DERECHO PENAL Y UN BISTURÍ: ENTRE EL AZAR, LA TEMERIDAD Y EL ENGAÑO

LEONARDO CARRILLO GALAVIS
MARIA FERNANDA RAMÍREZ FLOREZ

CC BY NC

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO
VILLAVICENCIO
2026

DERECHO PENAL Y UN BISTURÍ: ENTRE EL AZAR, LA TEMERIDAD Y EL ENGAÑO

LEONARDO CARRILLO GALAVIS
MARIA FERNANDA RAMÍREZ FLOREZ

Trabajo de grado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Penal y Sistema Penal Acusatorio

Director
Mg. JULIÁN LEONARDO RIVEROS CRUZ
Magíster en Justicia Criminal

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO
VILLAVICENCIO
2026

Autoridades Académicas

P. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.
Rector General

P. Adrián Mauricio GARCÍA PEÑARANDA, O.P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Antonio ALFONSO VARGAS, O.P.
Rector Seccional Villavicencio

P. Juan Francisco CORREA HIGUERA, O.P.
Vicerrector Académico Seccional Villavicencio

Mg. Julieth Andrea SIERRA TOBÓN
Secretaria General Seccional Villavicencio

Mg. Julián Leonardo RIVEROS CRUZ
Decano Facultad de Derecho

Contenido

Resumen 5
Abstract 6
Introducción 7
1. El dolo entre el conocimiento y la voluntad: reconstrucción de sus elementos constitutivos 10
1.1. Las teorías ontológicas del dolo 11
1.2. La dimensión normativa de las teorías del dolo 13
2. Consideraciones respecto a la culpa consciente o con representación 16
3. La atribución de la responsabilidad penal en la medicina clandestina: entre el dolo directo, el dolo eventual y la culpa con representación 18
Referencias Bibliográficas 23

Resumen

La medicina clandestina plantea al Derecho penal una pregunta tan incómoda como decisiva: **¿cuándo la creación consciente de un riesgo para la vida deja de ser imprudencia y comienza a ser dolo?** La respuesta no puede encontrarse en la sola clandestinidad de la actividad, en la precariedad del establecimiento ni en la gravedad del resultado, pues hacerlo supondría convertir el riesgo objetivamente creado en prueba suficiente de la relación subjetiva del agente con la lesión o la muerte, aproximándose a formas encubiertas de responsabilidad objetiva. A partir de esta premisa, la investigación reconstruye las principales concepciones ontológicas y normativas del dolo y examina la difícil frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación en el contexto de los procedimientos médicos y estéticos clandestinos, tomando como eje la posición que adopta el sujeto frente al resultado que se representa. El estudio sostiene que estos supuestos no admiten una solución única: una intervención puede permanecer en el ámbito de la culpa con representación cuando el agente, pese a prever el resultado, confía en poder evitarlo; puede configurarse como dolo eventual desde la conducta activa inicial cuando aquel se representa como probable la realización típica y deja su no producción librada al azar; o puede dar lugar, ante la posterior concreción del peligro, a una conducta omisiva autónoma susceptible de imputación dolosa cuando concurran los presupuestos de la comisión por omisión.

Palabras Clave: Dolo, culpa con representación, tipicidad subjetiva, elemento volitivo, medicina clandestina, Corte Suprema de Justicia, responsabilidad objetiva.

Abstract

Clandestine medical practice raises a question for criminal law that is as uncomfortable as it is decisive: **when does the conscious creation of a risk to life cease to constitute negligence and begin to amount to intent?** The answer cannot be found solely in the clandestine nature of the activity, the inadequate conditions of the facility, or the seriousness of the resulting harm, since doing so would effectively turn the objectively created risk into sufficient proof of the agent's subjective relationship with the injury or death, thereby approaching concealed forms of strict liability. On this premise, this research reconstructs the principal ontological and normative conceptions of intent and examines the difficult boundary between *dolus eventualis* and advertent negligence in the context of clandestine medical and aesthetic procedures, focusing on the agent's stance toward the foreseen result. The study argues that these cases do not admit a single solution: an intervention may remain within the realm of advertent negligence where the agent, despite foreseeing the result, trusts that it can be avoided; *dolus eventualis* may arise from the initial active conduct where the agent foresees the realization of the prohibited result as probable and leaves its non-occurrence to chance; or, once the risk subsequently materializes, the conduct may constitute an autonomous omission capable of supporting intentional liability, provided that the legal requirements for commission by omission are satisfied.

Keywords: Intent, advertent negligence, subjective elements of the offense, volitional element, clandestine medicine, Supreme Court of Justice, strict liability.

Introducción

Las denominadas clínicas clandestinas plantean un problema penal que parece sencillo mientras se formula en términos generales y se vuelve considerablemente más difícil cuando se intenta precisar. Una persona realiza procedimientos médicos o estéticos invasivos sin habilitación sanitaria, carece de la cualificación profesional requerida o actúa en un establecimiento que no dispone de las condiciones técnicas mínimas para responder ante una complicación vital. Si como consecuencia de esa intervención se produce una lesión grave o la muerte del paciente, surge inmediatamente en la praxis judicial la tentación de atajar el debate mediante un salto lógico: la atribución automática de una conducta dolosa.

La pregunta, sin embargo, necesita ser afinada con rigor metodológico. Una clínica clandestina no es, en sí misma, dolosa o imprudente. Dolosa o imprudente solo puede ser la realización de una conducta típica respecto de un determinado resultado (Velásquez Velásquez, 2020). Por ello, antes de decidir si estamos ante un dolo directo, un dolo eventual o una culpa con representación, debe determinarse con precisión qué resultado concreto se pretende imputar al agente y cuál era su conocimiento efectivo respecto de su posible producción (Ragués i Vallès, 2004).

Esta precisión exige distinguir tres cuestiones que, aunque estrechamente relacionadas, no pueden confundirse. La primera consiste en establecer si el agente decidió conscientemente actuar al margen de las exigencias legales, administrativas o sanitarias que regulaban su actividad. La segunda, en determinar si mediante esa actuación creó un riesgo jurídicamente desaprobado para la vida o la integridad personal del paciente. La tercera, y decisiva para efectos de la imputación subjetiva del resultado, consiste en precisar cuál fue la relación del sujeto con la eventual producción de la lesión o de la muerte. Las dos primeras cuestiones pueden recibir una respuesta afirmativa sin que de ello se siga, necesariamente, una respuesta igualmente afirmativa respecto de la tercera.

La distinción resulta fundamental porque permite advertir el problema que presenta una primera tesis: aquella según la cual quien decide realizar procedimientos invasivos en condiciones de extrema precariedad, con pleno conocimiento de la ausencia de los medios técnicos o profesionales indispensables, actúa con *dolo directo* respecto de las lesiones o muertes que puedan derivarse de su intervención. El argumento posee una indudable fuerza intuitiva. Si el sujeto

conoce las deficientes condiciones en las que actúa y, pese a ello, decide ejecutar el procedimiento, podría parecer que ha incorporado el eventual resultado lesivo a su propia decisión.

Sin embargo, esta conclusión incurre en un problema dogmático estructural: confunde el conocimiento y la voluntad referidos a la conducta peligrosa con el conocimiento y la voluntad que deben predicarse del resultado típico. El dolo directo no consiste simplemente en querer ejecutar una conducta peligrosa ni en conocer que mediante ella se crea un riesgo jurídicamente desaprobado (Muñoz Conde & García Arán, 2019). Si aquello que se pretende imputar es la lesión o la muerte del paciente, será necesario establecer que ese resultado constituía el fin perseguido por el autor o, tratándose de las formas de dolo directo que no exigen esa finalidad, que era conocido por este como una consecuencia necesaria de la conducta decidida y ejecutada (Roxin, 1997).

De otro modo, se produciría un desplazamiento indebido del objeto del dolo. Aquello que debe demostrarse respecto del resultado típico terminaría deduciéndose de la sola decisión consciente de crear un riesgo prohibido. Se pasaría, así, de afirmar que el sujeto quiso realizar una intervención clandestina y conocía las condiciones peligrosas en las que actuaba a sostener que quiso también la lesión o la muerte que eventualmente se produjo. Pero entre una afirmación y otra existe un salto que la teoría del delito no permite dar sin una fundamentación adicional (Velásquez Velásquez & Wolffhügel Gutiérrez, 2012).

La clandestinidad, por tanto, puede ser deliberada; también puede ser consciente la infracción de las reglas sanitarias y conocida la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Nada de ello permite afirmar todavía, por sí solo, *dolo directo* respecto del resultado lesivo. Esta modalidad únicamente podrá sostenerse cuando se demuestre que la lesión o la muerte fueron perseguidas como finalidad o conocidas como consecuencia necesaria de la conducta. Fuera de esos supuestos, la discusión debe desplazarse hacia el verdadero problema que plantean estas intervenciones: determinar si el agente, sin querer directamente el resultado, se representó su realización en términos jurídicamente relevantes y qué posición asumió frente a esa posibilidad.

Es precisamente allí donde aparece la frontera entre *dolo eventual* y *culpa con representación*. En ambas categorías el sujeto puede actuar con conocimiento del peligro y representarse la eventual producción del resultado. La diferencia no puede descansar, entonces, en la mera conciencia de que la conducta es riesgosa. Conforme al artículo 22 del Código Penal, el dolo eventual exige que la realización de la infracción haya sido prevista como probable y que su

no producción se deje librada al azar; el artículo 23, por su parte, mantiene la conducta en el ámbito de la culpa cuando, habiendo previsto el resultado, el agente confía en poder evitarlo (Congreso de la República de Colombia, 2000).

De este modo, el problema central de la investigación puede formularse con mayor precisión. No se trata de determinar si quien actúa en una clínica clandestina conoce que infringe las reglas que disciplinan el ejercicio de la actividad, ni siquiera únicamente de establecer si sabe que mediante su conducta crea un peligro grave. La cuestión decisiva consiste en determinar **¿qué posición adopta frente a la eventual concreción de ese peligro en el resultado típico?** si continúa actuando porque confía en poder evitarlo o si, representándose su realización como probable, actúa en condiciones que permiten afirmar que deja su no producción librada al azar.

Esta distinción constituye, además, un límite frente a formas encubiertas de responsabilidad objetiva. La gravedad de la infracción sanitaria, la precariedad de las condiciones de intervención, la ausencia de habilitación o incluso la magnitud del riesgo creado pueden ser relevantes para determinar el tipo objetivo y para reconstruir aquello que el agente conocía. Pero ninguna de esas circunstancias sustituye la demostración del título subjetivo de imputación. Inferir el dolo exclusivamente de la peligrosidad objetiva de la conducta significaría castigar al sujeto por el riesgo creado y el resultado producido, y no por la concreta relación subjetiva que mantuvo con ese resultado, en contradicción con el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 12 del Código Penal (Congreso de la República de Colombia, 2000).

A partir de esta premisa, la investigación se orienta a establecer los criterios dogmáticos y probatorios que permiten diferenciar el *dolo directo*, el *dolo eventual* y la *culpa con representación* en el contexto de la medicina clandestina. El análisis parte de una idea fundamental: la ilicitud de la actividad, la creación consciente de un riesgo jurídicamente desaprobado y la imputación subjetiva del resultado pertenecen a planos relacionados, pero conceptualmente distintos. Solo manteniendo esa separación será posible determinar cuándo una intervención extremadamente peligrosa permanece en el ámbito de la imprudencia y cuándo concurren los presupuestos que justifican su atribución a título de dolo.

1. El dolo entre el conocimiento y la voluntad: reconstrucción de sus elementos constitutivos

Las teorías volitivas parten de una premisa que durante largo tiempo ha ocupado una posición central en la dogmática penal: el conocimiento del riesgo, por sí solo, no basta para afirmar la existencia del dolo. Aunque el autor conozca o prevea los elementos objetivos del tipo, incluida la posibilidad de producción del resultado, esa representación intelectual resulta insuficiente si no va acompañada de una determinada actitud frente a dicho resultado. Desde esta perspectiva, el dolo no se agota en el conocimiento; exige, además, un componente volitivo que permita afirmar que el sujeto quiso, consintió o, al menos, aceptó la realización del hecho típico (Roxin, 1997).

La incorporación de la voluntad responde a una necesidad sistemática. Si tanto el dolo eventual como la culpa con representación comparten la previsión del resultado, la diferencia entre ambas categorías no puede encontrarse únicamente en el plano cognoscitivo. Debe existir un criterio adicional que explique por qué, ante un mismo nivel de conocimiento del riesgo, el ordenamiento jurídico atribuye en unos casos una responsabilidad dolosa y, en otros, una responsabilidad imprudente. Para las teorías volitivas, ese criterio diferenciador es precisamente la actitud que el autor adopta frente al resultado previsto.

Ahora bien, la afirmación de que el dolo comprende un elemento de voluntad no significa que exista acuerdo acerca de cómo debe entenderse ese componente. La doctrina ha desarrollado, en términos generales, dos formas de aproximarse al problema. La primera, de carácter ontológico o psicológico, sostiene que la voluntad constituye un fenómeno interno del sujeto y que el dolo depende de la efectiva existencia de un proceso psíquico de aceptación o consentimiento al momento de actuar. La segunda, de naturaleza normativa, considera igualmente indispensable el elemento volitivo, pero entiende que éste no puede identificarse mediante una indagación directa sobre la vida interior del autor, sino que debe reconstruirse a partir del significado objetivo de su conducta y de las circunstancias externas que la rodean (Jakobs, 1997).

1.1. Las teorías ontológicas del dolo

Desde esta perspectiva, la voluntad no constituye simplemente una valoración normativa atribuida desde fuera, sino un componente que debe reconstruirse a partir de la posición interna del sujeto frente a la realización del resultado (Muñoz Conde & García Arán, 2019).

1.1.1 La teoría del consentimiento y la fórmula de Frank

Uno de los intentos clásicos de delimitar el dolo eventual mediante un componente volitivo se encuentra en la denominada teoría del consentimiento y, particularmente, en la conocida fórmula de Frank. De acuerdo con esta construcción, podría afirmarse el dolo cuando resulte posible sostener que el autor habría actuado igualmente aun si hubiese sabido con certeza que el resultado se produciría (Ragués i Vallès, 2004).

La fórmula pretende descubrir qué lugar ocupaba el resultado dentro de la decisión del sujeto. Si la certeza de su producción no habría modificado su comportamiento, cabría entender que el resultado era compatible con aquello que estaba dispuesto a realizar. Si, por el contrario, la certeza del resultado habría determinado que desistiera, existirían razones para negar esa relación volitiva.

Su atractivo es evidente, pero también lo es su dificultad. La fórmula obliga a responder qué habría hecho el autor en una situación que, precisamente, no ocurrió. Se sustituye así la reconstrucción de aquello que efectivamente conoció y decidió por una hipótesis acerca de cómo habría actuado si hubiera dispuesto de un conocimiento distinto. El riesgo consiste en fundamentar la imputación subjetiva en un contrafáctico cuya comprobación resulta especialmente problemática (Mir Puig, 2016).

Trasladado al ámbito de la medicina clandestina, el problema puede formularse con claridad. No basta preguntar si quien realizó un procedimiento invasivo lo habría practicado de haber sabido con certeza que el paciente moriría. Probablemente muchos sujetos responderían negativamente, especialmente cuando la finalidad perseguida era económica. Pero de esa respuesta no se sigue necesariamente que el comportamiento haya sido imprudente. El dolo eventual se refiere precisamente a situaciones en las que el resultado no es perseguido como finalidad y su producción no es conocida como cierta. Por ello, convertir la certeza hipotética del resultado en

criterio decisivo puede terminar alejando el análisis de las circunstancias que realmente acompañaron la conducta.

1.1.2 La teoría de la indiferencia

Una respuesta diferente intenta localizar la frontera en la actitud de indiferencia del autor frente al bien jurídico. Desde esta perspectiva, habría dolo eventual cuando el sujeto, aun representándose la posibilidad del resultado, continúa actuando con indiferencia o desconsideración frente a su eventual producción (Díaz Pita, 1994).

También aquí existe una intuición comprensible. Quien conoce que su comportamiento puede producir un resultado gravemente lesivo y actúa sin que esa posibilidad tenga capacidad alguna para modificar su decisión parece encontrarse en una posición distinta de quien, aun representándose el peligro, confía seriamente en poder evitarlo.

El problema consiste en determinar qué significa jurídicamente esa indiferencia. Si se la identifica con una actitud moralmente reprochable, con el egoísmo, la insensibilidad o el desprecio general por los intereses ajenos, el análisis abandona la imputación del hecho concreto y comienza a aproximarse peligrosamente a una valoración de la personalidad del autor. La indiferencia solo podría adquirir relevancia para el dolo en cuanto permita inferir una determinada relación con la realización del resultado típico, no como juicio ético sobre la persona que actúa (Posada Maya, 2003).

La precisión resulta particularmente necesaria en la medicina clandestina. La decisión de obtener un beneficio económico mediante procedimientos realizados al margen de las exigencias sanitarias puede resultar jurídicamente reprochable e incluso revelar una grave desconsideración por la seguridad de los pacientes. Pero ni el afán de lucro ni la precariedad del establecimiento demuestran, por sí mismos, dolo respecto de una lesión o una muerte. Utilizarlos de ese modo supondría reemplazar la prueba de la relación subjetiva con el resultado por una valoración negativa de los motivos o características del agente.

1.1.3 La teoría de la voluntad de evitación

La teoría de la voluntad de evitación, asociada a Armin Kaufmann, desplaza el análisis hacia un dato particularmente significativo: la conducta que el sujeto adopta frente al riesgo que

reconoce. Si el agente se representa la posibilidad del resultado y, pese a ello, permite que el curso peligroso continúe sin desplegar actuaciones dirigidas seriamente a impedir su realización, existirían razones para afirmar el dolo. Por el contrario, la realización de actos genuinos y objetivamente orientados a evitar el resultado constituiría un indicador favorable a la culpa con representación (Jescheck & Weigend, 2002).

La aportación de esta teoría consiste en intentar exteriorizar aquello que, de otro modo, permanecería encerrado en la inaccesible subjetividad del autor. En lugar de preguntar exclusivamente qué sentía frente al resultado, se observa qué hizo para impedirlo. La conducta de evitación funciona así como un indicio de la confianza del sujeto en la no producción del resultado.

Sin embargo, tampoco aquí cabe automatismo alguno. No toda medida de precaución demuestra necesariamente una verdadera voluntad de evitación, del mismo modo que la ausencia de una medida concreta no permite afirmar automáticamente dolo. Será necesario valorar si las actuaciones desplegadas eran idóneas, serias y coherentes con una auténtica confianza en que el resultado podía ser evitado.

Este criterio adquiere particular importancia en los procedimientos médico estéticos clandestinos. No es equivalente realizar una intervención peligrosa disponiendo de medios efectivos para controlar los riesgos que practicarla confiando exclusivamente en que la complicación no aparecerá. Tampoco es igual que, una vez advertidos signos concretos de peligro, el agente despliegue inmediatamente las medidas de salvamento disponibles a que permanezca inactivo frente a la progresiva materialización del riesgo.

La relevancia de estas circunstancias no reside en que permitan inferir mecánicamente dolo o culpa. Su importancia consiste en que proporcionan elementos externos a partir de los cuales puede reconstruirse la relación del sujeto con el resultado. Y esa reconstrucción es precisamente lo que impide que la frontera entre dolo eventual y culpa con representación dependa exclusivamente de fórmulas abstractas o, en el extremo contrario, de la mera gravedad objetiva de la conducta.

1.2 La dimensión normativa de las teorías del dolo

Frente a las dificultades que plantea la reconstrucción puramente introspectiva de la voluntad, una parte relevante de la dogmática contemporánea ha desplazado progresivamente el

análisis hacia criterios de atribución normativa (Hassemer, 1995). Ya no se trata únicamente de indagar qué quiso, deseó o sintió internamente el autor frente al resultado, sino de establecer qué significado puede atribuirse a su decisión de actuar a partir de las circunstancias que conocía al momento del hecho.

En esta línea, Roxin concibe el dolo eventual como una decisión por la posible lesión del bien jurídico (Roxin, 1997). La fórmula exige cierta precisión. Decidirse por la posible lesión no significa desear el resultado ni perseguirlo como finalidad, pues, de ser así, el problema dejaría de situarse propiamente en el ámbito del dolo eventual. Significa, más bien, que el sujeto se representa la posible realización del tipo como consecuencia de su comportamiento y, pese a ello, no renuncia al curso de acción elegido. El resultado no tiene que constituir el objetivo de su actuación; basta con que su eventual producción resulte compatible con la ejecución del plan que ha decidido llevar adelante (Díaz Pita, 1994).

La diferencia es especialmente relevante en actividades desarrolladas en condiciones de informalidad. Quien realiza una intervención invasiva puede perseguir como finalidad primaria la obtención de un beneficio económico y preferir, naturalmente, que el paciente no sufra consecuencia adversa alguna. Esa preferencia, sin embargo, no excluye por sí sola el dolo eventual. La cuestión no consiste simplemente en averiguar si el resultado era deseado, sino en determinar si, frente al riesgo que el sujeto se representaba, la posible lesión del bien jurídico tuvo o no capacidad para modificar su decisión de actuar. Pero tampoco cabe invertir el razonamiento: conocer que se ejecuta una conducta peligrosa no equivale, sin más, a decidirse por la lesión que de ella pudiera derivarse. Precisamente en esa distancia se encuentra buena parte del problema de delimitación entre dolo eventual y culpa con representación.

Un paso adicional en el proceso de normativización se encuentra en la propuesta de Pérez Barberá (2012), quien cuestiona la identificación del dolo con un estado mental o con un dato psíquico susceptible de ser descubierto mediante la reconstrucción de la interioridad del autor. Desde esta perspectiva, buscar el dolo exclusivamente en aquello que el sujeto deseó íntimamente supone plantear de manera inadecuada el problema. El dolo es concebido como una propiedad normativa atribuible al comportamiento, cuyo fundamento debe buscarse en el significado que la conducta exteriorizada expresa, valorada *ex ante* conforme a las circunstancias jurídicamente relevantes del caso (Pérez Barberá, 2012).

La consecuencia de este planteamiento no es que la dimensión subjetiva desaparezca ni que cualquier conducta objetivamente peligrosa pueda calificarse como dolosa. La cuestión se desplaza hacia la determinación del significado normativo del comportamiento frente a la regla de conducta. Lo relevante será establecer si, atendidas las circunstancias del caso, la actuación expresa un apartamiento de la norma con la intensidad necesaria para justificar su imputación a título de dolo y no simplemente como imprudencia (Pérez Barberá, 2012).

Esta precisión adquiere particular importancia frente a las denominadas clínicas clandestinas. La ausencia de habilitación sanitaria, la precariedad de los medios disponibles, la falta de cualificación exigible o la realización de procedimientos invasivos pueden integrar el contexto a partir del cual se reconstruye el significado de la conducta. Sin embargo, ninguna de esas circunstancias permite afirmar aisladamente la existencia de dolo. De lo contrario, la normativización del elemento subjetivo terminaría produciendo justamente aquello que pretende evitarse: que la gravedad objetiva del riesgo sustituya la fundamentación de la imputación subjetiva.

2. Consideraciones respecto a la culpa consciente o con representación

El artículo 23 del Código Penal colombiano consagra la culpa con representación como una modalidad autónoma de conducta, configurada cuando el sujeto realiza la acción confiando en poder evitar el resultado o representándoselo como posible (Congreso de la República de Colombia, 2000). El análisis de esta figura resulta indispensable para trazar la frontera negativa del dolo eventual en la praxis médica clandestina (Sotomayor Acosta & Gallego García, 2016).

La culpa con representación constituye el término de comparación indispensable para delimitar correctamente el dolo eventual. La proximidad entre ambas categorías no deriva de que en una exista conocimiento del riesgo y en la otra se actúe desconociéndolo. Por el contrario, en las dos el agente se representa anticipadamente la posibilidad de producción del resultado. La diferencia debe buscarse, precisamente, en la posición que adopta frente a aquello que ha previsto (Mir Puig, 2016).

El punto de partida normativo se encuentra en el artículo 23 del Código Penal colombiano. Conforme a esta disposición, 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 (Congreso de la República de Colombia, 2000). Esta última hipótesis corresponde a la culpa con representación y contiene los dos elementos que interesan para su delimitación: el agente prevé el resultado y, pese a esa previsión, actúa porque confía en que podrá evitarlo.

La precisión es importante. La culpa con representación no puede definirse simplemente afirmando que el sujeto *"se representa el resultado como posible"*. Esa representación, considerada aisladamente, no permite distinguirla del dolo eventual. También quien actúa con dolo eventual se representa anticipadamente la realización del resultado. Lo característico de la culpa con representación es algo adicional: que, aun habiéndolo previsto, el sujeto mantiene una confianza en su evitación suficientemente relevante para explicar por qué decide continuar actuando.

Ahora bien, afirmar que el agente confía en evitar el resultado no significa que esa confianza deba ser correcta, razonable o finalmente exitosa. Si así fuera, desaparecería buena parte del espacio propio de la imprudencia consciente. Precisamente porque se trata de culpa, la confianza puede descansar en una valoración equivocada de las propias capacidades, en una sobreestimación de los medios disponibles o en una apreciación defectuosa de las circunstancias.

Lo que debe existir es una verdadera confianza en la no realización del resultado y no la simple esperanza de que, pese al riesgo conocido, finalmente *"nada ocurra"* (Pérez Barberá, 2012).

Esta distinción adquiere especial importancia en la medicina clandestina. Quien realiza un procedimiento invasivo puede conocer que su conducta comporta riesgos graves e incluso representarse anticipadamente la posibilidad de una complicación. De ello no se sigue todavía que actúe con dolo eventual. Si decide continuar porque confía en determinados factores que, desde su perspectiva, permitirán evitar el resultado, su experiencia previa, su destreza, determinados medios de control o su capacidad para reaccionar frente a una complicación, el problema permanece, en principio, dentro del ámbito de la culpa con representación, aunque posteriormente se demuestre que esa confianza era gravemente equivocada.

La cuestión cambia cuando aquello que el agente denomina *"confianza"* carece de un verdadero contenido de evitación. No basta con que prefiera que el resultado no ocurra ni con que, producido este, afirme que esperaba un desenlace favorable. Esperar que el resultado no se produzca y confiar en poder evitarlo no son expresiones equivalentes. La primera puede consistir en una mera expectativa favorable; la segunda supone que el sujeto atribuye a determinadas circunstancias una capacidad para impedir la realización del riesgo.

De ahí surge el verdadero problema de delimitación con el artículo 22 del Código Penal. Mientras la culpa con representación exige que, habiendo previsto el resultado, el agente confíe en poder evitarlo, el dolo eventual requiere que la realización de la infracción haya sido prevista como probable y que su no producción sea dejada librada al azar (Congreso de la República de Colombia, 2000). La frontera no puede establecerse, por tanto, mediante la simple oposición entre conocimiento y desconocimiento del peligro, sino examinando qué fundamento tenía la decisión del sujeto de continuar actuando pese al resultado que se había representado.

En consecuencia, la pregunta jurídicamente relevante no es solamente ***"¿previó el resultado?"***, sino una segunda y más difícil: ***"habiéndolo previsto, ¿por qué creyó que no se produciría?"***. Si la respuesta permite reconstruir una confianza efectiva en determinados factores de evitación, aun cuando esa confianza resulte posteriormente errónea o imprudente, existirá un fundamento para mantener la conducta en el ámbito del artículo 23. Si, en cambio, el agente se representa el resultado como probable y continúa actuando sin una verdadera confianza en su evitación, la cuestión deberá examinarse desde la fórmula del dolo eventual prevista en el artículo 22.

3. La atribución de la responsabilidad penal en la medicina clandestina: entre el dolo directo, el dolo eventual y la culpa con representación

Los procedimientos invasivos practicados en establecimientos clandestinos o por personal no cualificado se enfrentan con frecuencia a un sesgo metodológico de la acusación: la tendencia a derivar la tipicidad dolosa de la sola gravedad objetiva de la infracción sanitaria. Se asume que, como el agente actúa al margen de la *lex artis*, carece de infraestructura y somete al paciente a un peligro desproporcionado, debe responder a título de dolo por las lesiones o la muerte sobrevenidas.

Sin embargo, el principio de culpabilidad y la prohibición de responsabilidad objetiva (art. 12 C.P.) imponen la obligación dogmática de adscribir el resultado a una modalidad precisa de imputación subjetiva: dolo directo, dolo eventual o culpa con representación. La clandestinidad de la práctica no es un tipo penal autónomo de homicidio, sino un marco indiciario que debe ser leído a la luz de los elementos constitutivos de la tipicidad subjetiva.

la afirmación de que quien decide realizar procedimientos invasivos en condiciones de precariedad extrema, con pleno conocimiento de la ausencia de medios técnicos o profesionales indispensables, actúa con *dolo directo* respecto de las muertes o lesiones producidas.

Esta tesis padece un defecto de superposición conceptual. El dolo directo no consiste en querer ejecutar una conducta peligrosa ni en conocer que se actúa al margen de las normas sanitarias (Muñoz Conde & García Arán, 2019). Exige estrictamente que el resultado típico constituya el fin perseguido por el autor (primer grado) o una consecuencia necesaria e ineludible de su plan de actuación (segundo grado) (Roxin, 1997).

Como han advertido Lascuraín Sánchez (2014) y Pérez Barberá (2012), al examinar la responsabilidad en las organizaciones y estructuras con déficit de seguridad, incurrir en esta simplificación supone confundir el dolo de la infracción organizativa (querer operar en la informalidad al margen de la norma) con el dolo del resultado homicida (querer o aceptar la muerte del paciente) (Pérez Barberá, 2012). Piénsese en el práctico o comerciante que opera un recinto clandestino motivado por el lucro: quiere realizar el procedimiento y quiere cobrar por él. Su propia finalidad lucrativa presupondrá ordinariamente que espera que el cliente no fallezca, pues el deceso destruye la viabilidad misma de su actividad.

Por consiguiente, la hipótesis de la medicina clandestina como dolo directo únicamente se configurará en dos supuestos excepcionales: (i) Cuando el procedimiento invasivo sea utilizado deliberadamente como una fachada o medio de agresión intencional para causar la muerte o mutilación de la víctima (intención pura). (ii) Cuando la intervención sea de tal naturaleza que el fallecimiento se presente como un resultado absolutamente seguro e ineludible según la ciencia médica (segundo grado) (Roxin, 1997).

El verdadero problema juridico consiste en responder la pregunta central planteada al cierre de la Introducción: **¿qué posición tomó el sujeto ante la eventual concreción del resultado y cómo se distingue el dolo eventual de la culpa con representación?**

Es decir, en determinar si el resultado puede ser imputado a título de *dolo* o si la conducta permanece en el ámbito de la *culpa con representación*. La respuesta exige introducir una distinción adicional: el dolo eventual puede encontrarse ya presente en la conducta activa mediante la cual se crea el riesgo o puede no concurrir en ese momento y aparecer posteriormente respecto de una conducta omisiva autónoma, cuando el riesgo se concreta y surge para el garante el deber de impedir el resultado.

No se trata, por tanto, de dos momentos de una necesaria transición de la culpa hacia el dolo. La primera pregunta es si el agente actuaba ya con dolo eventual cuando ejecutó el procedimiento invasivo. Si la respuesta es negativa y la intervención comenzó bajo culpa con representación, todavía será necesario determinar si, ante la posterior concreción del riesgo, surgió una conducta omisiva distinta susceptible de ser imputada dolosamente.

La primera posibilidad sitúa el dolo eventual en el momento mismo de ejecución del procedimiento. El agente no quiere directamente la lesión o la muerte del paciente, pero conoce las circunstancias concretas que hacen probable su producción y, pese a ello, decide realizar la intervención en condiciones en las que carece conscientemente de mecanismos de control suficientes para impedir que el riesgo se materialice. La estructura exige distinguir tres elementos.

Primero, una conducta activa creadora del riesgo. El sujeto ejecuta materialmente el procedimiento invasivo, administra la sustancia o realiza la intervención de la cual puede derivarse el resultado típico.

Segundo, la representación del resultado como probable. No basta con que conozca que actúa clandestinamente, que carece de habilitación sanitaria o que el procedimiento es

genéricamente peligroso. Debe acreditarse que, atendidas las circunstancias concretas conocidas por él, se representó como probable la lesión o la muerte que posteriormente se pretende imputar.

El agente, habiéndose representado como probable la lesión o la muerte, decide ejecutar el procedimiento dejando su no producción librada al azar. La inexistencia o insuficiencia de medios técnicos, asistenciales o de respuesta frente a una eventual complicación no constituye, por sí misma, un elemento autónomo del dolo eventual, pero puede operar como criterio probatorio para establecer si el sujeto mantenía una verdadera confianza en la evitación del resultado o si, por el contrario, continuó actuando sin confiar en mecanismos concretos de control capaces, desde su propia representación, de impedirlo.

Es precisamente en este último supuesto donde adquiere contenido la expresión utilizada por el artículo 22 del Código Penal: la no producción del resultado queda *"librada al azar"*. El dolo eventual no se deduce entonces de la clandestinidad, ni de la gravedad abstracta del procedimiento, ni siquiera de la sola ausencia de infraestructura. Su configuración exige que el agente se represente como probable la realización del resultado y deje su no producción librada al azar. El conocimiento acerca de la inexistencia o insuficiencia de mecanismos de evitación podrá constituir, en ese juicio, un criterio probatorio relevante para determinar si existía una verdadera confianza en la evitación o una mera esperanza de que el resultado no llegara a producirse.

El caso examinado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP-3006-2022, Rad. 55.593, resulta útil para mostrar la estructura de esta primera modalidad, aunque sus circunstancias no puedan generalizarse a todos los supuestos de medicina clandestina. Allí la discusión subjetiva se proyectó sobre el conocimiento existente al momento de la aplicación de la sustancia y sobre la representación de las lesiones asociadas a esa conducta. Lo relevante, para los efectos de esta investigación, es que el eventual dolo se examina respecto de la acción que crea directamente el riesgo, y no a partir de una posterior omisión de salvamento. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2022).

El beneficio económico puede constituir un dato adicional para explicar por qué el agente decidió continuar, pero no debe convertirse en fundamento autónomo del dolo. Percibir una contraprestación económica explica un motivo de actuación; no demuestra, por sí mismo, la relación subjetiva con el resultado. El juicio seguirá dependiendo de si, al ejecutar la conducta, el agente se representó como probable la realización típica y dejó su no producción librada al azar.

La segunda estructura es distinta. El procedimiento puede comenzar bajo *culpa con representación*. El agente conoce que existe un riesgo y se representa la posibilidad de una complicación, pero decide actuar porque confía en poder controlarla. Esa confianza puede ser imprudente, exagerada e incluso descansar en una grave sobrevaloración de sus propias capacidades. Mientras exista una auténtica confianza en la evitación, no cabe convertirla automáticamente en dolo por la sola gravedad del riesgo.

Sin embargo, durante la intervención las circunstancias pueden modificarse. El riesgo que inicialmente era una posibilidad puede comenzar a concretarse en una situación actual de peligro. En ese momento cambia también el objeto del conocimiento del agente. Ya no se trata únicamente de aquello que sabía al iniciar el procedimiento, sino de aquello que conoce ahora y de lo que decide hacer frente a ese nuevo escenario.

Si ante la complicación el sujeto activa seriamente los mecanismos de salvamento disponibles, procura asistencia especializada, solicita oportunamente los servicios de emergencia o facilita el traslado del paciente, esas actuaciones constituyen indicios relevantes de que su conducta continúa orientada hacia la evitación del resultado. No demuestran automáticamente culpa con representación, pero son compatibles con la existencia de una confianza en la posibilidad de controlar el riesgo.

Distinta es la hipótesis en la que el agente advierte una situación concreta de peligro para la vida, conoce la necesidad de asistencia inmediata y, teniendo posibilidad de procurarla, decide deliberadamente no hacerlo para impedir que se descubra la actividad clandestina. En este supuesto no debe afirmarse que la culpa inicial *"se transforma"* en dolo. La formulación técnicamente correcta es otra: puede surgir un nuevo tramo de conducta, ahora omisivo, susceptible de una imputación dolosa autónoma.

Para ello no basta con demostrar la omisión de auxilio. La comisión por omisión exige establecer previamente la posición de garante, el deber jurídico concreto de impedir el resultado, la posibilidad real de ejecutar la conducta salvadora y los demás presupuestos que permitan equiparar jurídicamente la omisión con la causación del resultado. Solo después podrá analizarse su dimensión subjetiva.

Satisfechos esos presupuestos, la decisión de no procurar asistencia puede adquirir relevancia para el dolo eventual cuando se demuestre que el agente, con conocimiento del peligro concreto para la vida y de la posibilidad de intervenir para neutralizarlo, decide no ejecutar la

conducta debida y deja la evitación del resultado librada al azar. Si, además, esa decisión responde al propósito de impedir el descubrimiento de la actividad clandestina, tal circunstancia puede constituir un indicio particularmente intenso de que la preservación del interés propio prevaleció sobre la actuación dirigida a evitar el resultado.

Pero tampoco aquí el dolo deriva automáticamente del propósito de preservar la impunidad. Será necesario acreditar que el agente conocía la situación de peligro, podía actuar, debía hacerlo y, pese a ello, omitió la conducta salvadora en condiciones que permitan afirmar los presupuestos subjetivos del artículo 22 del Código Penal.

La diferencia entre ambas estructuras puede expresarse, entonces, con precisión. En la primera, el dolo eventual debe existir ya cuando se ejecuta la conducta activa creadora del riesgo. En la segunda, la conducta inicial puede permanecer en el ámbito de la culpa con representación y ser seguida posteriormente por una omisión autónoma susceptible de imputación dolosa. La conducta posterior no convierte retrospectivamente en dolosa la intervención inicial; constituye, si concurren sus presupuestos, un nuevo fundamento de imputación.

La solución puede resumirse, finalmente, en una pregunta distinta para cada momento. **Al iniciar el procedimiento: ¿el agente confiaba en algún mecanismo de control del riesgo o sabía que su evitación quedaba librada al azar? Durante la crisis: ¿continuó intentando controlar el riesgo o, pudiendo y debiendo actuar, abandonó conscientemente la conducta salvadora frente a un resultado que conocía como probable?** La respuesta no puede formularse de manera unívoca ni anticiparse a partir del carácter clandestino de la intervención. La imputación subjetiva dependerá de cómo se configure concretamente la conducta en cada uno de estos momentos: podrá permanecer en el ámbito de la culpa con representación, configurarse como dolo eventual desde la conducta activa inicial o, cuando concurran los presupuestos de la comisión por omisión, surgir posteriormente una conducta omisiva susceptible de imputación dolosa autónoma. La solución de cada caso dependerá, por tanto, de la reconstrucción probatoria de aquello que el agente conocía, de la posición que asumió frente al resultado representado y, en su caso, de su conducta ante la posterior concreción del riesgo.

Referencias Bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente. (7 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Bustos Ramírez, J. J. (2005). *Derecho penal. Parte general.* ARA Editores.

Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de derecho penal. Parte general.* Trotta.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388

Corte Constitucional de Colombia. (4 de febrero de 1999). Sentencia SU-062. *Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Urrea*. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su062-99.htm

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (25 de agosto de 2010). Proceso n.º 32964. *Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez*. Sala de Casación Penal. https://vlex.com.co/vid/providencia-corte-suprema-justicia-874039279

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (16 de diciembre de 2015). Sentencia SP-17436-2015, Radicado N.º 45008. *Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier*. Sala de Casación Penal. https://vlex.com.co/vid/691923257

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (18 de mayo de 2022). Sentencia SP-1680-2022, Rad. 60875. *Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya*. Sala de Casación Penal. https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-916937845

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (24 de agosto de 2022). Sentencia SP-3006-2022, Rad. 55593. *Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya*. Sala de Casación Penal. https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-910559522

Díaz Pita, M. d. (1994). *El dolo eventual.* Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2011). Comisión por omisión. Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012. Ediciones Francis Lefebvre.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control. En L. A. Arroyo Zapatero, & A. Nieto Martín, *El Derecho Penal Económico en la era compliance* (págs. 165-189). Tirant lo Blanch.

Fernández Carrasquilla, J. (2019). *Derecho penal, parte general : teoría del delito y de la pena* (4a ed.). Editorial Temis.

García Amado, J. A. (2023). *Tratado de derecho penal. Parte general.* Tirant lo Blanch.

Hassemer, W. (1995). *Fundamentos del derecho penal.* Antoni Bosch.

Jakobs, G. (1997.). *Derecho penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* . Marcial Pons.

Jescheck, H.-H. (2002). *Tratado de derecho penal : parte general* (5a ed.). Editorial Comare.

Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de derecho penal* (Tomo V ed.). Editorial Losada.

Lascuraín Sánchez, J. (2014). Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad pernal del oficial de cumplimiento). En J. Hortal Ibarra, V. Valiente Ivañez, S. Mir Puig, M. Bidasolo, & V. Gómez Martín, *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal* (págs. 301-336). Edisofer.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal: Parte General* (10a ed.). Editorial Reppertor.

Muñoz Conde, F., García Arán, M., & García Álvarez, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (10a ed.). Tirant lo Blanch.

Pérez Barberá, G. (2011). El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuadernos De Derecho Penal, 6*, 11-50. https://doi.org/10.22518/20271743.392

Posada Maya, R. (2009). El dolo en el Código Penal de 200. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*(1), 37-122. https://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12625/11881

Ragués i Vallés, R. (2004). *El dolo y su prueba en el proceso penal.* J.M. Bosch Editor.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal (Parte General) Tomo I.* Editorial Civitas. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

Sotomayor Acosta, J. O., & Gallego García, G. M. (2016). El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político -criminales. *Nuevo Foro Penal,*(60), 11-39. https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3893

Velásquez Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de derecho penal. Parte general* (3a ed.). Tirant lo Blanch.

Velásquez Velásquez, F., & Wolffhügel Gutiérrez, C. (2011). La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. *Cuadernos de Derecho Penal*(6), 133-168. https://doi.org/10.22518/20271743.395