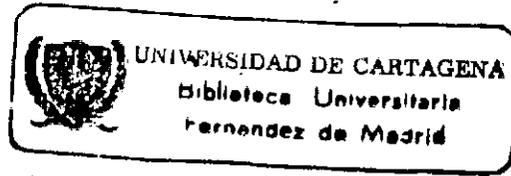


T  
343.2  
P227

1

S C I B



CULPA PENAL  
PROYECCION NORMATIVA Y ASPECTOS DOGMATICOS  
EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

S C I B  
00001564-1

Fernando Adolfo Pareja Reinemer

//

49085

Universidad de Cartagena  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

1987

S C I B

CULPA PENAL  
PROYECCION NORMATIVA Y ASPECTOS DOGMATICOS  
EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Tesis para optar al título de Abogado

Fernando Adolfo Pareja Reinemer

Universidad de Cartagena  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Cartagena, 1987

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA****FACULTAD DE DERECHO**

RECTOR	Dr. Luis H. Arraut E.
DECANO	Dr. Alcides Angulo Paso
SECRETARIO GENERAL	Dr. Manolo Sierra
SECRETARIO DE FACULTAD	Dr. Pedro Maciá
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. Judith Camargo de Borré
PRIMER EXAMINADOR	Dr. Alvaro Salgado
SEGUNDO EXAMINADOR	Dr. Antenor Barboza Avendaño
TERCER EXAMINADOR	Dr.

A la familia  
A los amigos  
( Aún los ausentes)

CONTENIDO

	<u>Pag.</u>
CONTENIDO.....	ii
PREFACIO.....	1
1 BREVES ANTECEDENTES DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPA PENAL.....	3
1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS.....	3
1.2 TEORIAS.....	5
2 NOCION JURIDICA DE DELITO EN TORNO AL HECHO CULPOSO.....	14
2.1 JURIDICIDAD.....	15
2.2 CONSTRUCCION DEL HECHO PUNIBLE.....	15
2.2.1 La Tipicidad.....	16
2.2.2 La Antijuridicidad.....	17
2.2.2.1 Las causas excluyentes de la antijuridicidad.	18
2.2.3 La Culpabilidad.....	20
2.2.3.1 Teoría Sicológica.....	20
	ii

2.2.3.2 Teoría Normativa..... 21

3 ONTOLOGIA DEL HECHO CULPOSO..... 24

3.1 IMPUTABILIDAD DEL AGENTE CULPOSO..... 24

3.2. SUSTRATO MORAL DEL HECHO CULPOSO..... 27

3.3 CULPA PENAL COMO FENOMENO SOCIOLOGICO..... 28

3.4 VOLUNTARIEDAD EN LA ACCION CULPOSA..... 30

3.5 EL DEBER..... 31

3.6 CONSTRUCCION JURIDICA DE LA CULPA PENAL..... 32

3.7 ENTIDAD NORMATIVA..... 32

3.8 CONTENIDO DE LAS NORMAS DE DEBER..... 38

3.8.1 Prudencia..... 38

3.8.2 Pericia..... 39

3.8.3 Atención..... 40

3.9 LA CULPABILIDAD JUICIO DE REPROCHE..... 42

4 ASPECTOS DOGMATICOS DE LA CULPA PENAL..... 44

4.1 LA TENTATIVA EN LA CULPA PENAL..... 44

4.2 CONCURSOS..... 46

4.2.1 El Tipo de Doble Resultado..... 47

4.2.2 Delito Concausal..... 47

	<u>Pag.</u>
4.2.3 Delito Preterintencional.....	50
4.2.4 Concurso de Tipos.....	50
4.2.4.1 Concurso Ideal.....	50
4.2.4.2 Concurso Material.....	51
4.2.5 Concurso de Personas o Participación.....	53
4.2.5.1 Participación a Título de Culpa en un Delito Culposo.....	53
4.2.5.2 Participación Culposa en un Delito Doloso....	57
4.2.5.3 Participación Dolosa en un Delito Culposo....	57
4.3 COMPENSACION Y CONCURRENCIA DE CULPAS.....	59
5 TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA CULPA.....	63
5.1 TENDENCIAS.....	64
5.1.1 Numerus Apertus.....	64
5.1.2 Numerus Clausus.....	64
5.1.3 Sistema Mixto.....	64
5.2 TRATAMIENTO LEGISLATIVO EN NUESTRO REGIMEN PENAL.....	65
5.3 LA CULPA Y LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION.....	69
5.4 TRATAMIENTO PROCESAL Y PENOLOGICO DE LA CULPA.....	73

5.4.1 TRATAMIENTO EN EL DECRETO 0050 DE 1987..... 74

CONCLUSIONES..... 78

BIBLIOGRAFIA..... 81

## PREFACIO

El individuo en todas las organizaciones sociales aun las más primitivas, se ha visto sometido a algún tipo de autoridad ante la que debía responder, o mejor, la que le exigía algún tipo de obediencia y subordinación; inicialmente esa autoridad le exigía a título personal y caprichosamente, imponiéndole ilimitadamente el castigo, que en ese momento solo era la furia de sus propias fuerzas. Posteriormente la exigencia del comportamiento fiel y el castigo para la infidelidad lo eran por invocación teológica; más recientemente se sustituyeron los oráculos por ideas abstractas con el surgimiento de la filosofía, donde surgió la concepción de JUSTICIA: el poder de los gobernantes se redujo más o menos a sus exactas dimensiones respecto de los individuos, fue el destierro de gran parte de los procedimientos bárbaros, y se humanizaron las penas. En la época Contemporánea, las ideas abstractas y filosóficas cedieron a normas exactas, por un auge inusitado de la Ciencia Jurídica: en materia penal ello significó el definitivo decantamiento de las nociones de Delito, Juez

Natural, Debido Proceso y Legalidad de las penas.

Es en esta última época, donde los estados fundamentaban la responsabilidad penal de los ciudadanos en institutos como la RESPONSABILIDAD OBJETIVA, EL VERSARI IN RE ILLICITA y el PELIGROSISIMO; en ese orden antecedentes próximos al más evolucionado ente jurídico de Derecho Penal cuya proclamación ha significado para el ser humano la reedición de la Libertad, Vida, Honra y Hacienda como derechos que los estados suelen sacrificar en aras a la justicia, o sus sustitutos legales: ese ente que ha significado el reforzamiento del IN DUBIO PRO REO, y que solo adquirió plena existencia, cuando la Culpa, una elaboración civil de derecho romano, entró a través de ella al Derecho Penal.

La CULPABILIDAD la debemos a la obra de los maestros del Derecho Penal, que por medio del perfeccionamiento de sus teorías jurídicas, han ido proscribiendo la injusticia, y han alimentado la esperanza de la Paz, con el saber que ha dejado de herencia: salutación y gracias para ellos.

**CAPITULO 1**  
**BREVES ANTECEDENTES DE LA NATURALEZA JURIDICA**  
**DE LA CULPA PENAL**

**1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS**

Frente a la criminalidad, muchos han dudado del derecho penal, y más aún del órgano jurisdiccional de los estados, como solución. La delincuencia ha ido aumentando en formas, cantidad y gravedad, lo que ha llevado a otras autoridades e instituciones, desesperadamente, a intentar darle su propia solución, aun los particulares mismos, individualmente, agrupados, pero en vez de serlo se convierten en otro factor generador del problema, como en un círculo vicioso: el escarnio y las lapidaciones, los destierros, fusilamientos, torturas (como medio de prueba y como pena), los desaparecimientos, los anatemas son el intento de los militares, religiosos, políticos y particulares por solucionar el asunto, de lo que solo queda claro que no son ellos quienes han de afrontarlo legítima y

efectivamente, quedando como única y sola opción el Derecho Penal y sus ciencias auxiliares, como estudio y conocimiento del problema, y el órgano jurisdiccional del Estado como medio represivo (justicia conmutativa) y decisiones administrativas y policivas como medio de prevenirla.

En este mismo orden de ideas, una de las tendencias constantes de la criminalidad fue el decremento de su modalidad violenta, y el correlativo aumento en su modalidad sagaz y astuta; pero desde la mitad del siglo hasta nuestros días ha irrumpido la criminalidad Culposa en tal intensidad, que los índices de criminalidad violenta detuvieron su decremento, y por el contrario se mantuvo y hasta creció, de manera que ambas modalidades ( violenta y astuta) siguen creciendo. Pero haciendo una disección a la modalidad violenta, nos encontramos con que la delincuencia Culposa crece rítmicamente con la dolosa a pesar de que en Colombia los delitos culposos son muy pocos, y los dolosos muchos.

Ello ha obligado, desde hace varios siglos, a los

científicos del Derecho Penal a estudiar el fenómeno culposo como ente teórico, paralelo al Dolo, y más recientemente las autoridades civiles o administrativas a tratarlo como dato estadístico con preocupación política, por la magnitud del daño social que ha adquirido.

## 1.2 TEORIAS

La llegada de la Culpa al Derecho Penal fue antecedita rodeada y seguida de una gama de posiciones doctrinales, de eminentes juristas, cuyos argumentos, algunos, alcanzaron a inspirar legislaciones sobre la materia. La aplicación judicial de éstas teorías propició una dinámica al Instituto Culposo, que arrojó como consecuencia indubitable, que la pretensión de una verdad absoluta e inmutable era imposible, y apareció como de la naturaleza de la Culpa su relatividad por la alta dependencia y sensibilidad a lo científico, ideológico y hasta filosófico haciendo sus principios variables y convertibles. Cada teoría significó un aporte, aun después de haber sido contradicha y desechada, aportando una base firme a la siguiente, o mostrando un camino equivocado, para edificar un mejor y más útil

pensamiento Penal de la Culpa, para asegurar la renovación de las legislaciones, que siempre marchan un paso retrasadas de la realidad social y criminal.

De manera sucinta procedo a exponer, guardando no un orden cronológico ni geográfico, que en este punto carece de importancia, sino uno ontológico y conceptual, las actitudes doctrinarias sobre la Culpa Penal, iniciando con la que niega su ubicación en la culpabilidad. Para entonces aun no tenía configuración propia, y le fue asignada la de la Responsabilidad Objetiva, y su punición correspondía a la misma del Casus. Esta teoría solo consideraba en los predios de la Culpabilidad el Dolo, fundamentado no en la voluntariedad y representación de un evento antijurídico, sino en la motivación de una idea malvada, la que no veían en la Culpa; es claro el hondo contenido religioso de esta concepción.

Luego y por el normal decurso de la ciencia penal, que estaba In Crecendo, y con fundamentos de Insensibilidad Moral, Indisciplina Social y despreocupación por el prójimo (igualmente con alto contenido religioso y moral), se teorizó una nueva concepción en el sentido de falta de virtud y disciplina, cuya gran importancia fue la de diferenciar por fin la Culpa y el Casus. Sus críticas y objeciones condujeron a dos salidas teóricas: la dificultad probatoria de tales

presupuestos llevó a la invocación de la PRESUNCION de la Culpa, solo desechable al comprobarse el Casus o el Dolo; la otra crítica esbozaba que tales supuestos eran más propios de un carácter o personalidad que de un comportamiento concreto o acto, objeto de juicio de reproche. Conduciendo lógicamente a la inimputabilidad del infractor culposo.

Posteriormente, esa tendencia de atribuir los presupuestos de la culpa aún al carácter o personalidad del agente fue reasumido por los juristas que dieron pie jurídico al Nacional Socialismo. Pero de las mismas consideraciones llegaron a conclusiones contrarias: crearon una especie de peligrosismo culposo, que partía de la premisa de que quien provoca resultados que no ha querido (no solo en lo criminal sino en todos los campos de la actividad humana), demuestra una inferioridad psicológica y cultural, con los que la sociedad no puede contar para lograr el progreso y requieren ser apartados para que no lo obstruyan. Su ineptitud es un estado anterior al delito, del que este es consecuencia (y vanagloriándose así, porque habían logrado el derecho penal preventivo). En su práctica judicial resultó englobado el fundamento de la represión contra personas con deficiencias y carencias fisicosíquicas, que en real y estricto sentido

16

eran inimputables potenciales, puesto que no habían cometido ninguna infracción y la sola posibilidad que pudieran cometerlo por su carencia era suficiente razón de responsabilidad.

Fue ardua y valiente la lucha, ya no bélica, sino doctrinaria que los juristas de los aliados hicieron para socabar las falases estructuras jurídicas de su regimen, señalando para siempre que la personalidad y el carácter en cuanto sí, son inimputables por su esencia antropológica. Lo que es susceptible de juicio de reproche es el hacer no el ser.

Establecidos como estaban el Dolo y la Culpa en los predios de la Culpabilidad y partiendo de este punto firme, los Post-Glosadores, y en aras a la incipiente teoría de la Culpa, decidieron emprender la tarea de diferenciarlas clara e irrevocablemente del Dolo. Afirmaron que aquella resultaba de un vicio de la inteligencia y la memoria; y este de un vicio de la voluntad. Este ánimo diferenciador operó en sentido contrario, porque la consecuencia lógica de tal premisa era que inmediatamente se pidiera el desalojo de la Culpa nuevamente de la Culpabilidad, porque un vicio de la inteligencia afecta directamente la imputabilidad del agente. Ellos mismos alegaron luego, que lo que había que desacriminar era la Culpa Inconciente, puesto que en el conciente sucedían

otros fenómenos que demostraban la imputabilidad del agente. Ante la desorientación del Derecho Penal, que había llevado por dos veces la Culpa, equivocadamente, a la inimputabilidad, la Criminología asumió la tarea con acierto, indicando que los delincuentes culposos tenían un comportamiento enteramente normal y que por ello la imputabilidad era la constante, quedando examinar en cada caso concreto la inimputabilidad.

Pero la tarea estaba hecha. Sobre los rescoldos de la teoría de los Post-Glosadores se elaboró el basamento del delito Culposo en el error, apoyándose en los datos aportados por la Criminología: partiendo de la idea de que la inteligencia era normal, quedaba claro que el desface no estaba en ella, sino en la información o el conocimiento incompleto o equivocado en que se motivaba el comportamiento. Esto lo resume Kostlin, su precursor, así: "De la falta en el saber ha de derivar necesariamente el error. Y el error ha de ser vencible o evitable para ser Penal.". Se le criticó que nadie quería estar en error, que si de haberlo detectado se habría corregido. El conocimiento solo es exigible en tratándose de una actividad determinada tal como un arte, técnica o ciencia, lo que conduciría a cualificar al infractor culposo, y en tal sentido solo sería culpa la impericia, lo que no es atendible, habida cuenta de que la lógica y

la actividad judicial enseñan que cualquier persona puede delinquir culposamente aún fuera de su oficio.

Merkel, antes que desechar en la totalidad la tesis anterior, la cercenó, escindiéndola así: el Error al que se refiere Kostlin, es cierto no es de la esencia de la Culpa, pero si una de sus formas: y la evitabilidad no puede predicarse del Error, sino del Evento o resultado. Esta teoría la concreto así: " La Culpa se sanciona no por el Error, sino a pesar de el.". A MERKEL hay que reconocerle el mérito de haber enrumado el debate sobre el tema hacia tierra firme. Porque sobre la Evitabilidad del Evento se trabajó intensamente durante mucho tiempo; las conclusiones de ello trajeron la noción de PREVISIBILIDAD, predicada indistintamente por Clasistas y Positivistas como de la esencia de la Culpa, concepción que prevalece aún en nuestros días y es acogida por nuestro código. A ella se llegó al razonar que para evitar un resultado había primero que preverlo, y se desechó la evitabilidad, porque de lo que se trataba era, no de evitarlo, sino de no producirlo.

Respecto de la Previsibilidad y el Evento se establecieron tres ecuaciones cada una con su propio valor jurídico: preverlo como probable de ocurrir, como seguro de ocurrir y como seguro de no ocurrir. Este último, según Carrara, equivalía a no preverlo, y solo

es punible, cuando por la calidad especial del agente está imperativamente obligado a preverlo. En el segundo caso es el único en que el criterio de Previsibilidad se aplica en toda su entidad, pero conduce por esa misma razón a la estimación del Dolo. En el primer caso lo que hay es un yerro en el cálculo del resultado previsto, y su punición depende del punto neurálgico y crítico de esta teoría: la capacidad de previsibilidad del agente, y la previsibilidad del Evento. Se hacía indispensable establecer en cada caso concreto éstos dos aspectos integrantes de la teoría, o mejor de la aplicabilidad de ella. Pero no aportaron una medida exacta de lograrlo ya que si naturalísticamente el resultado es previsible, en un caso no era dable para el agente preverlo, y entonces se estaría desenfocando la Culpabilidad. El resultado puede ser previsibilísimo y no ser previsto, y ser difícilmente previsible y estar previsto. Para hacer esa medida de la capacidad de previsibilidad del agente, se recurrió a los rebuscados e ineficaces recursos de " hombre con meridiana inteligencia ", " hombre normal ", " diligente padre de familia " o " hombre medio de la clase social y cultural del agente ". Términos todos imprecisos cuya excesiva relatividad los hace inaplicables.

Igualmente se quiso utilizar la previsibilidad como criterio diferenciador de la Culpa y el Casus, pero se le opuso la tesis de que el Casus también era previsible. Por ejemplo es dable prever que un paciente puede morir en una intervención quirúrgica; o que en una fuerte tormenta eléctrica un rayo caiga en una casa que está dentro del ámbito de la tormenta. En medio de tal cantidad y contundencia de las críticas a la Previsibilidad, buscando una salida decorosa para ella, Carrara terció la siguiente expresión, intentando remover el estancamiento del debate: " Lo que importa no es la previsión en cuanto hecho, sino la Previsibilidad en cuanto Deber ". Fueron irrefragables los argumentos contra tal afirmación, tales como el que el Deber de Previsibilidad no existe, y que el calcular, el pensar o representarse el futuro posible es función intelectual y no deber, el que si existiera haría el más sencillo acto cotidiano, en un trascendental acontecer, porque estaría precedido de la honda reflexión de su agente, calculando los posibles efectos, aún los más remotos e inverosímiles y el progreso y la inventiva humana se verían drásticamente retrasados por el temor de incurrir en delincuencia culposa.

Pero la afirmación del Maestro Carrara sí desestancó el debate, pues introdujo un no novedoso pero sí nuevo

21

elemento con clara referencia normativa: . el Deber. Hubo otros antecedentes a este elemento, como el deber de atención de Silueta; el deber moral del mismo Carrara y el deber de Evitar, de Alvarado de la Peña, nociones que no prosperaron por su desenfoque de la entidad jurídica, y porque el término DEBER era utilizado subsidiario del sustantivo subsiguiente.

CAPITULO 2  
NOCION JURIDICA DE DELITO EN TORNO  
DEL HECHO CULPOSO

Con un carácter exclusivamente ilustrativo y para evitar cualquier confusión, propongo los siguientes enunciados, respecto de la manera como se interrelacionan la Tipicidad, la Antijuridicidad y la Culpabilidad, y éstos con el acontecer fáctico y comportamental del agente, dado la unidad que conforman, y la comunidad en la que se les invoca:

- La TIPICIDAD hace relación entre la conducta o el resultado y el tipo penal.
- La ANTIJURIDICIDAD hace relación entre la conducta o el resultado y el ordenamiento jurídico y el bien o interés jurídicamente tutelado.
- La CULPABILIDAD hace relación entre el agente y el resultado típico y antijurídico.

## 2.1 LA JURIDICIDAD

La juridicidad es una institución que comprende todos los órdenes legales, no solo el penal. Está conformado por todo el conjunto de Derechos, Libertades y Garantías que el estado reconoce a los individuos en los diversos ordenamientos legales como el Civil, Comercial, De Familia, Laboral, etc. Igualmente la constituye la prerrogativa o potestad que tiene el Estado, y los agentes que lo integran, de que sus mandatos sean observados, respetados y cumplidos por los ciudadanos; y su último elemento, a mi entender, pero de forma mediata o indirecta, lo es la facultad que tiene la sociedad (conjunto de personas conglomeradas) toda a que se respete el orden y las autoridades que le reconocen y garantizan sus bienes ( la familia, la hacienda, el honor etc. ), lo que se traduce en el sentimiento de su propia seguridad.

## 2.2 CONSTRUCCION DEL HECHO PUNIBLE

Sobre este fundamento potísimo de las tres connotaciones de la juridicidad, el Estado creó otro ordenamiento para protegerla. Ese orden protector es el Derecho Penal. Y el mecanismo más evolucionado por la

ciencia jurídica para ello es el Hecho Punible, operado así:

### 2.2.1 La Tipicidad

Existen fenomenológicamente una gama de comportamientos humanos que afectan la juridicidad. El Legislador, en representación del Estado los selecciona y concreta en una norma legal, a los que procede a señalarle una sanción, prohibiéndolo de esta manera. Cada comportamiento prohibido pretende tutelar o proteger uno de esos Derechos, Libertades, o Garantías, a los que igualmente el legislador denomina y define en un Bien o Interés Jurídico y como quiera que esa gama de comportamientos es tan amplia y compleja y variada, ha procedido a lograr su señalamiento de la manera más precisa e inequívoca posible, utilizando las técnicas y los elementos más especializados. La Tipicidad como fenómeno jurídico conlleva tres aspectos diferentes pero inseparables: el seleccionamiento por parte del legislador de la conducta prohibida; el acontecer de esa conducta por un ciudadano en contravención a la prohibición; y el final juicio emitido por el juzgador del acoplamiento del comportamiento de un ciudadano en la descripción hecha por el legislador ( tipo ). Es este la denominada "Adecuación Típica".

2.2.2 La Antijuridicidad

Una conducta Típica es potencialmente antijurídica. La antijuridicidad es la afectación de la Juridicidad. La doctrina ha diferenciado claramente los modos como esa afectación se sucede:

- DAÑO, en una cualquiera de sus dos especies, El Efectivo, que incumbe la pérdida o supresión total o parcial del bien tutelable. Configura la Antijuridicidad necesaria del Tipo Material Consumado. El Daño Potencial, acontecido cuando el Bien tutelable no ha sufrido necesariamente pérdida o disminución, pero la conducta sí tiene el poder de causarla. Conforman la Antijuridicidad del Tipo Formal en su modalidad consumada.
- PELIGRO, que también se subdivide en dos especies. El Temido, constituido por compartamientos que despiertan alarma, un estado de cosas que fundadamente hacen pensar en la comisión de un Iter Criminis, y que solo da sustento a medidas policivas. Y el Peligro Corrido, donde ya sí hay un Iter Criminis, pero que ha sido interrumpido por cualquier causa endógena o exógena al agente, donde el Bien fue positivamente amenazado; y es el sustento de la imputación de la Tentativa.

2.2.2.1 Las Causas Excluyentes de la Antijuridicidad

Es aquí donde encuentra el Derecho Penal su causa, o al menos una de las más importantes; y el Derecho de Defensa su sustrato ontológico. No me referiré a todas y cada una de ellas, puesto que no es este el punto ni el tema del trabajo, pero sí de manera general a este fenómeno que complementa su esencia para su comprensión.

Todo Derecho conlleva otro anejo, y es el de defenderlo, para asegurar su titularidad, disfrute y ejercicio. Este Derecho reflejo está en cabeza del titular del Derecho originario. El Estado ha asumido este derecho reflejo para ejercerlo él, por medio de sus mecanismos policivos, administrativos, y judiciales en los órdenes civil, administrativo y laboral (cuando el restablecimiento o restitución del Derecho es posible por esos medios ). Pero hay veces que por la gravedad, naturaleza e inminencia del ataque, el Estado no puede ejercer esa potestad protectora, y entonces corresponde al mismo ciudadano defender su Derecho, o uno ajeno, que igualmente el Estado tolera por razones atendibles de solidaridad humana y social. Es un caso especialísimo en que los particulares ejercen funciones que corresponden al Estado, pero solo de manera excepcional. El Estado tiene plena conciencia de que el mal no era evitable de otra manera, sus mecanismos resultaron insuficientes e

ineficaces, y para el individuo resultó una reacción inevitable el repeler el ataque con una defensa.

Resulta necesario anotar aquí, el evento, en que el ataque supera los mecanismos de Defensa tanto del Estado como del propio ciudadano, a lo que procede la reacción de venganza de este último: que no es otra cosa que la manifestación humana de aversión al mal, un modo de prevenir la repetición de la ofensa y de intimidar a los demás para que no intenten realizarla. Ante ella el Estado lo que hace es también asumir su ejercicio, pero de manera indelegable, porque siempre está en posibilidad de ejercerla por sí mismo, por medio de su órgano jurisdiccional Penal.

Por lo demás, el desarrollo y ejercicio de la potestad del Estado, y de los bienes de los ciudadanos, conllevan riesgos aún dentro del giro normal de sus usos, aún ejerciéndolas de manera legítima y legal. Los daños que en éstas circunstancias resulten para derechos de terceros deben ser tolerados y justificados, porque la única manera de evitarlos sería prohibiendo los bienes de los particulares y las potestades del Estado, haciéndose entonces nugatorios todas las disposiciones en tal sentido.

Es la Juridicidad, afectándose a sí misma y engendrando su propio perdón.

2.2.3 La Culpabilidad

Todo lo que he dicho de la Culpa, se predica de la culpabilidad, aunque constituyen dos fenómenos diversos, uno ( la Culpa ) está contenido en el otro ( la Culpabilidad ). La Culpabilidad es un juicio de valor que hace el juez, al encontrar atribuible y reprochable una conducta o un resultado al agente. En este sentido se dice que el agente comete el dolo o la culpa, y el juez aporta la culpabilidad.

Han sido varias las teorías que intentan explicar el fenómeno. Aquí he de exponer solo dos: la SICOLOGICA, que es la que inspira mayormente la legislación colombiana sobre la materia; y la NORMATIVA, que es la que yo invoco como aplicable al fenómeno.

2.2.3.1 Teoría Sicológica

También llamada Naturalista o Tradicional. Comprendida como puro nexo o vínculo de carácter psicológico ( esferas afectiva, volitiva e intelectual ) del agente, su comportamiento y el resultado o evento. Es su significancia más importante el establecer por ese modo una titularidad o propiedad ( hálbase de suiedad ), una especie de causalidad subjetiva, y deducir de ella la consecuencia penal de una sanción, desatendiendo todo contenido de valor ( conveniencia, legitimidad, legalidad, concretados en un deber. Es atendido como

criterio de responsabilidad para el agente, lo que hizo y/o quiso hacer, no lo que debió hacer. Aplicando exegéticamente esta tesis quedaría libre de responsabilidad la CULPA SIN PREVISION. Y peor aún, daría fundamento para hacer juicio de reproche, a quien ejecutó el hecho bajo causales de justificación: porque en la legítima defensa, por ejemplo, el agente si quiere el evento o resultado que produce.

2.2.3.2 Teoría Normativa

Es posterior a la teoría Sicológica, creada con el propósito de completarla ( hasta el punto que la hace diversa ), en el sentido de contraponer al comportamiento sicológico un juicio, para calificarlo como REPROCHABLE o NO REPROCHABLE. Se debe su denominación a que como antecedente necesario al juicio ( y al comportamiento ) existe una norma, específica o genérica, que contiene una tabla de valores, a la cual ambos ( juicio y comportamiento ) se someten. Fue ideada por Frank, quien partió de que en el comportamiento del agente amparado por causales de justificación había Dolo pero no Culpabilidad, por no ser el hecho antijurídico, haciendo de la esencia de la Culpabilidad una operación de valoración. La teoría estaba bien intencionada, pero partía de un supuesto que no era correcto, porque confundió el Juicio valorativo de la antijuridicidad, con

el juicio de reproche de la culpabilidad. Esencialmente es una teoría mixta o ecléctica, que actualmente tiene vigor en la legislación penal nuestra, pero que nuestros jueces no la aplican por desconocimiento o por temor, y siguen fundando sus proveídos en el mero sicologismo del agente.

Pero la teoría que yo pregonó como la más ajustada a la entidad jurídica ( no legal ) del fenómeno culposo es la **NORMATIVA PURA**, donde corresponde al juzgador establecer el deber específico o genérico y el incumplimiento de ese deber por el agente, para luego entrar a estudiar las condiciones y circunstancias de exigibilidad. Se trata de impedir que con el sicologismo del agente, el ámbito del Derecho Penal, y el de la potestad jurisdiccional del Estado se vean reducidos ante hechos con todas las características de punible, resultando exento de sanción penal su agente, propiciándose así una forma de impunidad jurídica; un olvido es en sí mismo inimputable, y a la luz del sicologismo una infracción cometida por olvido no sería punible: piénsese en el controlador aéreo de un aeropuerto de provincia, que se duerme en horas de la madrugada y por ello no pudo dar la orientación que una aeronave necesitaba, produciéndose un violento aterrizaje con el resultado de lesiones para sus ocupantes y

destrucción de la nave. Dándole plena aplicación a la teoría normativa sería la única manera de establecer vínculo de culpabilidad por culpa al controlador del ejemplo planteado: fundar su responsabilidad en el deber incumplido es el camino real de solución jurídica, porque la sola inactividad mental del agente no podría dar fundamento jurídico para ninguna responsabilidad. (aparte de una civil ). El Estado ha de pedir cuentas a los ciudadanos, no solo por lo que hacen, campo amplio pero no total, sino también por lo que no hacen ( no en el sentido de omisión conciente o comisión por omisión ), y ningún criterio resulta más suficiente para cobijar todo el ámbito de la responsabilidad Penal que el Normativo.

Igualmente sirve este criterio para dirimir con eficiencia los problemas doctrinales que se presentan en el campo teórico y casuístico entre la culpa civil y penal, entre la Culpa y el Dolo, y entre la Culpa y el Casus; y más concretamente, entre el Dolo Eventual y la Culpa con Previsión, y la Culpa sin Previsión y el Casus.

### CAPITULO 3

#### ONTOLOGIA DEL HECHO CULPOSO

##### 3.1 IMPUTABILIDAD DEL AGENTE CULPOSO

Los criminólogos han hecho su grande contribución, tal vez más valiosa que la de los mismos penalistas, en el sentido de que han sido determinantes sus aportes a la independencia dogmática y autonomía jurídica de la Culpa, en tanto que aquellos más se esfuerzan por atemperar las construcciones teóricas de la Culpa Civil y el Dolo Penal a este fenómeno jurídico.

Los primeros intentos por desentrañar y explicar la criminalidad culposa toda se fundamenta en ubicar el desfase- causa en lo orgánico y fisiológico del infractor, como síndromes, neuropatías y taras genéticas; posteriormente ampliaron la tesis agregando desórdenes hormonales, citando el ejemplo de la influencia de la glándula tiroides en las funciones del infractor produciendo una atrofia en los mecanismos de reflejo e inhibición, propiciando resultados incontrolables. Pero

33

la tesis se aplicaba por igual a todos los fenómenos de la culpabilidad y señalaba el ámbito de la inimputabilidad como más afecto a esta materia.

Otros señalaron que el comportamiento imprudente era secuela de alteraciones del sistema nervioso central, desechada por los penalistas, porque no soportó tal tesis el simple examen de explicar la Culpa Conciente o con Representación.

El desarrollo actual de la ciencia médica y psiquiátrica aún no permite ubicar con exactitud la parte del cerebro ( lóbulo o corteza ) o del sistema nervioso que causa el comportamiento culposo. Resulta interesante el planteamiento de que esta modalidad se trate médica o quirúrgicamente, y no penitenciariamente, pero por las limitaciones antes anotadas aún no es posible, y solo queda estudiarla como una posibilidad científica y una tendencia de evolución.

Desde entonces quedó claro, como premisa imprescriptible, que la tesis que habría de ser aceptada en adelante debía descartar el carácter patológico de la Culpa. A ello respondieron los criminólogos con la tesis Biosíquica del fenómeno culposo, que desarrolla la idea de que la culpa penal no surge de un ejercicio anormal de la voluntad, sino más bien de un ejercicio normal disminuido o desviado de ella.

Y desde Ribot, se viene haciendo referencia de lo voluntario de la Atención. Fenómeno que Ledgerwood definió como: "la concentración del pensamiento sobre porciones seleccionadas del campo de la conciencia"; en otras palabras, ejercitar las facultades volitivas normales en la cantidad necesaria. Sobre la Atención se ha hecho diferenciación entre la Espontánea y la Artificial: inscribiendo la primera como la que tiene origen instintivo e intuitivo, observada aún en los animales; y la segunda, como la atención adiestrada por la enseñanza, la disciplina y el hábito, provocada e inhibida por estímulos ( también practicada con fortuna en algunos animales que se mostraron receptivos a los estímulos ).

Esta misma concepción ha servido de fundamento a la aplicabilidad de las penas al delito culposo, como estímulo provocador de la atención: posición totalmente opuesta a la de Ferri, para quien las penas eran absolutamente inútiles para los imprudentes.

La teoría de la Atención coincide con la de la ASOCIACION DE IDEAS, donde a la idea de la desatención se asocia la de la aplicación de una pena: y a la idea del actuar atento se asocia la de una recompensa social y regocijo interno personal.

A éstos postulados, sobre todo desde el psicoanalismo,

35

se ha reparado, con interés criminológico pero no penal, que éstos estímulos y asociación de ideas pueden operar en sentido contrario, porque la sociedad aplica las penas por sadismo colectivo, y el agente o infractor realiza el comportamiento prohibido por masoquismo; y establecen otras series de simbologías que actuarían como ideas asociadoras o estímulos, tales como el significado fálico del timón de un vehículo, o el complejo Heroísmo-Suicidio que aflora en ciertos accidentes de tránsito; o el de Agresión-Frustración, al propiciar accidentes colocándose en trayectorias de colisión con otros vehículos. Mecanismos psicológicos inconcientes que tal vez mueven al infractor culposo, y entonces habría que darles más un tratamiento siquiátrico que penitenciario.

### 3.2 SUSTRATO MORAL DEL HECHO CULPOSO

Otra de las tendencias de desacriminar la Culpa Penal, además del de la supuesta inimputabilidad del agente, es la de la Neutralidad Moral del Hecho Culposo. Quienes la sostienen, afirman que hasta un santo puede cometer un hecho Culposo. A lo que se le responde que aún un santo es un ser humano, y por incurrir en culpa no quiere decir que su bondad y santidad se afecten, porque el hecho culposo es voluntario pero no malicioso. El mismo Santo Tomás en su Teología Moral distinguió y dio

46

diverso valor moral al Casus ( el que sí es neutro Moral) y la culpa, a lo que agrega, que la prudencia ( en el sentido de atención ) es virtud y la virtud es deber. Dice además que nada es más moralmente censurable, aparte de la maldad, que el obrar desvirtuoso que afecta no solo la relación del hombre para con él mismo y para con Dios sino además a los otros seres. Y extiende la virtud, no únicamente a someter el propio obrar a la prudencia sino además a evitar que otros sean imprudentes.

La censura del comportamiento imprudente no es solo patrimonio del pensamiento religioso sino también del laico, al que también le otorgan una calificación de inmoralidad o de desvalor moral. Presente en el altruísmo de Comte, como en el racionalismo Kantiano. Para todas éstas tendencias del pensamiento y del espíritu, resulta reprochable la falta de prudencia, cuidado, el egoísmo, la ausencia de altruísmo y de solidaridad.

### 3.3 LA CULPA PENAL COMO FENOMENO

#### SOCIOLOGICO

El acto humano, en si mismo considerado, puede ser patológico o normalmente sicologico; puede ser moral, inmoral o neutramente moral, pero sin referencia a lo social nunca será un hecho Punible. No es necesario repetir todas las referencias que en la Teoria General

del Derecho se hacen sobre el hombre en sociedad, y la sociedad en el hombre, y las diferencias sociológicas de los paradigmas Robinson Crusoe y Tarzán.

El sentido de lo propio y la ajenidad tienen como contexto necesario la sociedad, y el Derecho todo tiene su razón de ser en mantener el orden entre éstas dos nociones, y la justicia el equilibrio. La Culpa es una de las estructuras comortamentales que alteran el orden y las más de las veces el equilibrio. El hombre en la sociedad ( al menos las democráticas ) tiene como condición y presupuesto la libertad para actuar; según el decir de los Escolásticos, podemos escoger entre el bien y el mal. La sociedad dispone de todas sus instituciones como factores de aculturación, donde aprendemos la concepción que se tiene de el bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito; hay libertad de obrar pero el comportamiento antisocial y prohibido conlleva una sanción. Podemos escoger, pero si escogemos un mal, obtenderemos un castigo: es esta la dialéctica del derecho penal. El desarrollo trae el aumento de la proporción de la disciplina social del individuo, por el estado de interdependencia en que se nos ha colocado. Sin llegar al extremo de Santo Tomás ya no solo debemos cuidar de no causarnos daño, sino también de no causarlo a los otros: la sociedad nos brinda muchos

beneficios pero también nos exige mayores responsabilidades. El hombre, como ser social, en estricto sentido ya no es libre, pero sí respetable y respetuoso. Nunca antes el ciudadano había estado más propenso a ser víctima de delitos y autor de delitos, y ambas posibilidades son temibles.

### 3.4 VOLUNTARIEDAD EN LA ACCION

#### CULPOSA

• Durante muchos años, la doctrina internacional debatió este aspecto de delito culposo. Ahora es claro que el acto culposo sí tiene su trasunto de Voluntariedad. Es voluntario del agente colocar su actuar en desobediencia, inobservancia y desarreglo de los deberes llamados a regir en un caso determinado ese comportamiento. Entonces lo voluntario es incurrir en la falta contra el deber y lo que no puede ser voluntario es el resultado, o la producción del él, porque se desnaturaliza la culpa para configurar Dolo: por ello mismo es indispensable la ausencia de malicia.

Carrara hace una profunda diferenciación entre VOLUNTAD e INTENCION. Afirma que la intención es producto de la suma de la Inteligencia y la Voluntad. En la primera hace radicar el conocimiento de la ley y la

previsión de los efectos del actuar: para él basta que existan potencialmente y agrega que deben presumirse, de tal manera que la ignorancia de la ley no sirva de justificación o excusa, y la previsión solo se desvirtúa cuando se demuestra que fue imposible para el agente prever; y en la segunda ( la voluntad ) ubica la libertad de escoger y la voluntad de obrar, las que sí deben tener existencia real. Entonces compréndase que en la dialéctica de mi trabajo en el parrafo primero VOLUNTAD ha de entenderse en el sentido que INTENCION tiene para Carrara, que es la misma con que la utilizan los doctrinantes nacionales y extranjeros sobre la materia, que en un espíritu de simplificación vienen elevando a la quintaesencia los términos. Pero en estricto sentido jurídico es utilizado con mejor propiedad el significante carrariano.

Hay pues intención del agente culposo de infringir las normas de deber, pero no intención de provocar el resultado que sobreviene por esa causa.

### 3.5 EL DEBER

Ese DEBER del que se exige su conocimiento (natural o cultural ) y acatamiento, es una norma de valor, impuesto por la experiencia, por simple lógica o por ciencia, respecto de condiciones y circunstancias de

causalidad e idoneidad del proceder humano para la consecución de un fin determinado.

El DEBER puede ser genérico, si no está concretizado en un ordenamiento legal, disciplinario, administrativo o reglamentario, al que por la condición o calidad del agente, este debe someterse; queda entonces como tarea para el juzgador fijar concretamente el deber genérico infringido, auxiliado por el sentido común, que en todo ser imputable existe, y el criterio.

### 3.6 CONSTRUCCION JURIDICA DE LA

#### CULPA PENAL

La causalidad humana tiene potencialidad plúrima de resultados, los que pueden ser jurídicos o antijurídicos. El hombre ( visto como sujeto activo ) puede escoger uno de los cualquiera posibles, y adoptar un medio con suficiencia y eficiencia naturalística para lograrlo. Este medio, para ser atendido como referencia culposa, ha de ser desobediente o inobservante de ciertos deberes genéricos o específicos de prudencia, pericia y atención.

### 3.7 ENTIDAD NORMATIVA

Para hacer diferencia de los comportamientos dolosos

( de insoslayable consideración sicológica ) y culposos ( cuya entidad normativa me propongo exponer ), en función de la antijuridicidad, criterio principalísimo para ello, esbozaré un esquema ilustrativo en relación si se trata de un fin u objetivo, o de un medio o modo para lograrlo.

Desarrollaré el esquema no solo en atención al Dolo y la Culpa como géneros sino en sus especies legales:

- Es DOLO ESPECIFICO el escogimiento de un resultado antijurídico, y de un medio idóneo, eficiente y suficiente teledinámicamente unívoco al evento propuesto.
- Es DOLO EVENTUAL el escogimiento de un resultado indiferente ( entiéndase este término desde ahora como que puede ser o no antijurídico ), y realizando los medios de manera imprudente, negligente o imperitamente, potencializando así el actuar, para producir el resultado escogido indiferente, pero también otro colateral antijurídico, habiendo representación de él, y la actitud sicológica del agente de asumir su producción.
- Es CULPA el escogimiento de un resultado indiferente, por medios dirigidos al logro de él, pero inobservantes de los deberes referidos,

49085

potencializándolos para la realización de otro colateral antijurídico indeterminado. Si hubo previsión de él la culpa se apellida CONCIENTE o CON REPRESENTACION, y cuando no lo será INCONCIENTE o SIN REPRESENTACION.

De acuerdo con lo anterior, donde expreso mi comprensión de la ubicación del Dolo y la Culpa en la CULPABILIDAD, queda claro que el criterio de previsibilidad, en la concepción Normativa de la Culpa, solo es útil para diferenciar sus especies Con y sin Representación, útil al juzgador para dosificar la punición del caso.

Queda entonces claro y expedito el campo de la CULPA PENAL para su concepción Normativa, la que surge con la indubitada referencia de que toda infracción es la transgresión de un deber. Hay en esta concepción dos nociones esenciales, el DEBER y la EXIGIBILIDAD, las que establecida y conjugadas dan paso a la RESPONSABILIDAD y su gradificación, que concluye con la aplicación de una sanción.

La exigibilidad es el juicio que ha de hacer el juzgador respecto de la posibilidad que tenía o no el agente para observar un comportamiento arreglado al deber, y se caracteriza por su relatividad, en una relación de las condiciones personales del agente y las

circunstancias del acto. En tal sentido corresponde al penalista estudiar entonces, no solo la entidad jurídica como tal, sino también al hombre, como ser psicológico y sociológico, y a la sociedad en sí misma. La importancia de la exigibilidad es tal, que aún, en observancia del plus de deberes puede hacerse sobre ella un perfecto juicio de reproche y aplicar una pena a título de culpa: por ejemplo, el conductor de un vehículo, que marcha por su carril, a velocidad permitida y estando habilitado con su licencia, que en la creencia exacerbada de ir en su vía, atropella a un ciclista que se le atravesó, acto que le era muy fácil evitar con solo aplicar sus frenos o desviar su marcha. Precisamente los límites de velocidad se imponen para facilitar que en casos de emergencia como esta se pueda evitar el atropellamiento o la colisión.

El deber es una norma de valor, al que han de someterse los actos de los hombres para evitar resultados nocivos y para lograr el resultado propuesto. Esa norma de valor puede estar contenida en reglas comunes y principios generales de comportamiento social, que la lógica y la experiencia han ido imponiendo en su tráfico cotidiano, que por su frecuencia y uso se hacen exigibles; constituyen normas ordinarias de convivencia y de seguridad colectiva. No es necesario indagar un contenido subjetivo del agente que transgrede una norma

de éstas, pero ello no obsta para que aún en presencia del subjetivismo se utilice este para dosificar la pena: la falta de solidaridad o de altruismo pueden ser la sustancia de esos contenidos subjetivos. La característica de que la noción de valor y deber varían de acuerdo al tiempo y el lugar, se acentúan en el DEBER GENERICO, por su falta de cuerpo positivo, el que no deja de faltar, con las normales advertencias que suelen colocarse en letreros como "no arroje colillas al pasto" etc., pero su existencia varía entonces la gradificación de la Responsabilidad.

Bien puedo decir que, la Culpa va en proporción directa a la cantidad de deber y a la exigibilidad del comportamiento, y ese cuantun no puede establecerse en abstracto y aisladamente. En el caso de los deberes genéricos, la ausencia de módulos legislativos predeterminantes imponen al juez la más sensata y juiciosa apreciación del fenómeno, y la mejor doctrina internacional sobre el punto solo concurre en su ayuda estableciendo diferencia entre una Culpa Simple y Temeraria, la que se tendría cuando los deberes (genéricos o específicos) son tan primarios y elementales que entrañan una infracción grave, como el evento de arrojar una colilla encendida sobre pasto seco o materia combustible, o limpiar un arma en un sitio

45

concurrido. La culpa simple se da entonces a la infracción de un deber solo exigible en pocas circunstancias y a personas específicas, y no puede ser el juzgador riguroso, por que la culpa levisima ha sido desterrada del Derecho Penal, y a nadie se le puede exigir lo imposible.

Con algunos buenos años de exquisita jurisprudencia podrían concretarse los más sobresalientes e importantes deberes genéricos, facilitándose así el quehacer judicial, y sin que el casuismo sea todo agotado, muy pronto estos datos se aportarían a la Política Criminal del gobierno de turno, para que asuma las medidas preventivas del caso.

El DEBER puede ser también Específico, y utilizando el criterio de Contrario Sensu, es el que no es genérico. Actualmente existen muy pocas actividades humanas que no están reglamentadas; y aunque no lo estén por la enumeración que hice en el párrafo anterior, puede serlo también por principios y normas generales de las ciencias artes o técnicas que devienen en deberes específicos, los reglamentos internos de trabajo, las normas de tránsito, el régimen cambiario, aduanero, de construcción urbana, de mercadeo de productos agropecuarios, de tenencia de la tierra, de normas éticas de profesiones, etc., son ejemplos de los primeros; y los criterios

cientificos y profesionales comunes y demostrables lo son de los segundos.

### 3.8 CONTENIDO DE LAS NORMAS DE DEBER

Por regla general, las normas de deber, específicas y más las genéricas, tienen por contenido prescripciones e indicaciones de PRUDENCIA, PERICIA y ATENCION. Veamos brevemente la naturaleza de cada uno de estos contenidos normativos.

#### 3.8.1 Prudencia

Se refiere a la decisión misma de actuar, y conlleva el representarse el evento o resultados posibles y el índice de su probabilidad; además el conocer la verdadera capacidad y disposición física y síquica para lograr el resultado propuesto. Se puede suceder en un único y definitivo acto de decisión, o en varios y breves actos. Ejemplo del primero, tenemos el de un médico que decide realizar una operación quirúrgica en tales condiciones adversas que provoca la muerte del paciente; y del segundo, el conductor que en una vía decide sobrepasar al vehículo que lo adelanta, en una curva donde ello es prohibido, ve al carro que viene en contrasentido por el carril que el usa para adelantarse, se frena pero posterior e inmediatamente decide proseguir y provocar la colisión.

Casi siempre consiste en una actitud temeraria, en sobreestimar sus propias capacidades o lo que literalmente llaman "retar al destino". Y puede tenerse o no la conciencia de una norma de deber que imponga una decisión contraria, o que señale un procedimiento determinado, como someter el asunto a consulta o autorización previa de otra persona o entidad. Circunscribo la Prudencia solo al acto de decisión, porque el agente, puede ejecutar su decisión imprudente con toda atención, esfuerzo, pericia y experiencia y el daño podrá a producirse inevitablemente, como el experto conductor que lanza su carro por una calle tr nsita de viandantes, a excesiva velocidad, por encima de la permitida, y a pesar de que maniobre excelentemente y quiera frenar con la inmediatez de su pensamiento, si produce víctimas, no habrá impericia o negligencia sino imprudencia.

### 3.8.2 Pericia

No se trata ya de tomar una decisión, sino de ejecutar una ya decidida: entonces se refiere al procedimiento, sistema, método o técnica empleada por el agente, en dos sentidos bien claros: la capacidad física y conocimientos necesario y la aptitud o habilidad especial que requiere el quehacer en función de un arte, técnica o ciencia. Porque es dable el evento en que s  se

tengan los conocimientos pero no la experiencia o la práctica, que conforman la aptitud. Dado es el caso del profesor de cirugía que durante diez años enseña la teoría sobre ella, pero no la práctica; la destreza es indispensable. Es frecuente el caso en que la Impericia concurra con la Imprudencia, cuando esta última sucede en el desarrollo de una actividad profesional.

3.8.3 Atención

Es la más de las veces el deber desobedecido en la culpa sin Representación. Es la disposición voluntaria del pensamiento y de los sentidos a la actividad que se realiza, en procura de lograr lo emprendido, y evitar la no realización, o se realice defectuosamente. Su inobservancia conduce a la Negligencia, que es la desatención voluntaria, o culpa In Omitendo, un descuido provocado por cansancio ( y entonces concurra con la imprudencia ), por pereza o abulia, que constituye propiamente la negligencia, o por desgano producido por razones orgánicas ( anémia, enfermedad viral etc.) y distracción, que es la orientación de la atención a otro campo de actividad u otro efecto, también constituye en sentido estricto Negligencia. Tal el caso del controlador de la calidad de un producto que por pereza o distracción no atiende los resultados del examen de calidad y la certifica, dejando salir al mercado un

producto de mala calidad que lo hace nocivo.

La doctrina general ha denominado a éstas tres formas de contenido del imperativo de valor, "generadores o formas de la culpa". Para mí ellos tienen valor en cuanto explican en la actividad del agente el fenómeno de la Culpa, facilitando al juzgador su labor. Pero no estoy de acuerdo con el término "Generador de la Culpa" que utiliza el maestro Reyes Echandía, puesto que no son la causa, sino la exteriorización de una actividad imputable y reprochable del agente. La expresión "formas de manifestación del delito culposo" del Dr. Estrada Vélez, me parece más próxima al fenómeno, pero lo creo susceptible de mejorar con la denominación "Estructuras del Contenido del Deber cuya Infracción genera la Culpa". Por que esa es la naturaleza y sentido contenido en las normas de valor imperativas.

Respecto a la violación de leyes, reglamentos órdenes etc., no constituye una estructura de contenido, porque en sí sola considerada la violación, constituiría una adecuación típica sin ninguna referencia a la culpabilidad; y derivar de una adecuación típica responsabilidad penal no sería otra cosa que llana Responsabilidad Objetiva. La estimación de algunos tratadistas que este fenómeno consiste en una especie de Presunción de Culpa, no procede porque en nuestro

ordenamiento lo que se presume es la Inocencia.

Más bien considero que el Reglamento, la orden etc., puede ser la concreción de un deber, y que para transgredirlo con responsabilidad penal, sería necesario desatender su contenido de prudencia, pericia y atención.

### 3.9 LA CULPABILIDAD JUICIO DE REPROCHE

Aparte de la noción de CULPA, entendida como la infracción de un deber imperativo, agresor de la juridicidad, por un acto voluntario no malicioso; y el HECHO CULPOSO como un acto síquicamente determinado, valorable moralmente de relevancia social, tenemos el concepto de CULPABILIDAD, como la operación mental que hace el juzgador sobre el hecho culposo, estudiando las circunstancias de exigibilidad de otro comportamiento o de la imposibilidad de un comportamiento ajustado al deber imperativo del acto, para sobre ello emitir un JUICIO DE REPROCHE o en su defecto un JUICIO FAVORABLE DE JURIDICIDAD.

Como vemos, entre el comportamiento del agente y el imperativo de valor, tenemos una gran relatividad. En este sentido tenemos factores como el grado cultural del agente, la calidad especial que le impone un deber específico de actuar, y las condiciones y circunstancias de tiempo, modo y lugar del acontecer culposo, que le dan

5A

ese índice de exigibilidad que determinan la CULPABILIDAD. Nada más ilustrativo que un ejemplo: para un médico recién titulado, en una lejana y provincial región, con deteriorados y anticuados implementos, no le sería exigible, o en un mínimo grado, responsabilidad por que la incisión hecha en una intervención quirúrgica se infectara produciendo lesiones o la muerte del paciente; acto que sería altamente reprochable en un médico más experimentado, en un especializado y actualizado centro médico en una ciudad. Y con esta misma hipótesis habría responsabilidad inversamente, si ante una operación delicada, pero aplazable, el novato se decide a realizarla y produce la muerte; y si es el médico especializado en el centro médico citadino quien decide realizarla, y se produce la muerte, la responsabilidad sería menor o nula, porque el fundamento de este último profesional tenía mejor fundada su decisión, en mejores circunstancias y mejor aptitud profesional para realizarla.

De manera que el hecho culposo hay que concretarlo en un momento y en un sitio, porque un mismo comportamiento, realizado por una misma persona puede ameritar diversos juicios de reproche, realizado en diversas circunstancias. Y ha de recordarse que nadie está obligado a lo imposible.

CAPITULO 4

ASPECTOS DOGMATICOS DE LA CULPA PENAL

Hasta ahora hemos referido la teoría respecto de la culpa penal, en su esencia y naturaleza en cuanto sí misma, pero en adelante lo haré con otros institutos, para lograr darle perfiles precisos, de manera que no solo se haga inconfundible, sino además su presencia en el contexto penal sea atendida en la medida exacta de su entidad jurídica.

Algunos de esos aspectos dogmáticos, que me propongo utilizar para lograrlo, son la TENTATIVA, LOS CONCURSOS DE TIPOS en sus diversas posibilidades, y el CONCURSO DE PERSONAS ( incluyendo aquí, el tema de la compensación de culpas ).

4.1 LA TENTATIVA EN LA CULPA PENAL

En lo culposo, por naturaleza, siempre ha de establecerse su tipicidad por el resultado, por lo que la Tentativa es inadmisibile. El criminal en su Iter va

dejando un huella que señala una trayectoria hasta el punto ideológico donde se encuentra el resultado antijurídico; cuando es interrumpido en alguna de las estaciones previas al destino, es factible establecerlo. Pero esto solo es posible en el delito Doloso, donde hay un evento concreto o cocretable hacia donde tiende el comportamiento. Pero en lo culposo el evento no es propuesto, o el propuesto es indiferente para considerar la culpa, lo que realmente sí interesa es que el actuar del agente si desborda el deber exigible puede llegar a cualquier resultado: aquí si se interrumpe el lter antes de su consumación, no sabríamos que resultado iba a realizarse, no sabríamos tentativa de qué delito sería, y la tentativa en sí misma no es un hecho punible. No cabe en la tentativa, por que no se puede intentar lo que no se quiere: Culpa es el resultado no querido, y lo querido que no ha resultado es la Tentativa. Son nociones que se excluyen.

Pero creo que es dable expresar, dado que la etapa previa en el hecho culposo al resultado, es el desarreglo de la conducta a un deber. Cuando este deber es específico en texto positivo, si el evento no se produce, no hay tentativa culposa, pero si infracción consumada del precepto desobedecido; que puede ser a manera de ejemplo, una norma de tránsito, o de policía, y entonces

59

ameritar una sanción de esa naturaleza. Cuando el deber es genérico, no hay tentativa ni infracción consumada, pero al paso firme y constante de la ingerencia de los reglamentos en la vida social, muy pronto tendremos infracciones específicas a la amistad o al amor.

#### 4.2 CONCURSOS

Es necesario hacer una aclaración previa. Al iniciar este trabajo me propuse ser lo más fiel a mis opiniones y hasta sentimientos con respecto de los temas desarrollados, de tal suerte que el resultado sea lo más personal posible, no queriendo gratuitamente aparecer original ni siquiera profundo en los comentarios, que solo lo son de un estudiante con pretensiones de estudioso. Al llegar al punto de las diversas posibilidades y combinaciones de concursos del ente culposo con sus pares en la culpabilidad, se confirmó en mí la convicción del desamparo de la CULPA PENAL, porque la doctrina nacional no trata el tema, y solo pocos tratadistas extranjeros lo hacen, peor aún, descubrí que legislativamente se han creado unos sucedáneos jurídicos, que disminuyen la CULPA y por ese modo afecta el principio de que no hay Responsabilidad Penal sin Culpabilidad.

Se trata de los esquemas legales por los que el

5

VERSARI IN RE ILLICITA aparece en nuestra legislación: el Tipo de Doble Resultado, el delito Preterintencional, y el delito Concausal. Estos tres institutos contienen un concurso de delitos, pero están tipificados o contruidos con identidad propia. Veamos aspectos generales de cada uno de ellos:

#### 4.2.1 El tipo de doble resultado

Es la tipificación de un comportamiento o de un resultado, que dentro de la misma norma es agravada por la ocurrencia de un evento posterior. En nuestra legislación este fenómeno se está dando en contravención a las nociones de Culpabilidad, puesto que si acaso se exige una causalidad objetiva con relación al evento posterior. Tal es el caso del artículo 338 del Código Penal, donde ni siquiera se contempla este segundo resultado a título de culpa subsecuente. Es el imperio del VERSARI IN RE ILLICITA, donde basta el dolo inicial, para que cualquier resultado posterior, aunque independiente de todo nexo de culpabilidad, acarree responsabilidad.

#### 4.2.2 Delito concausal

Fue desitipificado en el Decreto 100/80 y las razones fueron similares a las que denunció en el tipo de doble resultado y la ultraintención. Era claro que el principio de causalidad, aún el material o eficiente

56

no existía entre el agente como causa y la muerte ( el homicidio era su único tipo ) como resultado. Los medios utilizados por el agente no habían tenido por sí la suficiencia naturalística para lograr la realización del objeto ideológico del delito que tuvo el agente, pero causas extrañas y ajenas a la misma del agente concurren con su propia suficiencia y determinaron el resultado "muerte". Resulta prístino que de no haber concurrido la concausa se le habría fijado responsabilidad al agente por la sola Tentativa, cuando a ella hubiera lugar, y que el acontecer de la concausa no dependía en absoluto del agente, por lo que resultaba siendo penado por un comportamiento ajeno. A ello se respondía que realmente se le penaba como si fuera una tentativa, por el carácter atenuatorio del tipo, pero lo que se exigía era exactitud jurídica, cuyo desfase repercute directamente en las instituciones mismas y en la libertad y honor de los hombres: y así se entendió en el nuevo estatuto penal.

#### 4.2.3 Delito preterintencional

Manifiesto que no soy partidario de él, porque ontológica, real y jurídicamente no existe, y segundo porque en él se funda falsamente una punición en un ente artificioso. Quienes la defienden, por sus propios argumentos me dan la razón. Veamos: el Doctor Estrada

57

Vélez al elaborar uno de sus discursos sobre el tema, mostrándose partidario de él dice: "... no debe hablarse de mezcla de dolo y culpa... más correcto es hablar de dolo seguido de culpa...", dándome de esta manera mejores razones para sustentar mi posición o mejor oposición. El ha dicho en esas palabras que la preterintención no existe, sino un concurso de lesiones dolosas y homicidio culposo. Se trata de buscar exactitud jurídica. Le doy toda la importancia doctrinaria al término "preterintención", útil para señalar una de las formas como se combinan naturalística y jurídicamente las especies de la culpabilidad, ya que a pesar que el "Homicidio Preterintencional" es el único delito de esa especie de culpabilidad tipificado en nuestro código, hay otros que igualmente combinan en la misma manera, como las lesiones seguidas de aborto, el abandono o exposición seguidos de muerte, etc., fenómeno a los que se les da otro tratamiento legislativo, inexacto e injurídico, en menoscabo de la Culpa como especie de Culpabilidad.

Pues bien, toda esta intromisión en predios vecinos para delimitar el mio propio. El Doctor Gómez Méndez deja abierto el camino para que a varias de éstas situaciones se les de solución por vía del concurso. Pero él refiere la existencia de la culpa subsecuente al dolo inicial, teniendo como esencia la previsión. Yo afirmo, que

también en este caso de concurso la esencia de la culpa sigue siendo ,( y en éstas operaciones jurídicas se fortalece más ) la violación de un precepto imperativo, con contenido de prudencia, diligencia, pericia y atención, porque quien escoge un resultado antijurídico, y como medio para realizarlo transgrede esos deberes está ampliando el ámbito de los resultados antijurídicos, por los que tiene que responder, pero en la medida de su propia culpabilidad.

#### 4.2.4 Concurso de tipos

De acuerdo con todo lo anterior, entro a estudiar la posibilidad real y judicial del concurso, en sus diversas modalidades del delito culposo.

##### 4.2.4.1 Concurso ideal

A mi juicio no es posible en la modalidad culposa, porque es de su esencia con un mismo hecho producir un solo resultado, pero lesionando varios bienes jurídicos, solo idealmente diferenciables. Es una ficción legal, que sí es posible en legislaciones como la española, que ha tipificado delitos de peligro o formales culposos, el que concursaría con el delito que tipifique el evento que sobrevenga; porque allá los criterios de Subsidiaridad, Especialidad, y Consunción no se aplican con el rigor que en nuestra legislación, que contiene pocas tipificaciones

culposas, todas de Resultado, que aunado a la naturaleza de la culpa Penal, impide jurídicay naturalísticamente el concurso ideal de delitos culposos.

#### 4.2.4.2 Concurso material

O real, ya estaba expuesto como posible y hasta frecuente, pero deseo agregar a lo dicho sobre el aspecto lo siguiente: y es la posibilidad jurídica y natural del delito Continuado Culposo es clara, y basta que se mantenga el agente en la violación del deber y repitiendo el mismo medio para lograr un fin determinado e indiferente para la culpabilidad culposa, además que se reúnen todos los requisitos formales del delito continuado: pluralidad de conductas, separadas en el tiempo, pluralidad de violaciones de una misma norma penal (siendo siempre un concurso homogéneo), y la unidad del Designio, que es el elemento problemático para la ubicación de lo culposo en el delito continuado. Realmente si sería problema si se hace radicar la comunidad del Designio en el Dolo, o mejor, la Malicia, y no en la voluntad, que es sin duda su estadio natural. Es cierto que la figura del Delito Continuado se creó por razones de humanidad en el delito doloso del entonces ROBO, para atemperar una punibilidad cruel y en exceso severa; pero también lo es que reconociéndose sin discusión alguna la ubicación de la Culpa en la

60

Culpabilidad, debe participar ontológica y jurídicamente de ella como tronco común, tanto de la Culpa como del Dolo. Su común denominador es la voluntariedad, y es allí donde radica el "disegno". Para ilustrar esto con un ejemplo, planteo el de un médico, que omitiendo un examen o prueba que consideró rutinario (violación del deber de diligencia y pericia) suministra diariamente a un paciente una droga, a la que este es alérgico, y le produce lesiones durante todo el tiempo de administración. Como vemos la aplicación de cada dosis constituye en sí un delito de lesiones Culpasas perfecto puesto que cada daño es independiente y autónomo de los otros, y opera de manera inmediata; y la persistencia voluntaria en la omisión del examen se convierte en el Disegno, fundamento de la continuidad delictual.

Pero todas éstas elucubraciones no tienen otro interés que el meramente teórico, pues en nuestro actual régimen penal, el Delito Continuado fue desalojado dándole paso al Concurso Material, que resuelve con suficiencia el problema, aún el inicial de una punibilidad consecuente, ya que al Concurso Material se

61

le aplica el sistema punitivo de la Acumulación Jurídica, que da una respuesta sancionatoria muy similar al del Delito Continuado.

#### 4.2.5 Concurso de personas o participación

Respecto de este punto, es necesario hacer diferenciación de hipótesis, porque una teoría u opinión general quedaría desajustada en los diferentes casos, quitándole unidad e identidad, que les deben ser propios.

##### 4.2.5.1 Participación a título de culpa

###### en un delito culposo

En esta forma de participación se han adoptado posiciones extremas, de negarla en todos los casos, y en el de afirmarla en las mismas condiciones y términos que en el Dolo. Para entrar a dar mi opinión, hago dos precisiones respecto a la concepción de culpabilidad y de la Culpa como una de sus especies: la Voluntad, para ser considerada como fundamento de cualquier juicio de responsabilidad, no es necesario que esté preordenada al resultado antijurídico ( la voluntad en la especie dolosa ); y la Participación, como dispositivo amplificador, más bien de la punibilidad que del tipo, precisamente consiste en eso, que el comportamiento de personas imposible de adecuarla al tipo, se sanciona, por obrar como concausa en diversos grados, que sumados a la causa del autor principal, pudo haber solo facilitado el

62

delito, o haber sido indispensable para su realización. Hecho esto, entro en materia afirmando que no basta la materialidad de los comportamientos de varias personas para hablar de Participación. Es diferente, que dos personas, cada una por su cuenta obren con culpa y produzcan un mismo evento de incriminación culposa ( es el caso del recurrido ejemplo de dos conductores, cada uno con su vehículo se aproxima al otro viniendo desde sentidos contrarios a exceso de velocidad, y debido a ello colisionan, produciendo varias lesiones y muertes. Es imperativo que a cada uno ( si quedaron vivos ) se le inicie su propio proceso, los que por conexidad podrán adelantarse conjuntamente: cada uno con su propia culpa. Como diverso también es el caso de autoría intelectual, o mejor inductor, instigador o determinador, que a través de orden, coacción, mandato, consejo o convenio pone en funcionamiento la voluntariedad del autor material. Pero para determinar en el Delito Culposos, solo considero idóneo el consejo, el mandato y el convenio, pero siempre ha de estudiarse que la voluntariedad del agente material surja libremente, sino espontánea, de manera que le sea reprochable. Tal sería el caso de quien da a conducir su vehículo a otra persona desconocedora de las técnicas de conducción y de las normas de tránsito a quien además se le exhorta para que

acelere por una calle frecuentada por viandantes, y se produce atropellamiento. Un evento que ninguno de los dos quería, pero del que no deberá responder solo quien conducía, sino también el otro, cuya existencia intervención reconoce la jurisprudencia nacional, precisamente como autor intelectual. Esta afirmación mía pero consultada con doctrina extranjera, puede parecer un bodrio jurídico, un grave desacierto, más si se me argumenta que unánimemente se tiene como requisito la "identidad" del hecho punible para la coparticipación y más para la coautoría, "no se puede determinar algo indeterminado". Pero lo que pasa es que esa doctrina está inspirada y desarrollada para el delito doloso, cuya preminencia ha debilitado toda la concepción teórica de la culpa, que constantemente tiene que estar haciendo adaptaciones y copias del pensamiento doloso. Es necesario, aún a costa de correr el riesgo de graves desaciertos enhiestar una teoría autónoma a la culpa. En lo culposo no hay un resultado antijurídico que sea representado y querido, pero sí la voluntad de desarreglar el actuar de preceptos valorativos de un deber: si en el dolo se puede determinar a otro a cometer un hecho antijurídico determinado, en la culpa se puede determinar a otro a inobservar las normas de deber que les eran exigibles

64

cumplieran. Más desacertado considero dar como solución judicial, iniciar un proceso al determinador autónomamente, el que es improcedente por aticipidad, o dejarlo impune; y estimo que en ningún momento. está en discordancia mi solución con las normas legales aplicables al caso. El autor español Del Rosal reconoce la coautoría culposa con dos condiciones que me parecen acertadas: la voluntad de la propia acción u omisión, y la conciencia de cooperar en la acción del otro. Si a éstas le aunamos las generales de la culpa de la coautoría, el resultado es el aceptar la participación culposa en el delito culposo.

El último evento de la participación de cooperación o complicidad, y teniendo en mente la subsidiaridad o contingencia que caracterizan a esta forma de participación, no es dable jurídicamente; atendiendo la recomendación de los grandes maestros respecto al cuidado que ha de tenerse en el tratamiento de la incriminación de estos fenómenos, porque afecta directamente la libertad humana. La imposibilidad jurídica no lo es casuística, y sobre ello puedo invocar el ejemplo siguiente: el padre afectado por una enfermedad altamente contagiosa, que le pide a la institutriz del internado donde estudia su hija, le permita irreglamentariamente

65

salir para que duerma con él, a lo que ella accede, resultando contaminada la menor.

#### 4.2.5.2 Participación culposa en un delito doloso

Este tipo de participación tiene aspectos similares, al punto anterior puesto que en nuestra legislación jurídicamente no es dable, pero fácticamente sí lo es. No es posible sancionar esta participación porque siendo el tipo cometido por el agente material a título de Dolo, es imposible su incriminación culposa, y menos aún por vía de un amplificador. La única manera de sancionar este comportamiento es que en si mismo constituya otro tipo de infracción. Invoquemos la misma hipótesis que para el punto anterior: el padre que pide a la institutriz permita que su hija duerma esa noche fuera del internado, con él, a lo que esta accede contrariando las reglas de la institución: el resultado es que la menor resulta violada por su padre. Repito, esta modalidad de participación no puede ser incriminada, acuerdo a nuestro sistema de incriminación de la culpa, la que sí sería factible en un sistema "apertus clausus". Porque en el caso propuesto, en nuestra legislación no hay Violación culposa.

#### 4.2.5.3 Participación dolosa en un delito culposo

Es en nuestro régimen penal el de más fácil

acontecer e incriminación, pero de una forma suigeneris. Se asimila al caso en que el autor utiliza la actividad de inimputable. Sucede aquí, que el agente autor mediato, utiliza medios indirectos, queriendo tal vez enturbiar la causalidad y lograr impunidad, darle al ataque una apariencia que dificulte la defensa de la víctima, lograr incriminar a otra persona, y distraer la actividad judicial del Estado. Es claro que la participación de complicidad o de cooperación es imposible de incriminación, puesto que sería necesario delegar al titular de la acción los fines, a los que la voluntad de este no está preordenada. Un ejemplo: el médico que indica a una enfermera la aplicación de una droga, que obviamente causará efectos nocivos o la misma muerte al paciente, a lo que si la enfermera conociendo éstos efectos, cede, ajena a los propósitos del médico, incurrirá en una incriminación que se podrá resolver a la luz del numeral cuarto del artículo 40 del Código Penal, si el error era vencible responderá a título de culpa por las lesiones o muerte.

Ahora quiero glosar un poco el párrafo del artículo referido, en sentido de que es el Error el que provoca la Culpa y no lo contrario, como lo afirma dicho texto.

#### 4.3 COMPENSACION Y CONCURRENCIA DE CULPAS

En este tema más que fijar posiciones o debatir opiniones, la tarea es aclarar, explicar y ubicar cada cosa en su ámbito natural y exacto.

La Compensación de Culpas, al igual que la Culpa misma, es una creación jurídica Romana, de progeie civil, concretada en el aforismo "compensatio debiti et crediti" y que se mundializó a través del artículo 1290 del Código de Napoleón; y en el mismo derecho Romano quiso trasplantarse a lo Penal así: "paria delicta mutua compensatione dissolvuntur". Actualmente en la mayoría de las legislaciones penales, a excepción de las anglosajonas en algunos casos, la compensación penal de culpas es inaplicable, y la colombiana no es discordante en la materia. Es preclara e incuestionable la afirmación en tal sentido.

La razón que justifica la existencia en lo civil, Equidad, no se da en el mismo sentido en lo penal; y basta agregar a lo dicho, el carácter irrenunciable de los derechos, lo público de la acción punitiva y lo oficioso de la inicción jurisdiccional, para desterrar de lo criminal este instituto. Para llamar entonces las cosas por su propio nombre, lo que hay es concurrencia de culpas y no Compensación.

El concurso de culpas es aportado, una por el agente y la otra por la víctima misma. Pero la realidad fenomenoménica es más exigente y compleja para ser satisfecha por una afirmación tan sencilla. Al presentarse el concurso lo primero que corresponde al juzgador es analizar la causalidad de cada una de ellas ( las culpas ), y las posibles formas de interrelación, así podrá eliminar la incriminación por falta de culpa, cuando la pretendida del agente ha sido provocada y determinada por la de la víctima. Haber si me explico: la esencia de la culpa es la inobservancia del deber por un comportamiento concreto, en condicones y circunstancias que hacían exigibles tal observancia. Es imperativo entonces, examinar el proceder del agente, el que si era arreglado al deber por sí, y la causa del desarreglo fue la culpa de la víctima, habrá necesariamente que declarar la eximición del agente. Hay quienes al hacer el juicio de reproche a un agente culposo, lo profieren positivo, exigiendo, no solo no cometer culpa propia, sino evitar y conjurar la de los demás, lo que me parece una exigencia exagerada, relativamente, y procedo a exponer por ejemplos esa relatividad: un conductor avanza con su vehículo, a velocidad permitida, por el carril y en el sentido correspondiente, cumpliendo con todos los reglamentos del

caso, un viandante atraviesa imprudentemente la calle, colocándose en trayectoria de atropellamiento: pueden suceder dos cosas, que el conductor lo arrolle sino había posibilidad de frenar o esquivarlo, y entonces no deberá responder de ninguna responsabilidad, porque no ha incurrido en culpa; o que pudiendo frenar o esquivarlo, sin peligro para él mismo o para otra persona, entonces hay que estudiar muy juiciosamente el caso, porque de allí sería dable extraer algún tipo de culpa.

Otro evento sería, si se establece que tanto el agente como la víctima estaban en culpa, y como la culpa admite gradificación, hay entonces que entrar a analizar la entidad del Deber transgredido por cada uno, de donde ha de resultar que uno de los deberes era de mayor entidad, como por ejemplo, el de proteger un interés público general, o derechos ajenos, o unos propios: en el ejemplo antes planteado, el deber del conductor del vehículo es mayor, pues su actividad pone en peligro derechos ajenos: y el deber del transeúnte es en este orden de ideas, menor, porque solo ha de defender los suyos propios. Entonces la solución sería a la luz de este criterio de la entidad del deber transgredido, en contra del conductor, pero sensibilizando la punición con la culpa concurrente de la víctima.

Algunos autores han procedido a elaborar una tabla

algebraica de ecuaciones culposas concurrentes, de acuerdo a la entidad de ellas, pero reconociendo que solo debe usarse como orientación, porque cada caso siempre presenta circunstancias y características especiales, complicadas y complejas, a los que no se les puede aplicar, sin incurrir en injusticia y hasta injuridicidad, las sencillas reglas.

Entonces queda claro, que compensación de culpas no es un instituto jurídico aplicable a la legislación colombiana; que el fenómeno es el concurso, que se resuelve por los criterios de Precisión de valores causales, habiendo simultaneidad, por el criterio de la entidad de los Deberes transgredidos, y siendo similares, el criterio de exigibilidad de comportamiento diverso, que resuelve en todo caso el concurso.

71

## CAPITULO 5

### TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA CULPA

A una de las conclusiones a las que he llegado en el estudio de este instituto es que la Culpa Penal, a pesar de su niñez de varios siglos, sigue construida, jurídica, dogmática y legislativamente, con pedazos de la Culpa Civil y del Dolo Penal. Su destino y herencia ha sido usurpado por institutos como LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, y el VERSARI IN RE ILLICITA, o el PELIGROSISMO; hasta se ha visto amenazada de destierro de su patria y patria, el Derecho Penal. En lo sinuoso e inconstante de su referencia legislativa, a la culpa se nos muestra como un superviviente de muchas guerras, contra los caprichos, las barbarias y la ignorancia de juristas y legisladores de muchos pueblos y varias épocas. A pesar de todo tiene su propia historia legislativa, y aquí la expongo brevemente, pero sin abstenciones.

## 5.1 TENDENCIAS

A parte de sus tendencias teóricas y dogmáticas, la Culpa Penal tiene otra historia, la legislativa, que demarca sus tres tendencias actuales:

### 5.1.1 Numerus apertus

Fundada en la construcción que le hiciera Feuerbach en 1813; este sistema consiste en su incriminación genérica ( en el cuerpo especial de tipos del código ) como modalidad alterna al Dolo, y admite una subdivisión:

- Tratamiento en la parte general del código.
- Tratamiento general en la parte especial, a manera de CRIMEN CULPAE.
- Tratamiento, a falta de arbitrio legal, por vía jurisprudencial ( Sistema Anglosajón ).

### 5.1.2 Numerus clausus

Sistema de incriminación tipológica específica. Su antecedente conocido lo fue la construcción francesa de Tipos específicos, y sin posibilidad de consideración general, como reacción a las arbitrariedades judiciales que se habían vivido en vigencia del sistema anterior.

### 5.1.3 Sistema mixto

Considerando la Culpa en la parte general del código pero manteniendo los tipos concretos en la parte especial NUMERUS CAUSUS. La primera legislación que contempló por

B

este sistema la Culpa fue la Rusa-Soviética de 1926, pero sus ancestros más remotos están en los códigos de Baviera y Español de 1822. Es el sistema escogido por el legislador colombiano, el que paso a comentar.

## 5.2 TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA CULPA EN NUESTRO REGIMEN PENAL

Como ya lo he dicho, el sistema colombiano es, como en casi todas las instituciones legales, mixto, entre el NUMERUS APERTUS y NUMERUS CLAUSUS. El artículo 35 del Código Penal señala a la Culpa como una de las formas de la Culpabilidad, entre el dolo y la preterintención; el artículo 37 del mismo estatuto la define, acogiendo la teoría de la Previsibilidad, en sus dos especies, con Previsión o Conciente y la Sin Previsión, mal llamada Inconciente. En el artículo quinto incluye a la Culpabilidad en los llamados Elementos del Hecho Punible; y en el artículo segundo ordena que solo a la conjunción de esta con la Tipicidad y la Antijuridicidad será aplicable sanción ( pena ). Por esta vía la culpa queda ubicada en el delito. En la parte especial el Código Penal nuestro tipifica específicamente como culposo, el delito de FUGA DE PRESOS MODALIDAD CULPOSA, en su artículo 180; HOMICIDIO CULPOSO artículo 328, y PECULADO

CULPOSO en el artículo 137, aplicando el sistema NUMERUS CLAUSUS, respecto a esta especial consideración de la culpa debo expresar la inquietud que me surge, de que pueda ser tergiversada la naturaleza de esta: al colocarse el Nomen Juris e insertarse en el texto mismo de la norma el término "con culpa" o "por culpa" da mérito suficiente para pensar que la CULPA no es ya modalidad de la Culpabilidad, sino elemento del TIPO y más propiamente ELEMENTO NORMATIVO de contenido jurídico de valoración "deiure", al lado de los elementos DESCRIPTIVOS Y SUBJETIVOS, disminuyéndose su propia majestad.

Esto demuestra y ratifica lo que he manifestado de su constante dependencia ( aún legislativa ) del Dolo Penal; la labor de técnica legislativa y sistemática de inciriminación de las especies de la Culpabilidad toda se ha dedicado a tratar el asunto desde la perspectiva del Dolo. Sucede sin embargo, que realmente la Culpa es la culpabilidad de éstos tipos, confusión que no se presenta en tipificaciones que a otros hechos punibles se hace a título de Culpa: en éstos el sistema utilizado es el de NUMERUS APERTUS, en su su subespecie de tratamiento general limitativo en la parte especial, circunscritos a tipos determinados en el propio título o capítulo; tal es el caso del artículo 199 que refiere la culpabilidad

culposa a los tipos de los artículos 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197 y 198, contenidos en el capítulo II del título V, de los delitos contra la Seguridad Pública; y del artículo 340 de las Lesiones Culposas, refiriéndose a los artículos 332, 333, 334, 335 y 336, complementarios del anterior, más la aplicación del 337, incompleto, que acoge el sistema de acumulación jurídica para la aplicación de la pena. Este sistema expresa indubitativamente la Culpa como una segunda especie de culpabilidad. Estos dos casos contentivos del sistema APERTUS CLASUS de tratamiento general limitado en la parte especial, además de serlo, también son consideradas como atenuantes de la punición del tipo en su modalidad dolosa, reduciéndola en la proporción de las cuatro quintas a las tres cuartas partes para las lesiones, y de una tercera parte a la mitad en los tipos de peligro común.

En el Estatuto Nacional de Estupefacientes ( Ley 30 de 1986, de Enero 31 ), en su capítulo V, de los Delitos, en su artículo 39, trae su propia sistema de considerar la Culpa, pero también, como atenuante punitivo: dentro del mismo artículo pero no como ingrediente normativo, sino en párrafo final contempla la especie culposa del tipo descrito en el párrafo primero. Esta construcción me parece de mejor técnica, pero como tipo

"complejo alternativo", al estilo Soler, y a pesar de ello, opino que presenta un inconveniente que corresponde al juzgador obviarlo, y es que el tipo doloso contempla el verbo rector como "procure..." y está claro que en la modalidad culposa, el agente, que es sujeto calificado, no podrá PROCURAR; ha de acontecer entonces, que alguno de los eventos o resultados se realicen, para que realmente pueda hacerse su incriminación culposa.

En el desarrollo de esta parte de mi tesis, me he mostrado partidario del sistema de incriminación APERTUS CAUSUS, por la potísima razón de que se presta a apreciar la entidad real de la Culpa como especie de la Culpabilidad. Además creo que acuden como otras razones favorables a sus estimativa legislativa, entre otras, la de que resulta más natural para el juez decidir la culpabilidad que para el legislador, que por el carácter abstracto imperante en las normas legales no pueden ni deben entrar a considerar las condiciones y circunstancias que constituyen la esencia humana del Derecho Penal y que de todas formas corresponde al juzgador estudiar, siendo así el margen de error e injusticia menor que cuando la estimativa la hace el legislador, en dos sentidos bien claros, el de una impunidad enervante, o el de drasticidad y/o desacierto jurídico en la imposición de las penas; la existencia de

tan pocos tipos culposos recaba en la necesaria necesaria conclusión de que la Culpa es un modo excepcional de responsabilidad, lo que en estricto sentido no es cierto ni valedero. En todo caso en el sistema NUMERUS APERTUS y el NUMERUS CLAUSUS, el legislador da la Tipicidad y el juez la Culpabilidad en cuanto juicio de reproche. A pesar de que soy partidario, en la teoría, del sistema NUMERUS APARTUS, considero que en éstos momentos no es dable implantarlo, porque significaría un considerable aumento de la criminalidad, y si no siendo así, la capacidad estatal de afrontar el problema está desbordada sobradamente, el estado carcelario es grave, ( saturación y promiscuidad ), y en sí mismo, el instituto Culposo no está aún en condiciones de emprender por sí mismo esta situación.

Hay que empezar a trabajar en tal sentido, y ningún estadio es más propicio para ello que la Universidad.

5.3 LA CULPA Y LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION

Realmente el orden judicial y procesal en que el juez entra al estudio del hecho punible está establecido en la dogmática así: la Tipicidad, la que una vez probada da paso a la Antijuridicidad. Aquí el juzgador puede emitir un concepto de juridicidad del hecho, que aunque típico, a la luz de las causales de justificación

resultan explicadas y justificadas al tenor de los valores sociales y jurídicos: así que comprobada una cualquiera de las causales referidas no hay lugar para entrar a estudiar la Culpabilidad, que en el orden al que me vengo refiriendo ocupa el último lugar y solo procede cuando se ha emitido juicio positivo de Tipicidad y Antijuridicidad. De manera que parecería un despropósito hablar de las causales de justificación en relación con la Culpa, y que más bien de aquellas ya no hay que pasar a esta.

Yo persisto en ello, y afirmo que interesa grandemente en dos tópicos: en el exceso de los límites de las causales de justificación, y en la posible responsabilidad culposa en la legítima defensa putativa.

Primero he de referirme a la posible consideración culposa de la legítima defensa putativa. Tiene su principal basamento jurídico en la teoría del Error, complementado con el aspecto normativo de asumir con diligencia y cuidado el deber de comprobar la agresión, y el que esta sea injusta, actual e inminente. En la actualidad la solución judicial a la legítima defensa putativa es la aplicación exacerbada del numeral tercero del artículo 40 lo que me parece correcto, pero siempre y cuando estén plenamente probados sus presupuestos: el error en la apreciación de la legitimidad de su proceder,

y que este error sea invencible. Sucede que con mucha frecuencia los jueces en éstos casos dan la solución sin estudiar la posibilidad culposa del hecho punible, cuya entidad jurídica es muy diferente. La consideración normativa de la culpa impone esa actitud con claros fundamentos en nuestra legislación; siendo la convicción equivocada de la legitimidad del acto, vencible; o mejor siendo la realización del acto fundado no en una certeza sino en una duda. Es claro entonces que ya no podrá aplicarse la causal tercera del artículo 40 del Código Penal, sino la aplicación culposa del delito, cuando este estuviera tipificado como tal.

El deber que circunstancia y condiciona el proceder del hombre en sociedad, se intensifica cuando de nuestro comportamiento han de desprenderse efectos nocivos y graves para otro, como en este caso. Lo que el legislador quiso eximir con esta causal exculpatoria no fue el actuar nervioso, dubitativo o temeroso del agente, o la simple sospecha, las que no pueden sustanciar jurídicamente la excusa a la lesión de derechos tutelables.

Respecto al segundo punto, mucho se ha discutido si el exceso puede ser atribuido por culpa. El principal argumento en contra de tal estimación es que en todas las

80

causales de justificación, el agente dirige su actuar con móviles propósitos definidos a conseguir el resultado concreto, que las más de las veces es evitar otro evento también conocido y temido. El resultado producido es querido, no como escogencia sino como imposición de la situación o de un deber: por ello es que se justifica: por la no exigibilidad de otro comportamiento. Pero cuando ese otro comportamiento sí es exigible, en el evento en que la conducta justificada excede los límites permitidos o tolerados, como sucede en el exceso, es necesario hacer un juicio de responsabilidad para poder atribuirle sanción. En este sentido el Doctor Reyes Echandía dijo: "Nuestro código no señala la naturaleza subjetiva del exceso... no habiendo distinción legal... bien puede aceptarse el exceso doloso como el culposo...". Por ejemplo, si se responde un ataque con golpes de puño, éstos solo deberán ser usados hasta el punto de ser defensivos, y no ser en sí mismo un ataque también: si con tres golpes el atacante queda fuera de combate, noqueado, cualquier otro acto del agredido se convierte en ataque a su vez y ya no quedaría amparado por la causal, tal el caso de quien después de haber derribado su agresor, levanta una pesada piedra sobre él, y en este momento sus fuerzas no pueden sostener más la piedra y cae sobre el agresor matándole.

### 5.4 TRATAMIENTO PROCESAL Y PENOLOGICO

#### DE LA CULPA PENAL

Al igual que la infracción dolosa en materia penal, la culpa también tiene como consecuencia natural y legal una sanción. Inicialmente, y todavía cargada de sustancia civil, la pena fue de carácter pecunario. Y aún tiempo después solo excepcionalmente se aplicaban penas aflictivas a la libertad, para sancionarla. El carácter de levedad de la culpa se conserva aún en nuestro tiempo, como modalidad atenuada de la infracción dolosa.

Pero en su proceso de evolución se ha observado una constante: mientras el rigor y la entidad de la pena para el dolo se disminuye, para la Culpa se agrava llegándose al extremo de proponer para ella la pena de muerte, por el tratadista Leyser, sin llegar a ser acogida. Sin embargo, por primera vez en occidente se implantó la pena de prisión para la Culpa en el Código de Napoleón, en su artículo 319.

Actualmente en Colombia, la estimación jurídica de la Culpa, es a la luz de la mayoría de los juristas nacionales, de una entidad y naturaleza similares a la del Dolo, pero atenuada, y por ello se le ha dado un tratamiento procesal y penológico iguales, solo

diferenciables en la cuantificación de éstas.

5.4.1 Tratamiento en el Decreto 0050 de 1987 (en vigencia pero sin regir aún)

El tratamiento procesal y de medidas preventivas y provisionales de los delitos culposos están conformadas de tal manera que a pesar de establecerse la autoría y responsabilidad del agente, no se estaría ni un solo día en privación efectiva de la libertad, a excepción del Homicidio y las Lesiones culposas ( artículo 441, numeral 2 del decreto referido ). Y a pesar de que la pena aplicable principal es la de Prisión, con la cual el Estado pretende persuadir a los ciudadanos a que se comporten ajustados a sus deberes, su aplicación deja la sensación de ineptitud y hasta mediocridad del sistema y de las autoridades, tanto para el agente, quien sintió temor de la amenaza del Estado justiciero, y no le sucedió nada, como para la víctima o sus familiares, que aspiran a justicia y ven como a pesar de providencias dictadas esforzadamente por el juez, el infractor prosigue libre.

A excepción del homicidio culposo, el juez no podrá librar captura para recibir la indagatoria, sino citación; al definir situación jurídica en el Peculado Culposo ( artículo 137 del Código Penal ) solo podrá imponer conminación; para los demás delitos culposos solo

podrá decretar caución; en las lesiones y Homicidio culposos podrá dictar auto de Detención, pero excarcelará sino concurre causal de agravación, que son únicamente dos, las del artículo 330 del Código Penal. Y una vez dictada sentencia condenatoria, es dable la aplicación de la Condena de Ejecución Condicional.

El Legislador del Código Sustantivo consideró grave el hecho Culposo, por lo que le asignó las más de las veces pena principal de prisión; pero el Legislador Ajetivo no lo consideró tanto, incurriéndose a mi manera de ver, en una incongruencia.

Ahora, yo no pido que al infractor culposo se le recluya en una cárcel indiscriminadamente, o en las mismas circunstancias del doloso: no!, lo que yo pido es que los ciudadanos todos comprendan la concepción que del hecho y del infractor culposos tiene el Estado, que los diferencia de los dolosos que considera de mayor gravedad, y que además estima que no es necesario recluirlos para sanar la sociedad, sino en casos excepcionales. De manera que los ciudadanos y más concretamente, el agente y la víctima y sus parientes, no se creen falsas expectativas, para que luego se produzca un desenfoque de la actividad judicial, como creo que ahora sucede, proyectando la imagen de una impunidad judicial.

Todo lo anterior muestra que la punibilidad y el trámite procesal del delito culposo de nuestro sistema debe ser revisado. E invoco esa revisión bajo éstos argumentos: la solución que la corriente científica propone para la delincuencia culposa es el tratamiento sicotécnico, medidas administrativas y penas pecuniarias, rechazando el tratamiento penitenciario, por inútil y desproporcionado; (ellos recogen las palabras de Ellero: "... se debe castigar... solo cuando el castigo no implique un mayor daño que la impunidad."). En el estado actual de las cárceles colombianas, ser reclusos en ellas es en un sentido exacto, además de la propia privación de la libertad, ser TORTURADO: puesto que se expone a los reclusos a violaciones, atracos y extorsiones (hay que pagar por la seguridad allá dentro), a más de resultar contaminados por enfermedades virales, bacterianas e intoxicaciones alimenticias: la salud física y mental son afectadas. Entonces la Pena Institucional además de la detención, conlleva todas éstas y otras que no enumero, inhumanas y más que eso bárbaras. Eso es una realidad que ha desbordado durante los últimos lustros a todas las teorías que sobre el sistema carcelario y sus fines se tienen. Ahora, esto hay que verlo a la luz no solo del individuo afectado (de las penas se pregona que deben ser Personales), sino también de la familia,

puesto que el delincuente culposo no constituye una clara, específica y diferencial clase dentro de la sociedad, y por el contrario es de carácter ocasional; cualquiera de nosotros podrá ser en algún momento infractor culposo; ello afecta a la familia como fenómeno moral, social y económico, lo que se convierte en una tragedia. A ello sumo las tesis espiritualistas que pregonan con acierto, la especial contextura moral del hecho culposo ( dentro de las cuales también incluyen el Delito Político ) donde si bien es cierto hay Voluntariedad también lo es que no hay Malicia; además que como ya lo he dicho, la ocasionalidad o transitoriedad del hecho culposo hace inepta la aplicación a ellas de las mismas medidas con que se trata el hecho doloso.

86

## CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo que he expresado en mi trabajo sobre la Culpa, creo que surgen como conclusiones necesarias y primordiales:

1. Construir una teoría y una dogmática propias del ente culposo; y separarla definitivamente del Dolo Penal y la Culpa Civil, los que le sirvieron de punto de partida, pero ahora solo le significan obstáculos a su pleno desarrollo.

2. Creo que le es muy útil a esa autonomía e independencia de la Culpa Penal su concepción Normativa, como noción evolucionada de todas las anteriores. Pero antes de considerarla legislativamente, ha de ser larga y profundamente debatida y sopesada, de manera que su insurgencia en materia judicial no cause por ello traumatismos y en vez de ser solución se convierta en problema.

3. En Colombia se está trabajando académica, doctrinaria y jurisprudencialmente sobre teorías y

aproximaciones ideológicas al fenómeno culposo; pero se desconoce absolutamente la realidad social y criminal que se pretende regular. La teoría pura con Kant, se demostró inútil e impropcedente. Hay que trabajar desde las universidades, con la estadística y la casuística.

4. Fundamentado no en la autonomía e independencia que les han de ser propias, sino en su diversa entidad y naturaleza, en comparación al Dolo, sin por ello quitarle su espacio en el Derecho Penal, propongo que la pena principal del Hecho Punible Culposo, sea el Arresto, con sus actuales características y cantidades. Se acentúe la pena de Multa, dejando al juez máxima discrecionalidad para aplicarla, de acuerdo a los criterios del artículo 46 del Código Penal; se dejen las penas accesorias que actualmente le son aplicables, y se creen otras medidas administrativas y disciplinarias como la escuela de reeducación de conductores, suspensión y retiro de la licencia de conducción, obligación de exámenes médicos y de aptitud, etc.

5. En cuanto al trato procedimental, en la etapa de indagación preliminar y la sumarial, se incluyan como objetivo de la investigación la posibilidad culposa del hecho, y establecida, de la estimación ( calificación) del sumario se le dé un trato abreviado al juicio.

6. Hacer un llamado a los estudiantes y estudiosos

88

del Derecho Penal, para que se elabore, o por lo menos se emprenda la tarea, de establecer causales de agravación y atenuación punitiva, circunstancias propias de justificación y exculpación, dilucidar los fenómenos de la Tentativa y la Participación; y ya en este estado de cosas, pensar la posibilidad del establecimiento del sistema NUMERUS APERTUS.

El Derecho Penal es la única solución contra las fuerzas antisociales y nosotros hacemos el Derecho Penal: es nuestro compromiso intelectual y humano.

## BIBLIOGRAFIA

- CARRARA, F. Programa de derecho criminal. Parte general  
Vol.1. Bogotá: Temis, 1983
- ESTRADA, F. Derecho Penal. Parte General. Bogotá:  
Ediciones Librería del Profesional, 1981
- GÓMEZ, A. Delitos contra la vida y la integridad personal  
Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984
- GUZMAN, C. Procedimiento penal aplicado. 8a.ed. Bogotá:  
Temis, 1984
- LEGISLACION ECONOMICA. Nuevo código de procedimiento  
penal. ( Decreto 0050 de 1987). Bogotá: Legis, 1987.
- LEGISLACION ECONOMICA. Regimen penal colombiano. Bogotá:  
Legis, 1987
- QUINTANA, A. Derecho penal de la culpa. Barcelona: Bosch,  
Casa Editorial, 1958
- REYES, A. Derecho penal. 7a. ed. Bogotá: Universidad  
Externado de Colombia, 1980
- VARGAS, P. (1985). Derecho penal general. 1a. ed. Bogotá:  
Librería Editorial El Foro de la Justicia, 1985