

particulares de la acción. En consecuencia, el autor imprudente despliega un accionar peligroso que pone en riesgo bienes jurídicos protegidos por la sociedad, debido al descuido desarrollo de la acción, por omisión en la previsión de un resultado dañoso, que en últimas, resulta contrario a los requerimientos del orden jurídico.

Finalmente y en punto de cierre frente a las teorías, Jiménez de Asúa (1959) enfatiza en que, el accionar culposo sobreviene cuando el agente no se ha percatado estando en oportunidad de hacerlo, que su obrar se torna indiferente frente a las necesidades sociales y por lo tanto, trae consecuencias dañosas a todo el colectivo en general.

Visto que ninguna de las anteriormente expuestas hipótesis, satisface la definición de culpa, partamos de la formula expuesta por Jiménez de Asúa, que para efectos de este estudio resulta correspondiente, pues contiene, además, la diferenciación entre culpa con representación y dolo eventual que servirá para fundamentar en futuros acápite dichas estructuras:

Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo (Jimenez de Asua, 1959, págs. 371-372)

Una vez expuestas las teorías que pretenden explicar la punibilidad en los ilícitos culposos, procederemos a establecer la estructura y los elementos que componen el tipo culposo, para ello, ab initio, debe señalarse como bien afirma (Zaffaroni, 2008) que los tipos culposos, son tipos abiertos, que requieren de una norma de cuidado que le dé completitud. Este tipo de ilícitos requieren que la acción que produce el resultado nocivo, se

establezca mediante la infracción de una o más normas de cuidado, que previamente deben encontrarse establecidas en el régimen que gobierna una determinada actividad o profesión. Por lo anteriormente expresado, ese deber de cuidado se constituye en un elemento de remisión que, no se encuentra establecido en la norma punitiva, sino en los estatutos que direccionan el ámbito regulativo de la actividad en que se desarrolla el actor causal y que da origen al efecto lesivo, los cuales pueden encontrarse compendiados en una ley, en un código ético, en el reglamento de la profesión o saber, o en una instrucción de una autoridad que regule la materia. Sobre este particular volveremos luego.

Preciso es explicitar, como bien afirma (Tenca, 2010), que la simple creación de un peligro no permitido, para un determinado bien jurídico, no es suficiente para la imputación jurídica culposa, pues el tipo imprudente por regla general, impone la necesidad de un resultado nocivo, que se causa por un actuar indiferente por cuenta del actor causal, que se constituye en una infracción al deber de cuidado debido y que comporta una afectación relevante desde el punto de vista penal. En otras palabras, para poder atribuir a un actor concreto un punible culposo, se requiere que el agente haya creado un riesgo no permitido- pues el riesgo permitido marca la frontera a partir de cuya superación comienza la acción imprudente- y que ese mismo riesgo no permitido sea determinante en la producción de un resultado que cause un daño relevante, sobre un bien jurídico ajeno, expresamente protegido por el legislador; en donde lo determinante de la acción consista en la violación del deber objetivo de cuidado.

Por antonomasia y siguiendo el pensamiento de (Gomez, 2003), la acción endilgada como imprudente se tornará en atípica, si el agente no violó el deber de cuidado correspondiente, esto teniendo en cuenta que, el riesgo permitido produce el desvanecimiento del injusto. De igual manera, en los

eventos en que el curso causal no pueda controlarse, preverse o evitarse, pues a fin de cuentas, como se dejó sentado con antecedencia, la culpa es una estructura que se encuentra fundamentada en la previsibilidad.

2.5.1 La culpa en la ley penal colombiana. Elementos. Teoría. Configuración

La ley penal colombiana prevé en su artículo 23 la definición de culpa:

“La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”

Sea lo primero iterar, como en párrafos anteriores se dejó expresado que, según el artículo 21 del código penal colombiano, la culpa solo es punible en los precisos eventos determinados por el legislador y que la preponderancia de la acción culposa se encuentra en la configuración del resultado lesivo que vulnera un determinado bien jurídicopreciado por la sociedad cuyo mecanismo productor corresponde a un desacato al deber objetivo de cuidado.

Ahora bien, conviene señalar respecto a la hipótesis nacional, en donde la doctrina no ha sido pacífica, que esta contiene tanto elementos de naturaleza objetiva como elementos de naturaleza subjetiva. En este último componente se puede distinguir la previsión del resultado y el conocimiento del agente (Velasquez, 2018).

El tipo imprudente es una construcción teórica que a partir de sus elementos pueden diferenciarse nítidamente del injusto doloso. Para ello procederemos de forma presta a partir de la fórmula local a establecer sus componentes, para lo cual, cabe iterarse como ya se expresó anteriormente, que el

elemento principal en los ilícitos imprudentes lo constituye el resultado nocivo previsible, pues resulta la excepción, un tipo culposo en donde no se requiera para su configuración de un resultado material (Velasquez, 2018).

Particular interés presenta como bien indica (Altavilla, 1956), diferenciar en el injusto imprudente, dos partículas lingüísticas disimiles, como son prever y previsibilidad, que pueden en un momento determinado y dependiendo del contexto utilizado, llevar a equívocos, razón por la cual, dedicaremos unos renglones a precisar sus nociones. La previsión es la facultad del sujeto actor de representarse para el caso en concreto, un resultado como probable. En tanto que la previsibilidad, corresponde a la posibilidad genérica, ya no en concreto, que tiene un individuo de mediana inteligencia y cultura (criterio medio), en un contexto temporal determinado, de prever el resultado como consecuencia de su accionar.

Conviene señalar como enseña (Gomez, 2003), que para que el injusto imprudente pueda ser punido, el resultado lesivo debió ser previsible y evitable, además de que este debe derivarse como consecuencia de la violación de un deber de cuidado al cual estaba sujeto el agente causal. En últimas, no puede emerger responsabilidad penal alguna, del hecho de no prever algo a lo cual era imposible anticiparse mentalmente.

El segundo elemento representativo a desarrollar, es el denominado deber objetivo de cuidado, que es un elemento normativo del tipo culposo (Tenca, 2010), el cual implica el conocimiento debido que le corresponde tener al sujeto activo que se desempeña en un determinado ámbito de relación, que para el caso que nos ocupa correspondería a la profesión médica.

Distíngase que, una vez se encuentre individualizada la conducta que viola el deber de cuidado endilgada al agente concreto, al operador jurídico le

corresponderá en primera instancia, el establecimiento de cuál era la conducta que debió asumir una persona prudente y diligente puesta en la misma situación del actor causal. Para ello se servirá de los aspectos normados que regulan el ámbito de relación en que se desempeñaba el autor concreto. En definitiva, y teniendo en cuenta el objeto de este estudio, procurara remitirse a los aspectos objetivos del caso que se encuentran en relación a lo establecido en la *lex artis*, el código de ética médica, la legislación en salud en general y las directrices de la superintendencia de salud entre otras.

No obstante lo anterior, según (Velasquez, 2018), el establecimiento del deber objetivo de cuidado, requiere de una doble apreciación por parte del analista jurídico, es decir que, demandaría tanto un análisis de los hechos de forma objetiva como el establecimiento del nivel de prudencia y cuidado (subjetivo), que es posible exigirle al actor concreto de acuerdo a su experiencia y conocimiento. Esto porque el tipo del injusto imprudente requiere por cuenta del autor, que este sea capaz de prever. Es decir, que se encuentre en posición de percibir las consecuencias que la omisión del deber de cuidado trae frente a los bienes jurídicos ajenos y para ello resulta relevante atender a las y condiciones de formación, conocimiento, habilidad, capacitación y trayectoria que haya desarrollado el sujeto causal.

Ahora bien, retomando, corresponderá al intérprete jurídico proceder a realizar un ejercicio abstracto objetivo-subjetivo, en torno a establecer los requerimientos del tipo, consistente en la diferenciación entre dos estructuras jurídicas, a saber, el deber de cuidado y la violación del deber de cuidado (Gomez, 2003). La primera de estas construcciones deviene como una exigencia genérica, que se estructura bajo un criterio medio y se establece de forma objetiva mediante el contraste entre cualquier individuo practicante de la especialidad y las normas que regulan el ámbito de relación. La

segunda en cambio, corresponde a una exigencia específica o en referencia al actor concreto del deber al cual estaba sujeto y al cual se encontraba en posibilidad de observar. En consecuencia, de lo anterior, el agente realiza el deber de cuidado cuando ajusta su comportamiento a las normas regulativas del ámbito de acción. Sin embargo, y no puede perderse de vista que, de forma extraordinaria la acción se denota en imprudente, cuando el autor concreto del hecho nocivo en atención a sus especiales conocimientos, habilidades, capacitación, trayectoria y del poder del que dispone frente a los medios, le era exigible un cuidado más particular o intensivo

Lo anterior sirve para demostrar que la culpa está determinada por diferentes niveles, pues será más grave el injusto imprudente, para aquel agente con mayor conocimiento, experiencia y trayectoria, de quien se espera mayor diligencia y cuidado, pues se exige el empleo de las mayores capacidades, que para el caso de un novato que se estrena en una determinada actividad, quien a fin de cuentas cumple con el deber de cuidado, cuando actúa con un criterio medio. Téngase en cuenta que al especialmente hábil en un determinado sector de tráfico jurídico se le pueden exigir un desempeño de primera calidad, desde su sector de destrezas y habilidades, que correspondería a un rendimiento promedio entre sus iguales, que son individuos de cualidades superiores al promedio y no se trata de esfuerzos adicionales.

Frente a lo descrito anteriormente afirma (Roxin, 1997), que facultades inferiores al promedio de profesionales en un mismo ámbito de relación, no excluye la imputación del tipo imprudente, pues en estos casos en donde el agente se percata de que sus habilidades son inferiores a las de la media en el ejercicio de su actividad, existe imprudencia por emprendimiento o asunción de un riesgo, para el cual no se encontraba en capacidad de comprometerse y sin embargo este asume los resultados nocivos que de él

se deriven. Sirvámonos de un ejemplo en el campo de la actividad médica: un médico general que desarrolla su actividad en el servicio de urgencias, que no tenga las habilidades suficientes para realizar una intubación orotraqueal, estando en el deber de conocer su perfecta ejecución; no solo por el hecho de ser médico sino también por estar vinculado a un servicio clínico que está llamado a que su personal tenga respuestas rápidas y efectivas, pues estas son la diferencia entre la vida y la muerte de los pacientes. Si el enfermo fallece a causa de la falta de ventilación pulmonar por la realización imperfecta del procedimiento, este médico será imputable por homicidio culposo, en el entendido de que el agente no ha cumplido con el estándar objetivo mínimo.

De otro lado, pero en el mismo sentido, no puede dejarse de lado informar que, un conocimiento particular puede fundamentar una acción imprudente bajo determinadas circunstancias, piénsese en un cirujano que teniendo programadas un número plural de procedimientos quirúrgicos en un mismo día, el cual de forma temprana se percata de que el electrocauterio¹ que tiene para realizar dichos procedimientos está presentando fallas y a pesar de ello sigue actuando sin reemplazar el instrumento con el infortunio de que en la última cirugía del día, el equipo deja de funcionar de forma definitiva, y a causa de ello, no se puede detener oportunamente el sangrado profuso de su paciente ocurriendo su deceso. Es evidente en este evento, que este profesional sanitario ha actuado con imprudencia; caso contrario ocurriría en aquel facultativo al cual le falla súbitamente la herramienta y por ello sucumbe su paciente. No se discute que habría responsabilidad contractual o extracontractual por cuenta de la institución prestadora de servicios de salud, que es un caso aparte, pero lo que si resulta evidente es que, en este último evento, no se podría imputar responsabilidad a título de imprudencia al profesional sanitario.

¹ Equipo médico utilizado para cauterizar y sellar vasos sanguíneos, que permite reducir o detener el sangrado durante una cirugía

Una vez detallado lo anterior podemos afirmar que, la infracción del deber objetivo de cuidado a que se refiere la fórmula de culpa colombiana, implica que el actor concreto ejecuto su accionar hacia una finalidad extratípica, sin la debida observación del cuidado y prudencia requeridos, y con ello lesiona sin querer, bienes ajenos que gozan de una protección legal.

2.5.2 Culpa sin representación y culpa con representación. Utilidad de esta clasificación

Recapitulando, ya en anteriores párrafos hicimos referencia al aspecto subjetivo del tipo, en donde el actor concreto quiere la realización de la conducta que produce la infracción de la norma de cuidado con la conciencia o no del peligro creado para el bien ajeno, pero su finalidad no es realizar el resultado típico. Precisamente la distinción entre culpa sin representación y culpa con representación, como bien afirma (Tenca, 2010) es cabalmente desde este aspecto puntual.

De antaño, Altavilla (1956) había precisado que, la división más importante de los delitos culposos estaba asociado a la previsión y esta se encuentra determinada como la representación que realiza el autor causal, puesto en una determinada situación, de que un resultado es probable de ocurrir. Esta falta de previsión o representación del resultado típico es el aspecto determinante para la diferenciación de estos tipos de culpa.

En la culpa sin representación o sin previsión como bien instruye (Gomez, 2003) el agente despliega la acción querida con infracción de la norma de cuidado correspondiente y a pesar de la creación del riesgo prohibido para el bien jurídico tutelado, el autor no prevé la producción del hecho típico, estando en condiciones y debiendo hacerlo, por ser este un resultado previsible. En definitiva, en este tipo de culpa, el actor cuenta con los

elementos necesarios que le permitan representarse el injusto y a pesar de ello no lo hace.

En la culpa con representación en cambio, el agente también despliega la acción de forma voluntaria con infracción de la norma de cuidado correspondiente, creando de igual manera un riesgo prohibido para el bien jurídico protegido, pero a diferencia de la culpa sin previsión, este si se representa que como consecuencia de sus actos puede sobrevenir un resultado nocivo no querido, el cual confía en que no se producirá. En este tipo de culpa el autor actúa a pesar de haber previsto la probabilidad de presentación del resultado dañoso.

En la culpa sin previsión el agente actúa porque no previó el resultado nocivo para el bien jurídico ajeno, encontrándose inmerso en un defecto de representación. En cambio en la culpa con previsión el defecto es del querer, pues el agente actúa a pesar de haberse representado la posibilidad de configuración del tipo (Tenca, 2010).

Frente a la utilidad de la clasificación entre culpa con representación y sin previsión, podríamos anticipar, desde ya, que la doctrina no ha sido pacífica y se han venido a ubicar en diferentes aristas gravitando entre quienes le dan una gran relevancia, pues encuentran un vínculo real entre la gravedad del injusto y la distinción entre ambos tipos de culpa con efectos directos en el quantum de la pena y aquellos que simplemente le restan importancia a dicha categorización.

En la primera línea, es decir, entre quienes creen que esta distinción es útil, destacan entre otros, Jiménez de Asúa de un lado y Mir Puig con Altavilla de otro, es decir, en orillas opuestas frente a la mayor gravedad de la culpa en esta clasificación. Afirma (Jimenez, 1976) que esta diferenciación permite

comprender la esencia de la culpa como categoría teórica, reseñando que es más gravosa la culpa inconsciente o sin representación que la consciente, pues el agente debió haberse representado la posibilidad de configuración del tipo, pues se encontraba en capacidad de hacerlo y sin embargo este lo omitió. Desde la orilla opuesta Mir Puig y Altavilla. Para el primer teórico desde esta nueva arista es más grave la culpa con representación que la inconsciente, debido a que el agente presenta un estado de indiferencia respecto del resultado, que propugna por un estado de peligrosidad en el agente que se asemeja al dolo. Para Altavilla (1956), el acto culposo consciente se acerca también al accionar doloso en cuanto a su previsión, elemento de la intención, sino también por un elemento ético, en cuanto a que el sujeto actor se representa el resultado nocivo y aunque su finalidad no es causar daño, actúa sin una reflexión de la afección a los bienes determinados como valiosos en un determinado conglomerado social. En otras palabras, En este individuo no se presenta el altruismo requerido para convivir en sociedad.

Autores como Bacigalupo y Zaffaroni en cambio, no consideran que la culpa sin representación sea más grave que la que ocurre con previsión, por lo tanto, en este sentido en nada aporta dicha calificación. No obstante, precisa señalarse que según (Zaffaroni, 2008), la importancia de esta distinción esta fincada en la posibilidad de diferenciar dolo eventual y culpa con representación. Sobre lo que retomaremos más adelante.

(Roxin, 1997) ha indicado que la distinción entre las estructuras jurídicas imprudencia con representación e inconsciente no es significativa desde el punto de vista práctico, pues la tendencia legislativa es a no vincular entre ellas diferentes consecuencias jurídicas. Lo anterior concuerda con el ámbito local, donde señala (Velasquez, 2018), la diferenciación entre culpa con representación e inconsciente es inútil desde el área de punición, puesto que

el legislador Colombiano no atiende a sanción aumentada bajo esta clasificación; lo que conlleva a que prever el resultado nocivo y no hacerlo, estando en el deber de hacerlo, para efectos de la pena es perfectamente equivalente.

2.5.3 Diferencia conceptual entre Culpa con representación y dolo eventual. Teorías. Elementos

En los últimos años venimos observando como la responsabilidad a título de dolo eventual ha venido ganando plausibilidad, por lo que deviene establecer con rigurosidad la distinción entre dolo e imprudencia, pues el reproche más grave está vinculado a los daños que se producen con intencionalidad; por ello el delito cometido con dolo se sanciona con pena superior al que es causado por imprudencia.

Entre las estructuras dolo eventual y culpa consciente o con representación, existen múltiples similitudes estructurales y conceptuales que han hecho difícil su delimitación fronteriza. Por ello a partir de las teorías del dolo y de la culpa ya expuestas, se pueden extraer en líneas generales de pensamiento, una serie de indicios que permitirán aplicándolos en conjunto, una clara delimitación de estas distintas construcciones jurídicas.

Iniciemos la diferenciación de estas dos estructuras de configuración punitiva, a partir de un primer elemento al que se denominara, lesión del bien jurídico tutelado, para ello nos serviremos de la teoría contemporánea de Roxin, comentado por (Manrique, 2012), en la cual, para diferenciar la naturaleza disímil entre los delitos culposos de los dolosos, se tiene que analizar, la decisión tomada por el agente frente a la pretensión de lesión del bien jurídico tutelado. En los casos en que el agente asuma de forma seria el riesgo de producción del resultado típico no querido en pos de alcanzar su finalidad, estaremos frente al dolo eventual. En cambio, en los casos de

culpa consciente, el actor causal, no está dispuesto a asumir el riesgo y, por lo tanto, confía en que el tipo no se realice. Como resultado de lo anterior, en los ilícitos dolosos, el actor causal actúa contra el bien jurídico protegido por el tipo, en cambio, en los delitos imprudentes esta situación no se presenta.

En ese orden de ideas, para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, este pensador ha establecido que se encuentra en función de si el autor actuó o no de acuerdo al plan previamente establecido. Así, si el resultado nocivo concuerda con el diseño urdido por el agente, quien se decanta conscientemente por su realización, nos encontramos frente a un actuar doloso eventual. En síntesis y a la luz del desarrollo de esta primera propuesta, se tiene que, cuando el agente ha previsto de forma seria la ocurrencia del resultado típico y a pesar de ello decide actuar calculadamente en pos de alcanzar la finalidad previamente establecida, estaríamos frente al dolo eventual. En cambio, si el autor a pesar de haber previsto el resultado ilícito accesorio no querido, confía en que este no se presentara e incluso toma medidas tendientes a evitarlo, estaremos ante la imprudencia consciente.

Unas cuantas precisiones finales frente al pensamiento de (Roxin, 1997) son necesarias, esto en cuanto a que, no se precisa en el dolo eventual, como ya se había expresado atrás, un ulterior desvalor en su actitud psicológica por cuenta del agente, pues el evento típico circunstancial, puede no ser querido de un lado o simplemente cursar con ausencia de postura psíquica y por tanto asumiendo una actitud de indiferencia frente a este. En este último caso, precisamente en ese desinterés se encuentra reflejada la determinación del agente por la lesión del bien jurídico. Conviene recordarse que la finalidad de los injustos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos de forma tal que la postura psíquica que asuma es indiferente para la estimación dolosa del injusto.

El segundo elemento que podría servir para discriminar las dos instituciones en estudio, corresponde a la ratificación del resultado, para lo cual seguiremos el pensamiento de (Jimenez, 1976). Ahora bien, estimamos conveniente de forma previa a exponer la teoría, insistir en el hecho de que, tanto en la imprudencia consciente como en el dolo eventual, los agentes concuerdan en desplegar una determinada acción peligrosa previendo, la posibilidad de un resultado nocivo para los bienes jurídicos ajenos típicamente protegidos. La diferencia en este punto en concreto estriba en la ratificación o no del resultado. En la imprudencia consciente el agente no ratifica el resultado lesivo, pues, de estar seguro de que la ocurrencia del resultado ilícito sobrevendría, este renunciaría a la acción riesgosa, puesto que lo que motiva la continuidad de la acción peligrosa del actor culposo, es la esperanza vana de que sus habilidades, suerte o conocimiento, pueden evitarlo. Caso contrario ocurre con el agente doloso eventual, en donde efectivamente se da la ratificación del resultado ilícito, pues de estar en la misma situación de certeza total del acaecimiento del resultado antijurídico representado como posible, esto no lo persuadiría de reorientar su comportamiento.

Un tercer elemento diferenciador denominado indiferencia por el derecho, nos lo aporta Fontan Ballestra (1957). Señala el mencionado teórico que, para el caso del agente doloso, este mira con indiferencia el ordenamiento jurídico. Para este agente, el advenimiento de un evento típico accesorio nocivo, que concurre con otro resultado típico que es su finalidad, no tiene efecto persuasorio de su accionar antisocial; al final de cuentas, su designio se encuentra decantado por la comisión de un resultado prohibido. Contrario ocurre en el acto riesgoso ocasionado por el sujeto imprudente, que una vez alcanza a percibir la inminencia del evento nocivo típico sobreviniente, por este solo hecho, esta representación servirá de elemento disuasor para reorientar su conducta riesgosa y atender a los cauces que impone el ordenamiento jurídico vigente.

Un cuarto elemento diferenciador nos pone de presente Luzón Peña, comentado por (Tenca, 2010), y corresponde a la renuncia o no a la finalidad propuesta, este dogmático informa que si el acaecimiento del evento accesorio típico no querido, no sirve para disuadir al agente de su accionar dañoso, nos encontraremos frente al dolo eventual, pero si por el contrario el actor renuncia a su finalidad en pos de no permitir el desarrollo del evento accesorio ilícito nos encontraremos en torno a la imprudencia consciente.

Un quinto elemento nos lo ofrece Kaufmann, reseñado por (Roxin, 1997), al que se le denominara puesta en práctica de la voluntad de evitación, que opera cuando el agente que se ha representado la consecuencia accesorio típica como posible, pretende negar el dolo eventual. Según esta estructura de pensamiento, nos encontraríamos frente a una imprudencia consciente cuando el sujeto actor toma medidas activas tendientes a evitar el suceso secundario previsto como probable. En cambio, si el actor causal deja librado al azar el advenimiento del resultado ilícito estaríamos en presencia del dolo eventual

A modo de cierre, (Velasquez, 2018), advierte sobre otro elemento diferenciador, señalado como, dejar librado al azar el resultado, consistente en las ocasiones en que el resultado accesorio típico, no querido y no tenido como finalidad por el agente, le es indiferente, razón por la cual, continua con los actos ejecutivos en pos de alcanzar su finalidad criminosa, dejando librado al azar su acaecimiento, lo cual corresponde a un obrar doloso eventual. Situación contraria al del agente culposo, en donde la sola percepción de su advenimiento comporta la finalización de los actos ejecutivos, la toma de medidas que sirvan para precaver su aparición y la renuncia a su finalidad.

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN O EL DOLO EVENTUAL EN EL EJERCICIO MÉDICO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para algunos, el tema del dolo en cualquiera de sus modalidades dogmáticas en el ejercicio de la actividad sanitaria podría considerarse como un asunto estéril, esto claro está, teniendo en cuenta que la propia naturaleza de la actividad médica en sus diferentes modalidades y por sus diferentes profesionales, está fincada en servir como instrumento para la curación de las patologías o la conservación o restauración de la salud, o por lo menos para paliar los embates de la enfermedad, lo que de suyo sugeriría que la finalidad curativa excluiría de tajo la forma de culpabilidad dolosa, aun cuando se presente un resultado contrario a las expectativas curativas, causando un menoscabo en la vida o integridad del paciente.

No cabe duda, de que el resultado lesivo a bienes jurídicos protegidos como la vida o la integridad personal del paciente pueden verse afectadas con ocasión del despliegue del ejercicio de la actividad sanitaria, lo cual puede obedecer a diferentes factores a pesar de un ejercicio apegado, prudente y diligente del profesional de salud frente a la "*lex artis*". Unos pocos asuntos - sin aspirar a la exhaustividad- que podrían explicar dicha situación incluyen, las fases terminales de una determinada patología, la presencia de comorbilidades en el sujeto, la existencia de trastornos genéticos, vasculares o anatómicos no descubiertos o hasta el propio curso fatal e inevitable de la patología.

En Colombia, según el artículo 104 de la ley 1438 modificatoria de la ley 1164 de 2007 o ley de talento humano, señala que las obligaciones de los galenos son de medios. En rigor, cumple con dicha carga, aquel facultativo

que actúa con apego a la *“lex artis”*, pues esta, funge como el límite superior del riesgo permitido. De esta manera, si el profesional sanitario realiza su actividad médico-quirúrgica en concordancia con sus postulados, aunque el resultado se traduzca en lesiones personales o muerte, estas no generarían responsabilidad. Contrario sensu, el incumplimiento de la *“lex artis”* por cuenta del talento humano en salud que derive en un resultado típico para el paciente, puede exponer al profesional en salud a un juicio de responsabilidad penal, por regla general, imprudente por un manejo descuidado, imperito o negligente.

Es claro que la finalidad curativa de la actividad médico-quirúrgica resultaría a simple vista, ciertamente incompatible por regla general con la finalidad de matar o causar lesiones en el paciente. No queriendo con esto decir que por ello se pueda omitir un juicio individualizado y detallado por parte del operador jurídico respecto a las especiales y concretas situaciones fácticas en relación con el riesgo creado y no autorizado que se materializa posteriormente en un evento típico. Es precisamente en el desarrollo de dicho ejercicio racional del riesgo creado y no permitido donde podrían extraerse diferentes hipótesis que podrían apuntar a la posibilidad de existencia de eventos dolosos directos o eventuales perpetrado por el profesional en salud con ocasión o en desarrollo de la actividad sanitaria. Luego no se puede pretender creer que es un evento exótico la causación de resultados nocivos de muerte o lesiones personales dolosas asociado al ejercicio de las profesiones médicas. Si bien es cierto, puede tener mayor incidencia en los casos en que la actividad sanitaria no tenga una finalidad curativa, también pueden presentarse en los precisos eventos en que la finalidad sea curativa. Para sustentar el anterior aserto se procederá a exponer a renglón seguido, algunas posibles hipótesis, habida cuenta que la ficción es siempre superada por la realidad.

Laminarmente procedamos a traer a colación los eventos facticos de una demanda interpuesta y resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDIH), correspondiente al caso IV vs Bolivia en sentencia del 30 de noviembre de 2016. Extrapolando su acontecer factico e interpretándolo conforme al ordenamiento jurídico colombiano. La relatoría de la sentencia refiere que, en el año 2000, una materna múltipara con embarazo de 38.5 semanas, precesareada (1992) ingreso a la institución de salud por una ruptura prematura de membranas (RPM), sin presencia de actividad contráctil y con producto de la gestación en transversa, razón por la cual en horas de la noche para proceder a desembarazarla se le practicó una cesárea. En el intraoperatorio bajo anestesia epidural, se observaron adherencias en el segmento inferior del útero, razón por la cual, una vez se dio el alumbramiento del neonato, el ginecoobstetra mutuo propio, le procedió a practicar una salpingoclasia bilateral bajo la técnica pomeroy (ligadura de trompas de Falopio)², sin que mediara consentimiento informado alguno por cuenta de la paciente. Solo hasta el día siguiente del procedimiento quirúrgico esta fue enterada por cuenta del médico residente de que había perdido definitivamente su capacidad reproductiva. Posteriormente y a causa de la esterilización inconsulta, la señora IV desarrollo alteraciones psíquicas características de un trastorno esquizofreniforme orgánico.

Partiendo de lo anterior, procederemos a realizar un análisis del caso concreto, desde la óptica del ordenamiento jurídicopenal interno actual, intentando develar si pudo existir o no responsabilidad por cuenta del especialista sanitario, y de existir, en qué términos podría realizarse la imputación subjetiva. Para alcanzar dicho fin iniciaremos con el derecho convencional aplicable.

² Método de anticoncepción permanente o definitivo

Conveniente resulta señalar que, desde el punto de vista del derecho internacional, la ONU, en su Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación N° 14 destaca que el derecho a la salud está compuesto por cuatro elementos, que son, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La accesibilidad incorpora la no discriminación, la accesibilidad física y económica y el acceso a la información. La aceptabilidad por otra parte comprende el respeto a la ética médica y que sea culturalmente aceptable. No está de más indicar también que, diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido que la esterilización forzada, no consentida o involuntaria es un acto discriminatorio y de violencia contra la mujer^{3 4}.

Siguiendo el mismo hilo, ahora, desde la óptica de la ética médica tenemos que, la ley 23 de 1981 en su artículo 15, informa el deber que le asiste a los profesionales en medicina de pedir el consentimiento al paciente para aplicar cualquier tratamiento tanto médico como quirúrgico. De otro lado, pero en el mismo sentido, se tiene para el caso en concreto, la ley 1412 de 2010, cuyo objeto consiste en la promoción de la ligadura de trompas de Falopio como forma de fomentar la maternidad responsable, en sus artículos 4 y 5, denotan la obligación de obtener el consentimiento informado y calificado (escrito) previo, de toda paciente a la que se le pretenda practicársele una ligadura de trompas, lo que comprende el deber de información por cuenta del personal sanitario en relación al método anticonceptivo, su naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud; también le compete señalar, las alternativas de anticoncepción no quirúrgicos.

³ La Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995.

⁴ Naciones Unidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Humanos.

Resulta claro entonces, que en Colombia no se encuentra permitido la realización de ligadura de trompas sin el consentimiento previo, expreso e informado de la paciente y que, en concordancia, el accionar del médico que realiza una esterilización definitiva sin el consentimiento debido, puede ser reprochado como un evento típico de lesiones personales con pérdida funcional del órgano reproductivo, propia de los artículos 111 y 116 de la ley 599 del 2000 (código penal).

Como resultado de lo anteriormente descrito y aplicado a las circunstancias fácticas del caso IV vs Bolivia se tiene que, el ginecoobstetra, precisamente por el desarrollo de su actividad cotidiana conoce el requerimiento legal para la práctica de este tipo de procedimientos quirúrgicos definitivos y no podría excusar su comportamiento en el hallazgo incidental de las adherencias uterinas, ni en la presencia de un estado de urgencia o emergencia, puesto que la vida de la paciente no corría peligro. Urge indicar que la ligadura de trompas tiene la característica de ser un procedimiento electivo, no de urgencia ni de emergencia y en esta condición, no se aprecia por esta vía, la posibilidad de excepcionar el requerimiento del consentimiento, previo, expreso e informado.

Es claro que se alzarán voces señalando que el antecedente de cesárea previa, aunado a la presencia de adherencias en el segmento inferior del útero, serían factores que contraindicarían un nuevo embarazo, lo que tornaría la ligadura de trompas en una indicación clínica adecuada. A no dudar que, pesar de ser una indicación desde el punto meramente clínico correcto, no puede colegirse de igual manera, que es una decisión ajustada a derecho, porque con la esterilización definitiva no consentida se violan derechos no solo de raigambre fundamental a la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a no ser discriminado, y la dignidad humana entre otros, sino también, de carácter convencional que procuran

evitar los tratos discriminatorios y de violencia contra la mujer, al practicarse un procedimiento que vulnera sus derechos reproductivos.

Practicar una ligadura de trompas sin el requisito legal del consentimiento, es una forma de esterilización forzada y por ello, intentar desvanecer la responsabilidad penal señalando que es el resultado del ejercicio lícito de la profesión médica no sería de recibo, pues además de fungir en franca contradicción con el ordenamiento jurídico interno, serviría como mecanismo para cohonestar prácticas inveteradas discriminatorias y de violencia contra la mujer. Tampoco podrá recurrirse como causal de ausencia de responsabilidad al error invencible de la licitud de su conducta, puesto que un ginecoobstetra nacional por su experticia, conocimiento, el número de procedimientos del mismo tipo que realiza diariamente y por ser esta una norma ética del ejercicio de la medicina, es de fácil conocimiento. Menos aún, tampoco podrá socorrerse arguyéndose el estado de necesidad, por la simple razón de que la vida o integridad de la paciente IV no corría peligro, aunado a que, el procedimiento de ligadura de trompas como atrás se dejó expresamente señalado, es una actividad electiva y no de urgencia; razón por la cual, esta podía practicarse en un segundo tiempo una vez obtenido el consentimiento debido.

Un breve análisis de los elementos de la conducta punible, puede llevarnos a concluir que, el galeno que realiza la conducta quirúrgica de ligadura de trompas sin consentimiento, al ejecutar el procedimiento, obtiene un resultado típico de lesiones personales. Del mismo modo, la conducta debe ser considerada antijurídica, pues aparece nítidamente establecida la relación de causalidad entre la conducta de ligar las trompas y el resultado esterilidad definitiva derivada del acto quirúrgico practicado y finalmente, frente al aspecto subjetivo podríamos añadir que el accionar del profesional

sanitario está enderezado con conocimiento e intención directamente dirigida a la consecución del resultado esterilidad definitiva (lesión personal).

Naturalmente que el anterior ejemplo no es el único evento en donde pueden observarse eventos realizados de forma dolosa directa en el desarrollo o con ocasión de la actividad sanitaria, pues podríamos traer a colación también como eventos dolosos, las labores realizadas por los profesionales médicos en la práctica de abortos consentidos o no, por cuenta de la mujer embarazada, fuera de los casos de interrupción voluntaria del embarazo contenidas en la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-355 de 2006, a saber: 1) Peligro para la vida o la salud de la mujer. 2) Malformaciones del feto incompatibles con la vida y 3) Acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Conforme quedo acreditado, la posibilidad de ocurrencia de eventos típicos dolosos directos en ejercicio o con ocasión de las actividades sanitarias por cuenta del personal sanitario no es anecdótica sino real y efectiva. Podríamos señalar diferentes sumarios adicionales, los cuales se han obviado pues excedería el marco que desarrollamos.

A continuación, procederemos a aproximarnos al tema central de esta disertación en este preciso segmento, como es, la diferenciación entre la culpa con representación y el dolo eventual desde la visión jurisprudencial colombiana, señalando in limine, que se presentara la posición mayoritaria de la corte suprema de justicia, sala penal, posterior al año 2010, fecha en la cual el texto legal del dolo eventual sufre trascendentales transformaciones.

Recordemos brevemente que la codificación penal de 1980, en su artículo 36, contenía las descripciones del dolo y dolo eventual en los siguientes términos:

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”

Esta definición legal, da cuenta de la suscripción de la forma subjetiva de responsabilidad dolosa, incluyendo por su puesto la del dolo eventual a la teoría de la voluntad, donde existía preeminencia del elemento volitivo, por tanto, en caso de que se quisiera enjuiciar a un sujeto actor bajo este lineamiento por una conducta dolosa eventual, se debía probar que este había, obrado no solo previendo la factibilidad el resultado ilícito, sino queriéndolo.

Ya con el advenimiento de la ley 599 del 2000, en su artículo 22 la definición de dolo y dolo eventual aparece enunciada bajo el siguiente epígrafe:

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”

Obsérvese que, según el tenor literal de la norma transcrita, el dolo directo y de consecuencias necesarias en la nueva codificación continúan requiriendo para su configuración de la concurrencia de los elementos conocimiento y voluntad, tal como venía desarrollado en el canon anterior, en cambio, cuando se aprecia en detalle la descripción del dolo eventual, se nota una diferencia ostensible en su estructura, pues en este esquema se confiere un plus, una preeminencia al factor cognoscitivo frente al volitivo, que le sirve de sustento a la imputación subjetiva por esta modalidad de conducta delictiva

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 46263, 2018). Sobre este particular volveremos luego, pues resulta un aspecto relevante en la diferenciación con la imprudencia consciente.

Adentrándonos al tema puntual del dolo eventual se itera que, para que se pueda predicar esta responsabilidad, se requiere de la concurrencia de dos elementos, a saber: 1) que el actor causal se represente la probabilidad del resultado antijurídico y 2) que deje la no producción del resultado lesivo librada al azar.

Frente al primer requisito enunciado, es decir, frente a la representación del evento nocivo por cuenta del agente causal, se tiene que en el dolo eventual lo que se representa el autor no es lo posible, si no lo probable, es decir, que se encuentra referido a la frecuencia de los acontecimientos como de argumentos, por lo que resulta una noción operacional. Todo lo anterior debe entenderse en concordancia con la teoría de las probabilidades que enseña que la frecuencia de cualquier acontecimiento depende de las condiciones en que se realice el evento objeto de estudio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 36357, 2011).

Frente al anterior aspecto en concreto, existe acuerdo doctrinal en un aspecto diferencial entre las estructuras dolo eventual y culpa consciente, consistente en que, en los acontecimientos facticos donde el agente causal prevé una gran probabilidad de que se produzca el resultado delictivo, estaremos frente al dolo eventual y en los casos en que su previsión sea distante o lejana estaríamos frente a la imprudencia consciente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45008, 2015).

No puede perderse de vista que, de cara a la representación de la probabilidad de la realización del riesgo prohibido en la comisión del

resultado típico, esta debe ser seria e inmediata y analizada de acuerdo al acontecer factico in específico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 51038, 2018).

De suma importancia resulta enfatizar en que, existen factores comunes en las dos figuras jurídicopenales estudiadas, consistentes en primer lugar, a que en ambas elaboraciones teóricas el autor reconoce que con su accionar se da inicio a la puesta en marcha de situaciones riesgosas para el bien jurídico respecto de un resultado contingente, razón por la cual la representación del peligro y la previsión de la producción del evento lesivo, no permite la exclusión de ninguna de las dos formas de responsabilidad en estudio.

Ahora, amén del anterior conocimiento, si se tiene en cuenta que lo determinante del dolo eventual es el factor cognitivo, si se pretendiera imputar una modalidad subjetiva de dolo eventual, se requerirá entonces evidenciar que el agente, de acuerdo al conocimiento que tenía sobre la situación de riesgo por el desatada; no tenía bajo su control los factores que podían incidir en la generación del resultado antijurídico, o en el evento de haberse figurado que controlaba tales factores de riesgo, que ello obedeció bien a un error o a un estado de irrazonabilidad, como sería el caso de la toma de disposiciones ineficientes encaminadas a neutralizar el peligro por el representado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45008, 2015).

El segundo factor común a estas dos figuras dogmáticas fronterizas consiste en que, en ambas modalidades de conducta, el sujeto actor no quiere el resultado típico, es decir, no tiene intención directa de atentar contra el bien jurídico, entonces la diferencia entre ambas modalidades subjetivas va a depender de la actitud asumida frente a la representación de la probabilidad

de realización de los elementos objetivos del tipo penal; luego para la efectiva delimitación de los linderos, la doctrina ha desarrollado diferentes teorías, como se dejó suscrito en anteriores párrafos, dentro de las que se pueden señalar dos, a las cuales se ha socorrido para definir este dilema, como son: la teoría de la voluntad que pone su énfasis en el aspecto volitivo y la teoría de la probabilidad o de la representación que pone el acento en el elemento cognitivo del dolo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45008, 2015).

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rad. 20860 del 15 de septiembre de 2004 señala que, el dolo eventual en Colombia desde al año 2000, se encuentra circunscrito a la teoría de la probabilidad o de la representación, que prescribe que lo determinante en estos eventos resulta ser, como ya se indicó con antecedencia, el grado de probabilidad del resultado dañino advertido por el sujeto activo de la conducta. Por lo tanto, en esta estructura jurídica no se requiere de la concurrencia de la voluntad de realizar el tipo objetivo por cuenta del actor causal. Aquí lo volitivo resulta irrelevante y lo cognitivo es prevalente⁵. En este caso el agente se conforma con la realización del injusto típico, porque, aunque se lo representa como probable, mantiene una posición indiferente y por tanto no toma ninguna medida para evitarlo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32964, 2010).

Conforme a lo expresado por el órgano colegiado, en esta teoría, el énfasis esta puesto en el aspecto cognitivo sin dejar a un lado el aspecto volitivo, el cual se encuentra menguado y se considera acreditado en la medida en que el agente a pesar de representarse la alta posibilidad de que se presente el resultado típico, no interviene para evitar su ocurrencia. No sobra añadir que

⁵ En el mismo sentido, (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45889, 2018).

la representación, es alusiva a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico en general y no al resultado ilícito propiamente efectivizado, pues lo que se le reprocha al sujeto actor es que a pesar de haber previsto la probabilidad de efectivización del evento típico, este se haya resuelto a actuar en franca contradicción del ordenamiento jurídico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45008, 2015).

Lo anterior implica, entonces, si se pretendiera imputar un ilícito en modalidad de dolo eventual posterior al año 2000, que se necesitaría verificar: 1) si el actor se representó “*ex ante*” la probabilidad de riesgo en que con su accionar sometía al bien jurídico 2) si el riesgo, además se materializo en un resultado y 3) si existió indiferencia en la puesta en marcha del plan delictivo que sugiera que se dejó librada la producción del resultado al azar (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45889, 2018).

Para cerrar la idea, adviértase como en ambas hipótesis, es decir, tanto en la imprudencia consciente como en el dolo eventual, el sujeto actor se representa el resultado del tipo objetivo -desde su órbita cognoscitiva-. La diferencia entre estas dos estructuras dogmáticas en este punto, estriba en que, el agente de la culpa con representación no muestra indiferencia frente al bien jurídico protegido, pues este desata su accionar confiando en que el evento ilícito no acaecerá porque él logrará evitarlo, pero al final no lo consigue. En otras palabras, en la culpa consciente el actor causal continua la actuación negligente porque confía imprudentemente y de forma equivocada en poder evitarlo y para ello pondrá todo su empeño en impedir la materialización del evento dañoso, incluso implementando medidas para neutralizar el peligro (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 49750, 2020).

Para el caso del actor doloso eventual, la situación es harto diferente, en este evento el agente reconoce que la actuación que va a desplegar es peligrosa, y, por tanto, se representa como probable un menoscabo al bien jurídico protegido y a pesar de ello decide continuar actuando, en franco menosprecio del bien valioso para la sociedad. En esta figura dogmática no se observa en el agente ni voluntad de evitación, ni la confianza –racional– en la evitación del resultado delictivo, más bien, lo que se aprecia es que se deja la producción de dicha eventualidad en total orfandad de cualquier control o se toman medidas ineficientes, pues a pesar de que el actor no desea que se materialice el resultado típico, este asume una posición apática e indiferente y por tanto de llegar a efectivizarse, este lo asume, lo acepta. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32964, 2010).

Agregado a esto se informa que, existen dos figuras anejas que permiten descartar o ratificar una u otra modalidad de imputación subjetiva, las cuales corresponden a la voluntad de evitación y a la confianza en la evitación. Esto porque, la voluntad de evitación envuelve una acción que de presentarse excluye el dolo eventual, pero no la culpa consciente y, por otro lado, la confianza en la evitación que corresponde a un convencimiento fundado de que el resultado previsto como probable no se producirá. Si esa certeza es efectivamente racional sirve para ratificar la culpa con representación y excluir el dolo eventual (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 45008, 2015).

Actualmente, según la jurisprudencia nacional, frente al segundo requisito del dolo eventual consistente en dejar la no producción del resultado lesivo “*librado al azar*”, se apoya en que el actor causal decide actuar o continuar actuando a pesar de que se ha representado la probabilidad de que su accionar desencadene un peligro para un determinado bien tutelado y a pesar de ello, le sea indiferente su eventual acaecimiento. Nótese que la

causación del evento dañino no lo disuade de su accionar, pese al conocimiento que tiene del peligro concreto para el bien jurídico tutelado, asociado con el desarrollo de su conducta, por lo tanto, el agente se decanta conscientemente en pro del acontecer lesivo, asumiendo de esta manera las consecuencias de su actuar (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 49750, 2020)

Llegado a este punto, la figura de, dejar librado al azar, corresponde a decidirse por la eventualidad, dejar que las cosas sigan su curso sin que para nada interese la configuración del evento lesivo. Mostrarse indiferente, impasible sin implementar medidas de contención que eviten el resultado típico que pueda acaecer fruto de la asunción de la conducta riesgosa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32964, 2010).

En síntesis, adviértase como la opinión mayoritaria de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala penal, es consistente en la aplicación de la teoría de la representación o de la probabilidad como elemento diferenciador entre el dolo eventual y la culpa consciente y en este orden de ideas se observan ingentes esfuerzos por la supresión del elemento volitivo del dolo, lo que de suyo traería que, para quienes encuentran en el factor volitivo del dolo eventual la mayor dificultad para la correcta distinción frente a la imprudencia consciente, este asunto quedara zanjado al conferirle preeminencia al factor cognoscitivo como soporte de la imputación subjetiva a título de dolo eventual.

Una vez determinadas las diferencias entre las dos estructuras jurídicopenales limítrofes como son la culpa con representación y el dolo eventual, tanto desde los ámbitos doctrinario como jurisprudencial interno, procederemos a abordar dos casos de común ocurrencia en el ámbito sanitario, el primero en atención a una finalidad curativa y el segundo,

correspondiente a una actividad medica con fines no curativos, a los cuales se le aplicaran las conclusiones del órgano colegiado penal colombiano, en torno a establecer la posibilidad de existencia del dolo eventual en el ámbito de salud.

Caso 1:

El Dr. ABC, médico general de la ESE de primer nivel San Pablo del Municipio de Pueblobello (Antioquia) a las 17:00 horas del 01 de diciembre de 2015 atiende a una secundigestante de 22 años, de 35 semanas de gestación, que había recibido un trauma directo en abdomen por cuenta de una lesión contusa sufrida con ocasión de un altercado con su compañero permanente, quince minutos antes de su ingreso por urgencias. La paciente relato a su ingreso, que el abdomen lo tenía “duro” (hipertonía uterina) y que presentaba dolor tipo contracción muy intenso con sangrado escasísimo a través de genitales, acompañado de lumbalgia. Añadió la paciente, que acudía a controles prenatales en la misma institución de forma regular y que en la última ecografía que se había realizado 3 días antes, su ginecólogo en el segundo nivel, le había dicho que su embarazo estaba evolucionando en condiciones normales, por lo que determino un bajo riesgo obstétrico.

Una vez realizado la anamnesis y el examen físico, el Dr. ABC dejo consignado en la historia clínica una impresión diagnostica de abruptio placentae (desprendimiento de placenta) y a pesar de tener a 60 minutos un Hospital de tercer nivel que contaba con los servicios habilitados de ginecología, ecografía, banco de sangre, perinatología, unidad de cuidados intensivos adultos y pediátrico; no procedió a su remisión y contrario a ello, decidió aplicar un tratamiento experimental del cual hacia parte como investigador. Ultimadamente, 22 horas posteriores al ingreso de la paciente a la institución de salud y a pesar del uso del tratamiento experimental, fallece

el binomio madre-hijo. Posteriormente, la autopsia revelaría que la causa de la muerte de la paciente y su hijo correspondió a un shock hipovolémico por una coagulación intravascular diseminada (CID) secundario a un desprendimiento de placenta.

En la indagación preliminar realizada al Dr. ABC, este dio cuenta de conocer de forma detallada y clara la *lex artis* conveniente para el manejo del padecimiento de la materna, incluyendo las reglas en materia de necesidad de referencia a instituciones de mayor complejidad en salud, de este tipo de pacientes. Al preguntársele sobre las razones que tuvo para no remitir a la unidad sanitaria de tercer nivel para manejo especializado integral por ginecoobstetra, informo escuetamente que, el tratamiento que le impartió – experimental- era suficiente para el manejo de su patología, sin que aportara evidencia científica que lo respaldara.

Señalemos para el caso en concreto que, el sujeto activo de la acción es un profesional médico, el cual procedió a realizar el diagnóstico correcto y oportuno en la paciente a su cargo y cuya experticia en el manejo de la patología que la aquejaba, quedó acreditada al detallar el correspondiente tratamiento recomendado por la *lex artis*; el cual decidió no utilizar y en cambio aplicar un tratamiento experimental correspondiente a un ensayo científico del cual era participante.

Desde la teoría de la imputación objetiva, es claro que una conducta delictiva solo le puede ser atribuida a una persona cuando ésta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción de un resultado. Por ello, entraremos a revisar si el Dr. ABC creó un riesgo no permitido jurídicamente, no solo al obviar la remisión de la paciente a un nivel superior de complejidad donde se contaba con todos los recursos necesarios para la atención de la gestante, sino también al prescribir un tratamiento

experimental en una patología que tiene establecido por cuenta de la *lex artis*, un manejo que goza de amplia evidencia científica. Posteriormente develaremos si el resultado de muerte en el binomio madre-feto era algo previsible y probable, en el asunto en concreto.

Se ha definido de antaño que los tratamientos médicos experimentales son aquellos que contienen un margen de incertidumbre inaceptable respecto a su efectividad, razón por la cual, todavía no tienen la aprobación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. En Colombia el acceso al servicio de recuperación de la salud involucra el derecho que tienen los individuos al acceso de aquellos servicios sanitarios cuya efectividad este acreditada, lo que de suyo envuelve que, un tratamiento experimental no puede ser un sustituto valido de procedimientos terapéuticos acreditados (Corte Constitucional, sentencia T-597, 2001).

Desde el orden legislativo se tiene que, la ley 23 de 1981 o ley de ética médica, en su artículo 12, señala que el médico solo podrá emplear medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas y que solo bajo circunstancias excepcionales graves podrá el facultativo médico utilizar un tratamiento experimental. Es decir, el uso de terapéutica experimental, solo tiene el aval ético cuando esta, es la única posibilidad de salvación para el paciente, requiriendo para ello de la obtención del consentimiento informado previo. Lo anterior debe interpretarse en concordancia con el artículo 15 de la misma ley, que señala que el profesional médico no expondrá al paciente a riesgos injustificados y tendrá la obligación de solicitar el consentimiento para la aplicación de los tratamientos médicos que puedan afectarlos. De otro lado, pero en el mismo sentido, el artículo 9 del Decreto 3381 de 1981 reglamentario de esta ley, define como riesgo injustificado, aquellos

procedimientos a los cuales se someta al paciente que no correspondan a la situación clínico-patológica.

Resulta evidente que, el Dr. ABC al no dar aplicación al tratamiento avalado por la *lex artis* que tienen demostrada efectividad, sometió a su paciente a un riesgo jurídicamente desaprobado, cuando a pesar de tener el conocimiento pleno del manejo terapéutico aprobado por la comunidad científica, decide sin la obtención previa del consentimiento informado, aplicarle a la paciente un tratamiento experimental con un medicamento cuya efectividad es desconocida para el manejo de la patología que aquejaba a la gestante.

Notoria resulta la vulneración por cuenta del Dr. ABC al derecho fundamental a la autonomía individual de la paciente respecto de su cuerpo, pues este para practicar un tratamiento experimental en la gestante, requería de un consentimiento informado y cualificado, lo cual imponía el deber del galeno de informarle a la gestante, que a pesar de existir una terapéutica efectiva para el manejo de su padecimiento en salud, este utilizaría un manejo experimental que no tenía efectividad clínica comprobada y que por tanto, podría comportar riesgos indeterminados. Advertencia que obvio realizar.

Recordemos que según Gabbe (2019) el desprendimiento de placenta es catalogado como una urgencia obstétrica que corresponde a una patología que comporta un riesgo elevado de lesión o muerte tanto para la madre como para el feto y que presenta entre otras complicaciones: el choque hipovolémico en el 15% de los casos y una mortalidad perinatal del 10%, razón por la cual, es trascendental un diagnóstico temprano y en un número importante de casos, la interrupción del embarazo para intentar disminuir la mortalidad perinatal.

No puede dejarse de lado informar que, el correcto manejo de la patología incluía el traslado de la paciente a una institución de salud de mayor nivel de complejidad, donde se le practicarían las ayudas diagnósticas correspondientes (ecografía, pruebas de coagulación, TP, TPT, fibrinógeno, dímero D etc.); manejo especializado por obstetricia, transfusiones, desembrazar y la monitorización estrecha de las posibles complicaciones tanto para la madre como para el feto, asunto que era de pleno conocimiento del Dr. ABC, quien decidió a pesar de tener este pleno discernimiento y a riesgo de las complicaciones de lesiones y/o muerte de su paciente y el no nacido, administrar un tratamiento experimental que hacía parte de un ensayo clínico del cual participaba en calidad de investigador.

Es claro que el Dr. ABC por el conocimiento que tenía del curso causal de la patología, se representó la posibilidad de surgimiento de las complicaciones inherentes a un diagnóstico categorizado por la *“lex artis”* como una emergencia obstétrica, las cuales de presentarse, no se encontraba en capacidad de resistir, pues no contaba con los recursos técnicos (ecografía, banco de sangre, laboratorio clínico experto, unidad de cuidados intensivos adulto y pediátrico) ni de personal especializado (obstetra, perinatología, intensivista) que le permitiera afrontar tan graves consecuencias como las que se presentan en el desprendimiento de placenta (choque hipovolémico, coagulación intravascular diseminada -CID-, asfixia perinatal entre otras) y a pesar de ello, no procedió a remitir con apremio a la paciente para que recibiera el manejo especializado que requería y prefirió a pesar del riesgo que esto entrañaba, administrar el tratamiento experimental, razón por la cual se puede afirmar que dejó el resultado lesivo librado al azar.

Para reafirmar lo anterior se tiene el hecho de que el Dr. ABC haya realizado el diagnóstico correcto de *abruptio placentae* de forma temprana, conociendo

“*ex ante*” las gravísimas consecuencias que podían presentarse para el binomio madre-feto, aunado a la escasísima capacidad de respuesta técnica especializada de la unidad de salud en la que prestaba sus servicios, en el evento de presentarse una complicación sobreviniente, y el hecho de haberse decidido por emplear un tratamiento experimental del cual no se conocía su efectividad clínica como sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, reafirmando con este accionar, que dejó librado al azar el eventual resultado de lesión o muerte del binomio madre-feto.

La ley 1751 de 2015 o ley estatutaria en salud en su artículo 6, destaca como uno de los principios del derecho fundamental a la salud, el de oportunidad, tanto de los servicios como para las tecnologías especializadas en salud, las cuales deben prestarse sin dilaciones. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-092 de 2018, magistrado ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez, definió que el antes mencionado principio, se refiere a que el paciente debe gozar de la garantía de acceder a los servicios y tecnologías en salud en el momento que corresponde, sin esperas y en procura de evitar complicaciones o deterioros, lo cual incluye el derecho al diagnóstico, el cual permite establecer la mejor terapéutica posible de acuerdo a las condiciones particulares del enfermo.

Existe certeza en el caso en concreto, que el Dr. ABC a pesar de haber realizado el diagnóstico correcto, requería de la confirmación del mismo por medio ecográfico - elemento tecnológico con el cual no contaba - que además, le informaría de las condiciones en las que se encontraba el feto. De igual manera, la paciente requería de manejo especializado por obstetricia, pues de acuerdo a los hallazgos ecográficos en conjunto con los resultados del laboratorio clínico, se debía evaluar seriamente la posibilidad de desembarazar a la gestante, por vía cesárea, procedimiento correspondiente a esta especialidad. Todo ello sin olvidar que el

desprendimiento de placenta podría tener complicaciones concomitantes como una hemorragia masiva contenida o una coagulación intravascular diseminada –CID- que además de requerir seguimiento estrecho por laboratorio clínico especializado, también podría requerir transfusiones de hemocomponentes, elementos que no tenía disponibles en el hospital de Pueblobello. Por ello, resultaba imperioso el traslado de la paciente a una unidad sanitaria de III nivel, lo más expedito posible, pues ello se encontraba en consonancia con la garantía de mejores condiciones de supervivencia, lo cual finalmente no ocurrió.

Es claro que el profesional médico no quería el resultado de muerte del binomio madre-feto, pero no cabe duda que se representó como probable el resultado lesivo y contribuyó con su comportamiento a su realización, pues pese a que realizó el diagnóstico correcto de forma temprana y contaba con los recursos para realizar la remisión a la unidad sanitaria especializada requerida de forma pronta, prefirió inclinarse por sus propios intereses, sometiendo a la paciente, a un tratamiento experimental riesgoso del cual participaba como investigador y del que no conocía niveles de efectividad, por lo que la voluntad de evitación del resultado no se cumple.

No puede pensarse que el profesional médico de forma negligente confiaba en que su experticia podía servir para evitar las graves complicaciones emergentes, esto porque como se dejó señalado atrás, carecía de los recursos técnicos, materiales y de personal especializados necesarios para afrontar tan grave riesgo, además de que tampoco contaba con todas las herramientas de laboratorio clínico que permitiera su correcta monitorización (dímero D y fibrinógeno plasmático) y control (aplicación de plaquetas, plasma, crioprecipitado etc.) que facilitara no solo advertir, sino también, controlar la presencia hemorragias graves o de otro tipo de complicaciones. Menos podrá recurrirse a la idea de que en caso de percibirse como efectiva

la complicación emergente se procedería a trasladar a la paciente a la unidad de salud de mayor complejidad, puesto que en el caso de una hemorragia masiva contenida o de una coagulación intravascular diseminada o un choque hipovolémico, más de una hora de trayecto terrestre hacia la institución de salud especializada, sin sustitución de hemocomponentes se traduciría en un resultado igualmente fatal. Con todo lo anterior, no puede perderse de vista que el profesional sanitario no tenía las condiciones de riesgo que podrían conducir a la lesión del bien jurídico bajo su control.

Constituye un hecho cierto, que el facultativo previó el peligro inminente y concreto para la gestante de no recibir el tratamiento oportuno y adecuado, asunto que da cuenta el interrogatorio donde de forma magistral expuso las posibles complicaciones que podían presentarse en los casos de desprendimiento de placenta y el tratamiento sugerido por la *lex artis*. Tampoco puede ser de recibo, intentar atenuar la responsabilidad del profesional médico, mediante el argumento de que, actuaba bajo la confianza racional de que el tratamiento experimental, del cual no existía evidencia de efectividad en el desprendimiento de placenta como monoterapia, funcionara como sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, y que el mismo, fuera suficiente para salvaguardar la vida e integridad del binomio madre-feto, puesto que, existen esquemas de manejo debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas, para el control, seguimiento y manejo del desprendimiento de placenta, cuyos desarrollos científicos han ocupado por largo tiempo la atención de la comunidad médica, por ser esta una verdadera catástrofe obstétrica. Todo lo anterior, sin perder de vista, la prohibición legal impuesta al personal sanitario en Colombia, de no aplicar tratamientos experimentales en los casos de patologías que cuenten con manejos efectivos y avalados por la comunidad experta. Así las cosas, no se cumple tampoco con la confianza de evitación.

Con todo lo anterior, existen elementos de juicio para adecuar fundamentamente que la conducta desarrollada por el Dr. ABC que dio origen a la muerte del binomio madre-feto, se realizó en la modalidad subjetiva de dolo eventual.

Caso 2:

La Sra. Granda el sábado 20 de marzo de 2015 a las 10:00 am procedió a presentarse en el consultorio médico de la Dra. Chica, en el 21 piso, local 2110, del centro comercial la estrella, para que le realizarán el procedimiento de levantamiento de glúteos programado por esta profesional de la salud. La Dra. Chica, medica general graduada en la Universidad del Rosario en Argentina, con diez años de experiencia en ese mismo país, quien se anunciaba como cirujana plástica en sus tarjetas de presentación, había realizado dos cursos con duración de dos meses en la misma nación como cosmetóloga, estudios que no se encontraban convalidados en Colombia.

La situación fáctica obedeció según el relato de las hermanas acompañantes de la Sra. Granda, quienes señalaron que una vez arribaron al consultorio: la facultativa procedió a aplicar vía intramuscular unos medicamentos a los que denominó anestésicos, a los cuales la Sra. Granda no respondió muy bien, pues posterior a su administración desarrollo cefalea, taquicardia, adormecimiento de la lengua y dislalia (hablar con dificultad para vocalizar), razón por la cual la Dra. Chica les informo, que la anestesia no le había sentado bien a la paciente y que por esta razón no le realizaría el procedimiento; y que el lunes siguiente procedería a devolverle el dinero que le habían pagado por adelantado por dicha intervención. Que se sirvieran en esperar tranquilamente en alguna cafetería del centro comercial unas 2 horas mientras la Sra. Granda se despertaba para que se la llevaran a descansar a su casa.

Siguieron añadiendo a unísono las familiares de la Sra. Granda que, pasado el tiempo propuesto por la profesional de la salud, se dirigieron nuevamente al consultorio para recoger a su hermana y fue cuando la Dra. Chica, concretó en informarles que estaba a punto de culminar la intervención. Enfatizaron que la salubrista les afirmó que, una vez que estas bajaron al centro comercial, la Sra. Granda se despertó y le comentó que se sentía bien y que procediera con la práctica invasiva. A renglón seguido, adujo la facultativa a las familiares, que procedieran a comprarle unos interiores en tanto terminaba el procedimiento, razón por la cual, las hermanas de la Sra. Granda, se dirigieron nuevamente al centro comercial a realizar el encargo.

Una vez efectuada la adquisición de la ropa interior, unos 40 minutos después, regresaron al consultorio de la Dra. Chica, en donde encontraron las puertas tanto del recibo como del propio consultorio abiertas. En la camilla al interior del consultorio, se encontraba tendida sin vida la Sra. Granda y ausente la Dra. Chica.

Iniciemos el análisis del caso concreto, partiendo del hecho de que la Dra. Chica a pesar de haberse graduado como médico en la universidad de Rosario en Argentina, no había realizado el proceso de convalidación de su título profesional en Colombia. Este hecho corresponde a lo que se ha denominado, ejercicio ilegal de la actividad sanitaria, esto por el mero hecho de ejercer la profesión médica sin contar con el aval estatal para ello.

Para ilustrar mejor, recordemos que la carta política colombiana en su artículo 26, señala que la ley puede exigir títulos de idoneidad para el desempeño de las profesiones y que las autoridades competentes son las encargadas de ejercer las funciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las mismas.

Partiendo de que el ejercicio propio de una determinada actividad por quien no se encuentre autorizado, se denomina como actividad intrusa, tema que cobra especial relevancia en el área de la salud, por llevar comprendidos bienes jurídicos valiosos como la vida, la salud y la integridad física o psíquica de las personas; algunos ordenamientos jurídicopenales como el español, han decidido configurar tipos especiales que buscan hacer punibles dichas conductas. Hemos de señalar que, en el ordenamiento jurídico interno, a pesar de lo trascendente que resulta el asunto en cuestión, los legisladores no se ha interesado en lo propio, es decir, por el establecimiento de un tipo específico, con lo cual no se pretende insinuar que esta es una actividad que quede impune, pues bien puede encuadrarse en el ilícito de falsedad personal, consagrado en el artículo 296 del código penal, bajo el siguiente epígrafe:

“El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito”

En atención a lo anterior, resulta conveniente determinar, si la Dra. Chica se encontraba inmersa en el punible de falsedad personal, por cuenta del ejercicio de la actividad médica sin el lleno de requisitos legales.

En Colombia la ley de talento humano o ley 1164 de 2007, en su artículo 16, señala que, para ejercer legalmente la profesión de médico en aquellos precisos eventos, en que los títulos han sido obtenidos en el exterior, se requiere de dos requisitos, a saber, 1) su respectiva convalidación y 2) estar inscrito en el registro único nacional del talento humano en salud (RETHUS). Requerimientos estos, que ciertamente no cumplía la Dra. Chica, razón por la cual, queda establecido efectivamente que esta se encontraba ejerciendo ilegalmente la profesión de médica, en razón de que, no había procedido a

convalidar su título de médico, a lo que también se le podría sumar, que tampoco había adelantado estudios en la especialización de cirugía plástica. Sobre esto volveremos luego, puesto que una cosa es que no haya realizado el proceso formal de convalidación de su título de médica en Colombia y otra muy diferente es que carezca de los conocimientos propios de la profesión, adquiridos durante su formación académica y la practica en general durante diez años en Argentina.

Procedamos seguidamente, al establecimiento de los requisitos de las modalidades de imputación subjetiva, documentados en el accionar de la profesional en salud, en búsqueda de verificar si existe evidencia de que la Dra. Chica creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se hubiese concretado en el resultado muerte de su paciente.

Considérese cuidadosamente, que la cirugía de levantamiento de glúteos es un procedimiento invasivo peligroso que requiere que el profesional que lo lleve a cabo: 1) acredite que tiene los conocimientos suficientes- título de médico y de especialista en cirugía plástica- 2) que se someta a las especificidades que impone la *lex artis* 3) y que cumpla con los requerimientos que imponga el Estado para el ejercicio de la profesión. Solo con el cumplimiento cabal de estas exigencias, el ordenamiento jurídico considera que la asunción del riesgo que se genera con la conducta está permitida. De acuerdo a lo anterior, es claro que, la Dra. Chica no cumplía con los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico patrio, pues no había realizado la convalidación de su título de médico general y tampoco poseía ni el conocimiento ni la experticia de un cirujano plástico.

Respecto a los cursos de cosmetología realizados en la Argentina, puede hacerse una pequeña acotación en el mismo sentido, pues a estos, tampoco se le habían surtido ningún proceso de legalización en Colombia. Aunado a

lo anterior, se tiene que la ley 711 de 2001 que reglamenta el ejercicio de cosmetología en su artículo 8, prohíbe que los cosmetólogos realicen actos invasivos en sus clientes. Lo cual serviría para ratificar que, la Dra. Chica no se encontraba autorizada por el Estado para ejercer las actividades invasivas propias de un médico especialista en cirugía plástica y, por lo tanto, asumir de forma permitida el riesgo en que puso a la Sra. Granda.

Habida cuenta de lo anterior, intentemos revelar entonces, si ese riesgo jurídicamente desaprobado en que incurrió la Dra. Chica, incidió en la concreción del resultado muerte de la Sra. Granda y si para la facultativa en salud, era algo previsible y probable.

De acuerdo al acontecer factico descrito por las hermanas de la víctima, resulta irrefutable que, desde la administración del anestésico, la Sra. Granda presentó síntomas que permitían prever un desenlace aciago, cuestión que era presumible, puesto que la Dra. Chica a pesar de no haber convalidado su título de médico en Colombia eso no era óbice para desatender a sus conocimientos clínicos previamente adquiridos. Sumado a lo anterior se tiene que, en el consultorio médico donde prestó los servicios la sanitaria en cuestión, no existían los equipos necesarios para realizar una reanimación efectiva en el caso en que se produjera una complicación emergente de orden cardiorrespiratoria o vascular, a pesar del uso habitual de administración de anestésicos en sus procedimientos, lo que da cuenta de que ese consultorio no cumplía con los estándares obligatorios de habilitación de los servicios de salud, para la realización de procedimientos invasivos, comprendidos en la resolución 2003 de 2014.

En el caso concreto, a no dudar que la profesional en salud no quería el resultado muerte en la Sra. Granda, pero si es claro, que se lo representó como probable, esto teniendo en cuenta que, la facultativa al notar los

síntomas de cefalea, taquicardia, adormecimiento de la lengua y dislalia que desencadenó la anestesia en un primer momento, decidió mutuo propio suspender dicho procedimiento. Todo lo anterior, le permitió advertir con un alto grado de probabilidad, que la conducta por ella efectivizada tenía la facultad de producción de un resultado típico. Pero a pesar de su conocimiento actualizado, se decantó por continuar con la terapéutica invasiva –aceptando así, la probabilidad del resultado- y por ello, se abstuvo de trasladar de forma inmediata a la paciente a una unidad de salud, lo que permite inferir fundadamente que con su comportamiento contribuyó al emergimiento del resultado lesivo de muerte.

Antes de seguir adelante, en torno a soslayar cualquier margen de duda, detengámonos sucintamente, en el supuesto consentimiento dado por la Sra. Granda a la Dra. Chica, una vez se despertó de la anestesia, en el que le pidió proceder con la terapéutica encargada, evento del cual no existe más prueba que el comentario realizado a las hermanas de la fenecida, no obstante, en aras de mantener el principio constitucional de buena fe, se tendrá como cierto.

Nos encontramos entonces enfrentados a la pregunta de ¿si un paciente sometido a anestesia, que había presentado taquicardia, alteraciones del habla, adormecimiento de la lengua y cefalea, se encontraba en condiciones de dar su consentimiento para continuar un procedimiento invasivo en su humanidad? Para resolver esta incógnita, partamos del conocimiento de que unos de los tantos efectos que pueden presentarse con la administración de anestésicos, es la presencia de confusión, desasosiego y desorientación entre otras al despertar, lo que de suyo indica que el paciente pos anestesiado se encuentra no solo en condiciones disminuidas físicas, sino también, psíquicas y por tanto cualquier consentimiento que se emita bajo esas condiciones debe ser considerado inválido.

Una vez establecido que, la Dra. Chica se representó el resultado nocivo de muerte en la Sra. Granda, frente a la situación de riesgo por ella creada, al continuar el procedimiento invasivo en los glúteos a pesar de la sintomatología pos anestesia presentada por la paciente. Pasemos a determinar, si se cumple con el requisito de dejar librado al azar el resultado muerte, como requisito de la configuración de la imputación subjetiva del dolo eventual que es a donde apunta el acontecer factico del caso en concreto.

Recapitulemos para este fin, las circunstancias de hecho del caso bajo lupa jurídica, en torno a que, la Sra. Granda presentó semiología consistente en: cefalea, dislalia, adormecimiento de lengua, inmediatamente a la administración del anestésico, inoculado por la Dra. Chica, razón por la cual, la facultativa en un primer momento decidió suspender el procedimiento invasivo, dando cuenta con esto, de que se representó la probabilidad del resultado dañoso en la vida de su paciente, al punto de que ofreció devolver el dinero que le había sufragado la Sra. Granda por adelantado por cuenta del procedimiento de levantamiento de glúteos. Sin embargo y contrario a cualquier pronóstico, la profesional en salud, decidió continuar actuando a pesar de haber previsto que con su accionar se generaba un peligro inminente y concreto para la vida e integridad de la paciente, mostrando con ello una actitud de indiferencia por los resultados nocivos del accionar peligroso que ejercía.

Resulta imperioso señalar que, la acción prudente esperada en un profesional médico el cual carecía de los elementos necesarios - medicamentos y equipo de reanimación cardiopulmonar- para contrarrestar una complicación grave emergente, como la que había previsto en su paciente, comprendía disponerse de forma expedita al traslado de la enferma a una unidad de salud que contara con los recursos necesarios para salvaguardar su vida e integridad, lo que en el caso concreto no ocurrió, y

por el contrario, la Dra. Chica dejó en orfandad de cualquier medida salvadora a la Sra. Granda, al retirarse del consultorio y dejar lo que ocurriera con su vida a su suerte, en total desprecio por el bien jurídico tutelado. Queda así acreditado con su proceder, que no hubo voluntad de evitación.

No puede de ninguna manera, argumentarse confianza de evitación, pues la profesional en salud, conocía que en sus instalaciones no se contaba con los recursos materiales necesarios para neutralizar una complicación grave sobreviniente, al carecer no solo de los medicamentos y el equipo necesario para activar un protocolo de reanimación, sino también por no tener contratado un servicio de ambulancia que permitiera el desplazamiento inmediato de un paciente complicado a la institución de sanidad que se requiriera.

Sintetizando, se tiene que la Dra. Chica sabía que no podía ejercer de forma legal una intervención quirúrgica invasiva de levantamiento de glúteos, puesto que no tenía ni los conocimientos ni la pericia acreditados de cirujana plástica; aunque así se presentara socialmente, y que en caso de presentarse una complicación sobreviniente, carecía de los recursos tecnológicos y medicamentosos necesarios para neutralizar el peligro por ella creado.

También se acredita que, en desarrollo de la actividad riesgosa desempeñada, tuvo la oportunidad de representarse que la conducta por ella ejecutada tenía la virtualidad de producir el resultado dañoso y pese a este conocimiento actualizado continuó actuando, -pues primo su interés comercial-, dejando así, el resultado librado al azar. A no dudar que la facultativa era consciente de que si elevaba el riesgo, lo cual terminó desarrollando cuando reinició el procedimiento, no podría controlar el resultado dañoso, puesto que las condiciones que podían llevar a la lesión

del bien jurídico no se encontraban bajo su control. Lo que finalmente se tradujo en el resultado lesivo de muerte de su paciente, la Sra. Granda.

Todo lo anterior en conjunto, permite descartar la posibilidad de adecuación de la conducta a la modalidad subjetiva de imprudencia consciente y ratifica que el fenecimiento de la paciente se adeco por cuenta de una conducta imputable en modalidad subjetiva de dolo eventual.

Como es lo esperado, habrá voces que se alzarán intentando atenuar su responsabilidad aduciendo una conducta negligente, mediante la modalidad de imprudencia consciente, las cuales se desatenderán de acuerdo a los siguientes argumentos: acorde con una valoración racional se tiene que la Dra. Chica, en caso de obrar con culpa con representación, debió suspender de forma definitiva el procedimiento invasivo, una vez que percibió los efectos adversos causados por la anestesia en la Sra. Granda. Habrá quien afirme que así ocurrió, lo que no es congruente con lo ocurrido, puesto que la facultativa poco tiempo después, a pesar de haber previsto la alta probabilidad de un resultado lesivo fatal, reinicio la actuación invasiva, posteriormente a que la paciente en concreto diera su consentimiento, situación está que aumento el riesgo creado, permitiendo de esta manera, que se decantara en contra del bien jurídico vida e integridad personal de la Sra. Granda. Obsérvese que la profesional en salud, se decide por la consumación de la idea original, cual era, realizar el procedimiento invasivo a cambio de una compensación económica y a pesar de representarse el resultado típico como probable, esto no fue suficiente para detener su accionar lesivo.

Conviene señalar que, lo esperado en un profesional de salud diligente incluiría, no solo, la no iniciación del procedimiento invasivo, puesto que la Sra. Granda presento reacciones adversas a los anestésicos, sino su traslado temprano a una unidad hospitalaria, en pos de intentar neutralizar el

curso causal lesivo que con la aplicación de la anestesia se había desencadenado y cuyo efecto nocivo aún se desconocía.

Nótese que la Dra. Chica no renunció a la finalidad comercial que tenía con la realización del levantamiento de glúteos, pues a pesar de haberse representado el peligro inminente y concreto para la humanidad de la Sra. Granda, y haberle ofrecido a sus hermanas la devolución del dinero sufragado anticipadamente por dicho procedimiento, continuo actuando hasta cuando el resultado lesivo muerte, se hizo inminente.

Influye en el asunto que ahora tratamos el hecho de que, no se observe en el accionar de la Dra. Chica medidas salvadoras, más aun, cuando no contaba en su consulta con los medios materiales para neutralizar una complicación grave sobreviniente, del tipo cardiopulmonar, por ser de las más frecuentes en asocio al uso de anestésicos; esto porque en su consultorio no contaba con los elementos necesarios para realizar un protocolo de reanimación cardiopulmonar, ni tenía contratado un servicio de ambulancia que permitiera un manejo rápido en caso de presentarse complicaciones relevantes en sus clientes. Pero aún más desconcertante resulta que, no haya iniciado por lo menos el masaje cardiopulmonar en la paciente y si haya procedido a evacuar sus propias instalaciones, dejando a su suerte la vida de la Sra. Granda.

Como epígrafe de lo anterior, la Dra. Chica de acuerdo al acontecer factico, seria imputada por homicidio en la modalidad de dolo eventual en concurso heterogéneo de falsedad de documento privado (por cuenta de las tarjetas de presentación en las cuales señalaba que era medica especialista en cirugia plástica, sin serlo). Frente al tema de la falsedad personal, cabe recordarse que este solo se imputa en caso de que la conducta desplegada por el agente no constituya otro delito, razón por la cual no tiene aplicación al caso concreto.

CONCLUSIONES

Las estructuras dolo eventual y culpa con representación tienen factores comunes que no permiten en caso de presentarse su diferenciación. La primera similitud, obedece a que, en ambas elaboraciones teóricas, el autor reconoce que con su accionar se da inicio a la puesta en marcha de situaciones riesgosas para el bien jurídico respecto de un resultado contingente. El segundo factor común a estas dos figuras dogmáticas fronterizas consiste en que, en ambas modalidades de conducta, el sujeto actor no quiere el resultado típico, es decir, no tiene intención directa de atentar contra el bien jurídico.

La diferenciación entre las dos figuras limítrofes, dolo eventual e imprudencia consciente, consiste en la aplicación de una serie de factores concomitantes, que deben analizarse en el caso en concreto, entre los cuales se encuentran: la lesión al bien jurídico tutelado, la ratificación del resultado, la indiferencia por el derecho, la renuncia a la finalidad propuesta, la puesta en práctica de la voluntad de evitación, la confianza de evitación y el hecho de dejar librado al azar el resultado.

El órgano colegiado de justicia penal en Colombia, frente al dolo eventual, al poner el énfasis en el aspecto cognitivo sobre el volitivo, el cual según su interpretación normativa se encuentra menguado, considera el elemento voluntad como acreditado, en la medida en que el agente a pesar de representarse la alta posibilidad de que se presente el resultado típico, no interviene para evitar su ocurrencia.

La modificación en materia de dolo eventual, que contiene el artículo 22 de la ley 599 de 2000, en donde se le otorga preeminencia al factor cognoscitivo

sobre el volitivo, ha traído como consecuencia que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sala Penal, en su posición mayoritaria realice ingentes esfuerzos por eliminar el elemento volitivo del dolo eventual, como mecanismo principal para desvanecer los linderos entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

AGUDELO, N. (2010) *Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito)*. Cuarta Edición. Medellín. Ediciones Nuevo Foro.

ALTAVILLA, E. (2010). *La Culpa. El Delito Culposo, sus Repercusiones Civiles, su Análisis Psicológico*. Bogotá. Editorial Temis.

BACIGALUPO, E. (1970). *Delitos Impropios de Omisión*. Buenos Aires. Editorial Pannedille,

CARRARA, F. (1978). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá. Editorial Temis.

_____. (1988). *Reminiscencia de Cátedra y Foro*. Editorial Temis.

CORREA, C. (1969) *El Dolo Eventual*. Santiago: Jurídica De Chile.

FEIJOO, B. (2002). *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FONTAN, C. (1957). *El Elemento Subjetivo de Delito*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.

_____. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GABBE, NIEBYL, SIMPSON, LANDON, GALAN, JAUNIAUX, DRISCOLL, BERGHELLA & GROBMAN. (2019). *Obstetricia: Embarazos normales y de riesgo*. Madrid: Elsevier.

- GALVEZ, C. (2019). *Introducción al Estudio de Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Ibáñez.
- GIMBERNAT, E. (1976). *Estudios de Derecho Penal*. Primera edición. España, Editorial Civitas,
- GOMEZ, J. (2003). *La Estructura de la Conducta y la Imputación Objetiva*. Bogotá: Gustavo Ibáñez
- GONZALEZ, A. (2004). *El delito Culposo*. Primera Edición, Editorial Leyer.
- JIMENEZ DE ASUA, L. (1959). *La ley y el Delito, Principios de Derecho Penal*. Tercera Edición. Buenos Aires. Editorial Hermes.
- KAUFMANN, A. (2006). *Dogmática de los Delitos de Omisión*. Barcelona, Marcial Pons 2006.
- MANRIQUE, P. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons.
- MONTT, B. (1968). *Contenido De Voluntad Necesario Al Dolo*. Santiago: Jurídica De Chile.
- MORILLAS, L. (2009). *Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y Otros Agentes Sanitarios*. Madrid. Editorial Dykinson.
- PEREDA, J. (1956). *Vestigios Actuales de la Responsabilidad Objetiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo IX, Fascículo II Mayo Agosto.
- PEREZ, G. (2011). *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia:*

relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi.

PUPPE, I. (2001). *La Imputación Objetiva Presentada Mediante Casos Ilustrativos de La Jurisprudencia de los Altos Tribunales.* Granada, Editorial Comares.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal Parte General.* Madrid: Editorial Civitas.

TENCA, A. (2010). *Dolo eventual.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

URDANOZ, T. (1954). *Suma Teológica. Tratado de las Bienaventuranzas y de los Actos Humanos.* Tomo IV. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid.

VELÁSQUEZ, F. (2018). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General.* Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

ZAFFARONI, E. (2008) *Derecho Penal: Parte General.* Segunda Edición. Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 26. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia (07 de junio de 2001). Sentencia T-597 de 2001. [MP. Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional de Colombia (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355 de 2006. [MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas]

Corte Constitucional de Colombia (12 de marzo de 2018). sentencia T-092 de 2018. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016. Caso IV vs Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (15 de septiembre de 2004). Sentencia Rad. 20860 [MP. Herman Galán Castellanos]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (25 de agosto de 2010). Sentencia Rad. 32964 [MP. José Leónidas Bustos Ramírez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (26 de octubre de 2011). Sentencia Rad. 36357 [MP. Julio Enrique Socha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (16 de diciembre de 2015). Sentencia Rad. 45008 [MP. Eugenio Fernández Carlier]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (28 de febrero de 2018). Sentencia Rad. 51038 [MP. José Francisco Acuña Vizcaya]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (09 de mayo de 2018). Sentencia Rad. 45889 [MP. Patricia Salazar Cuellar]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (09 de mayo de 2018). Sentencia Rad. 46263 [MP. Luis Antonio Hernández Barbosa]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (04 de marzo de 2020). Sentencia Rad. 49750 [MP. José Francisco Acuña Vizcaya]

El Congreso de la República. (julio 24 de 2000). Ley 599 de 2000. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

El Congreso de la República. (noviembre 30 de 2001). Ley 711 de 2001. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social (18 de febrero de 1981). Ley 23, artículo 15. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Pagina404.aspx?requestUrl=https://www.minsalud.gov.co/Normatividad/LEY%200023%20DE%201981.pdf>

Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social (03 de octubre de 2007). Ley 1164, artículo 18 y 26. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%201164%20DE%202007.pdf

Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social (19 de octubre de 2010). Ley 1412, artículo 4 y 5. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/I GUB/ley-1412-de-2010.pdf>

Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social (19 de enero de 2011). Ley 1438, artículo 104. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%201438%20DE%202011.pdf

Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social (28 de mayo de 2014). Resolución 2003, artículo 15. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%202003%20de%202014.pdf

Gobierno de Colombia. Congreso de la República de Colombia (16 de febrero de 2015). Ley 1751, artículo 2. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social (30 de noviembre de 1981). Decreto 3380, artículo 9. Recuperado de: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1525998>

Organización de Naciones Unidas. La Mujer y la Salud: 02/02/99. Cedaw Recomendación General N° 24. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social: 11/08/2000. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. CDESCR OBSERVACION GENERAL 14. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>