

T.-D
105

1

REPUBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR : DR. WILFRIDO RIPOLL

SRIO. GENERAL : HUMBERTO BENEDETTI

.... 0

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DECANO: CARLOS VILLALBA BUSTILLO

SECRETARIO : DR. JORGE PALLARES BOSSA

.... 0

PRESIDENTE HONORARIO : DR. VICTOR LEON MENDOZA

PRESIDENTE DE TESIS : DR. CARLOS DIAZ

EXAMINADORES : DR. EDUARDO MATSON FIGUEROA

DR. GUILLERMO GOMEZ LEON

.... 0 DR. GUSTAVO FIGUEROA

CARTAGLNA, JUNIO DE 1.976.-

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE

" DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS "

PRESENTADA POR:

SERVIO FLORES RODRIGULZ.-

TITULADA :

S C I B

" EL HOMICIDIO CULPOSO "

00018967

1.976.-

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

REGlamento : (Artículo 33)

" La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta tesis, estas deben considerarse propias de sus autores".

DECLARATION :

I hereby declare that the above is a true and correct copy of the original document as it appears in my possession.

At witness my hand and seal this 1st day of May 1951.

Notary Public

BIBLIOGRAFIA

- GUSTAVO RENDON GAVIRIA : " Derecho Penal Colombiano "
- JESUS BERNAL PINZON : " El Homicidio "
- ANTONIO VICENTE ARENAS : " Comentarios al Código Penal "
- PELRO PACHECO OSORIO : " Derecho Penal Especial. "
- L. E. MEZA VELASQUEZ : " Lecciones de Derecho Penal "
- LUIS CARLOS PEREZ : " Derecho Penal Colombiano "

..... 0

TITULO I

CAPITULO I

GENERALIDADES

El homicidio es una de las infracciones a la ley penal que se comete con más frecuencia. Diariamente en todos los países - las infracciones por este delito son mayores que las producidas por cualquier otro y el número de víctimas alcanza un índice más alto que el imaginado por quienes no conocen las estadísticas al respecto.

El hecho del homicidio consiste en que una persona natural - causa la muerte a otra persona natural, porque sólo una persona natural puede ser sujeto activo y sujeto pasivo de esta - infracción. Las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo ni sujeto pasivo del homicidio. Etimológicamente significa "la muerte de un hombre por otro hombre" . Pero aquí la palabra - hombre se emplea en un sentido genérico, se refiere a la especie humana sin distinción de sexo, ni de edad, ya que puede - ser cometido por un hombre o una mujer; un niño o un anciano; contra el padre, contra el hijo o contra la conyuge; sólo que a cada caso se le dá una denominación especial; parricidio, - infanticidio, uxoricidio, etc.

" El vocablo homicidio viene de la expresión latina Homicidium, que a su vez se compone de dos elementos: Homo y Caedere. Homo (hombre).

proviene de humus, cuyo significado corriente es el de tierra, y el sufijo cidium se deriva de caedere ,matar ". Según las definiciones de Carmignani y Carrara la muerte debe ser injusta - para que pueda configurarse el homicidio. El último sostiene que la muerte debe ser injusta para diferenciarla de otras muertes-legítimas como la que se causa en lógitima defensa, o la que ejecuta el verdugo, la que cumple el soldado en guerra, en las cuales está ausente el elemento moral.

Los motivos por los cuales se comete un homicidio son múltiples - y dependen de factores y circunstancias diferentes. Entre tantos-citaremos a manera de información los siguientes: la embriaguez, la venganza por agravio inferido, los celos, el miedo, la ambición por el dinero, como medio para perpetrar un robo o para ocultar su producto, el temor a ser delatado por quién vió cometer una infracción, ect.

Respecto a la denominación y diversas modalidades del homicidio nos remitimos al Doctor Rendón Gaviria, a quién dice: " La denominación de homicidio la dá nuestro Código no solo a los homicidios comunes-o simplemente intencionales, sino a los calificados por circunstancias específicas de agravación (Asesinato) y a los que toman configuraciones especiales, atenuadas en la ley, como el infanticidio".

" Así vemos que el capítulo I del Título a que nos referimos establece las siguientes modalidades del delito: homicidio simplemente-intencional, homicidio asesinato, homicidio ultraintencional, homicidio concausal, homicidio culposo, infanticidio, homicidio consentido por la víctima e inducción al suicidio".

"Estas diversas modalidades, que en ocasiones pueden concurrir en un

mismo hecho, dependen de los elementos constitutivos del delito que determinan su calificación, lo que ocurre, verigracia, en el homicidio asesinato; de una imperfecta estructuración del delito en cuanto a sus elementos integrantes (homicidio ultraintencional y con causal, por ejemplo), o de factores relacionados con los motivos determinantes del hecho (homicidio piadoso, infanticidio, etc.). Por ello, antes de analizar cada una de estas figuras y como base precisamente para una correcta diferenciación, conviene estudiar en general el delito de homicidio en lo que se refiere a los elementos estructurales".

En el homicidio culposo falta la intención de matar o siquiera de causar un daño, según se desprende de la definición del inciso 2o. del artículo 12 del Código Penal, parte general: " Hay culpa cuando el agente previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido prevenirlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente poder evitarlos."

La intención en el agente de un delito culposo solo se dirige a la violación de un reglamento o a perpetrar una contravención, como ocurre con frecuencia en en los accidentes de tránsito a los cuales se deben la mayor parte de los homicidios culposos causados no sólo en nuestro país, sino en cualquier parte del mundo.

Según el Doctor Pacheco Osorio "de acuerdo con la conducta inicial se contemplan en la doctrina varias modalidades de culpa: por imprudencia, por negligencia, por impericia y por inobservancia de las leyes, los reglamentos, las órdenes o instrucciones".

" La imprudencia- prosigue el autor- implica un exceso de actividad-

en el agente, que hace caso omiso en todo o en parte de sus poderes inhibitorios y otra ligeramente y sin cautela ".

" La negligencia entraña un defecto de atención o de acción, mediante el cual el agente descuida o viola los deberes genéricos-a que debe someterse su conducta para evitar perjuicios a terceros", Impericia es la falta de idoneidad suficiente para el ejercicio de un oficio, arte o profesión. Es la forma específica de la culpa profesional, y para determinar si existe se tenía como punto de referencia la idoneidad media. No es necesario, por consiguiente; para excluir la culpa que el agente hubiera realizado los actos con la habilidad con que los realizaría un sujeto excepcionalmente experto - en el oficio, arte o profesión de que se trate, ni basta que lo hubiese ejecutado con la escasa destreza de un torpe profesional".

Los conceptos expresados por el Doctor Pacheco Osorio son muy claros y suficientes para comprender en que consisten la imprudencia, la negligencia y la impericia.

CONCLUSION

Realizado un estudio somero de lo que es el homicidio, los motivos determinantes, el origen de la palabra y sus denominaciones y diversas modalidades así como una breve reseña del homicidio culposo, toma de esta tesis y del cual nos ocuparemos en los capítulos siguientes, falta hacer algunas consideraciones que a nuestro modo de ver no carecen de importancia.

Dijimos al principio de este capítulo que el delito de homicidio es una de las infracciones penales que con más frecuencia se comete en cualquier país. No hicimos ninguna distinción entre el homicidio intencional y el culposo porque consideramos que por razón de ambos el

crecido el número de víctimas. La legislación Colombiana ha tratado de reprimir este delito con una penalidad mayor, en los casos de agravación, que la que corresponde a cualquier otro delito, con excepción de los que atentan contra la existencia y la seguridad del Estado.

Vemos, pués, que en la legislación colombiana se ha impuesto una escala de penas de acuerdo con las diversas modalidades del delito "según las circunstancias específicas de agravación y a las que toman configuraciones especiales atenuadas en la ley", según palabras del Doctor Rendón Gaviria. El asesinato, denominado así por las legislaciones penales por aparecer calificado por circunstancias especiales de agravación es el que tiene una mayor penalidad que oscila entre los 15 y 24 años, lo cual se explica por la mayor peligrosidad del delincuente, En cambio, delitos como el homicidio piadoso y el infanticidio tienen una penalidad menor porque en ellos se configuran circunstancias especiales de atenuación por la naturaleza de los motivos determinantes. En el homicidio piadoso no solo podrá "atenuarse excepcionalmente la pena", sino "cambiarse el presidio por prisión y aun aplicarse el perdón judicial", según lo establece el artículo 364 del Código Penal. En el homicidio culposo tipificado en el artículo 370 del Código Penal, por no existir el propósito de cometer la infracción, la penalidad oscila en 6 meses y 4 años de prisión y una pena accesoria consistente en la privación del arte, profesión u oficio del delincuente, según la ley 164 de 1.938, la cual dispuso que "el juez podrá prescindir de la aplicación de la sanción accesoria cuando del estudio de la personalidad del responsable resulte, de acuerdo con las reglas generales fijadas en los artículos 36 y 40 de este código, que es poco peligroso para la sociedad, pero sin que sus condiciones personales sean suficientemente satisfactorias para jus-

tificar la condena condicional al perdón judicial". Esto significa que si las condiciones personales del responsable son satisfactorias, al responsable puede concederse la condena condicional o el perdón judicial, lo cual, según algunos autores no es otra cosa que consagrar la impunidad en los delitos culposos.

C A P I T U L O I I

Contenidos psicologicos de la culpabilidad culposa .- El tema de la culpa ha constituido un verdadero problema para los tratadistas de derecho sin que hayan llegado a ponerse de acuerdo. Han surgido muchas teorías de acuerdo con el criterio de cada autor y de la manera como haya enfocado el problema. Pero lo que sí ha tenido aceptación es que la culpa es una forma de culpabilidad "entendida esta expresión como elemento esencial del ilícito penal o como el elemento moral o subjetivo", de acuerdo con el concepto del doctor Rendón Gaviria. Para Carrara "es la fuerza moral". El mismo doctor Rendón Gaviria dice: "La culpa, pues, frente a nuestro Código Penal, representa una forma de culpabilidad. Así lo indica el artículo 12 del Código Penal cuando dice que las infracciones penales, a lo que es lo mismo, que la responsabilidad penal solamente puede ser intencional o culposa. Debe existir pues una relación de causalidad entre la conducta ilícita de la gente y el resultado que consuma el delito. El delito culposo se refiere a una conducta que puede ser una acción o una omisión, pues son formas de culpa la imprudencia que es una forma de acción; la negligencia que es una forma pasiva; la impericia que según el doctor Vicente Arenas "consiste en la ejecución de determinadas actividades sociales

sín la habilidad, preparación o experiencias requeridas "; la inobservancia de los reglamentos y de los deberes que imponen el ejercicio de un cargo, oficio y profesión.

Como vimos anteriormente los delitos son intencionales y culposos, lo cual significa que en los delitos culposos el agente no tiene la intención de llegar al resultado dañoso causado por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos de tránsito, trabajo, etc, o de los deberes que imponen el ejercicio de un cargo, oficio o profesión.

El doctor Rendón Gaviria dice que la conducta, presupuesto esencial del delito, tiene que ser voluntaria y se pregunta como Anibal Bruno "por qué debe incluirse ese resultado en la responsabilidad de la gente, esto es, dentro del pensamiento de la culpabilidad, cuál es el vínculo síquico que existe entre esto y aquel " y agrega el autor: "Cuál es en otros términos, el contenido psicológico de la conducta que se califica como culposa ".

Dice además que el problema se plantea con menor dificultad en materia de dolo porque la conducta de la gente se manifiesta en forma directa en contra de la previsión legal. Dice que " Allí si se puede hablar de una verdadera rebelión del sujeto contra el precepto penal. El contenido psicológico del dolo se puede determinar, por esto mismo, en forma mucho más simple que tratandose de culpa ".

CONCLUSION: - Con base en el estudio anterior podemos decir sin temor a errar, que encontrar el contenido psicológico de la culpabilidad culposa es una cuestión bastante compleja, un estudio arduo en que los tratadistas de derecho no han podido ponerse de acuerdo. De allí que son muchas las teorías que han surgido al respecto de acuerdo

a la manera como cada autor enfoca el problema. Al iniciar este capítulo dijimos que debe existir una relación de causalidad entre la conducta ilícita del agente y el resultado que consuma el delito. El doctor Vicente Arenas comenta que " el hecho u omisión culposa pueden no ser la causa única del resultado" porque entre el resultado y la culpa inicial pueden presentarse otras causas o concausas "que contribuyen a producir la muerte sin que por ello deba considerarse inexistente o neutralizada la relación de causalidad".

Según el mismo autor hay quienes piensan "que si entre la culpa inicial y la muerte (culpa mediata) se interpone la culpa de otra persona (culpa inmediata), el primero que obró con imprudencia, negligencia, etc., no es responsable penalmente porque su culpa no fué causa de la muerte sin ocasión de la misma" y conceptua que " la culpabilidad del causante inmediato no excluye necesariamente la del causante mediato porque la muerte de una persona puede ser el resultado de culpas imputables a varios individuos, cada uno de los cuales puede resultar responsable, no a título de complicidad en la culpa de los demás, sino por la suya propia.

Existe además, y así lo expone el Doctor Arenas, el problema de la compensación de culpa, que es la suma de las culpas de víctima y victimario, y que " no puede sostenerse, en términos absolutos que las dos culpas se neutralizen jurídicamente y que por esa razón no deba deducirse responsabilidad al victimario". Agrega, el autor aludido que, " tampoco sería exacto sostener que, sin excepción, debe deducirse responsabilidad al autor material de la muerte prescindiendo por completo de la culpa de la víctima". Dice que " las dos proposiciones son igualmente equipocadas, porque en unos casos puede ser verdad lo primero y en otro lo segundo". Sostiene que es peligroso generalizar en esas materias porque se corre el riesgo de convertir

en delitos culposos lo que son casos fortuitos y viceversa. Atribuye a los jueces la facultad de "pronunciarse concretamente en uno u otro sentido, teniendo en cuenta las modalidades y circunstancias de cada caso y los principios generales que rigen en cada culpa.

Vistos los conceptos anteriores no cabe duda de que estamos ante un problema complejo en que los autores no han podido llegar a un acuerdo. De allí las varias teorías sobre la esencia de la culpa - que expondremos en los capítulos siguientes.

T I T U L O II

C A P I T U L O I

TEORIAS SOBRE LA ESENCIA DE LA CULPA

Anunciamos en el capítulo anterior que el problema del contenido psicológico de la culpa era muy complejo, de tal manera que los tratadistas de derecho no habían logrado ponerse de acuerdo respecto a él. De allí que cada autor haya ideado su teoría de acuerdo con su propio criterio. Estas teorías han sido divididas por dichos tratadistas de derecho en teorías subjetivas y objetivas.

De acuerdo con la teorías subjetivas para que haya culpa es necesario que exista determinado elemento subjetivo que debe contener la conducta calificada de culposa. Las teorías objetivas en cambio, desconocen la existencia de una relación síquica entre la conducta y el resultado, es decir, entre el sujeto y el hecho" y afirman la esencia

de la culpa basandose en una calificación objetiva de la conducta o en una modalidad de ella, o en la relación causal entre la conducta y el resultado y también en la naturaleza del bien jurídico ofendido".

Dice el doctor Bernal Pinzón que " en estos casos la culpa no se presenta como una forma de culpabilidad, sino que se encuentra en la ilicitud o se expresa como una modalidad del hecho ".

CONCLUSION.- En este capítulo enunciamos los dos grandes grupos - en que los tratadistas dividen las teorías sobre la esencia de la culpa: en objetivas y subjetivas. Aun cuando defendidas por algunos tratadistas las teorías subjetivas parecen ser las que tienen menos aceptación por prescindir completamente de la relación síquica existente entre la conducta y el resultado, sin considerar el concepto de previsibilidad consagrado en el artículo 12 de nuestro Código Penal en su parte general, y otros conceptos como el de negligencia e imprudencia.

Tienen mayor aceptación las teorías subjetivas defendidas principalmente por el penalista alemán Almendingen y por el profesor Francesco Alimena.

En el siguiente capítulo presentaremos en forma leve las principales teorías subjetivas por considerarla de mayor aceptación.

C A P I T U L O I I

TEORIAS SUBJETIVAS

Las teorías subjetivas sobre la esencia de la culpa son presentadas en magnifico resumen en su libro titulado " El Homicidio" por el Doctor

Bernal Binzón a ellas nos referimos a este capítulo.

Dice el aludido autor de las teorías subjetivas, que "son las que realmente plantean el arduo problema de la culpabilidad culposa", y agrega; " Entre las diversas concepciones de la culpa existe una gama de opiniones sobre el contenido de la conducta culposa. Unos dicen que ese contenido consiste en un vicio de la inteligencia; - otros que en un vicio de la voluntad, o también en la sospecha de dolo; o en haber tenido una conducta peligrosa; y hay quienes dicen que en el error, y, finalmente, en la imprevisibilidad, o mejor, en la no previsión de lo previsible."

El penalista alemán Almendinger sostuvo que la culpa se origina en un vicio de la inteligencia, y que por ser un vicio de la inteligencia y de la memoria no debería ser sancionada, sino debería tomarse como un quasi-delito civil dando lugar únicamente al correspondiente resarcimiento de los daños causados. Y en defensa de su tesis, según nos remite el doctor Bernal sostuvo que " quién causa por imprudencia o negligencia un mal a otro, no lo quiso, porque si lo hubiera querido no se daría simplemente la culpa, sino el dolo; no lo previó, porque si lo hubiera previsto como un resultado de su acción u omisión, de su imprudencia o negligencia, y si ello no obstante realizare o dejare de realizar el acto del cual resulta el mal, deberá considerarse como si hubiera querido el acto, y siendo ello así no habría culpa, sino dolo. No existe pues, en el agente, en los casos de culpa, ni voluntad, ni intención, ni menos conciencia o previsión del mal. La culpa es un vicio de la inteligencia y de la memoria, consiste en una falta de atención. Ella puede acarrear responsabilidad civil, pero jamás, en buena lógica jurídica, responsabilidad penal".

Riccio crítica esta teoría y para lo cual se basta "en que el juicio sobre la culpabilidad tiene por objeto siempre y en todo caso un proceso psicológico una actitud voluntaria del sujeto" por lo tanto, "El mero defecto de la inteligencia o del saber, no puede dar base para formular ese juicio en que consiste la culpabilidad". Y el juez penal según la cita de un tratadista alemán transcrita por Riccio, dice el doctor Bernal "no tiene nada que ver con la estupidez, sino con la malicia". "debiendo tener en cuenta además- prosigue - que si la culpa se formula sobre un defecto de la inteligencia y del saber, para corregir una deficiencia de la inteligencia la única reacción posible sería la instrucción. En todo caso, la responsabilidad penal se pone como consecuencia y en función de la conducta del sujeto, la cual presupone siempre una actitud síquica. Todo acto de la facultad interactiva es en sí mismo indiferente, excepto si se considera en relación con la voluntad el intelecto no piensa porque quiere, sino porque debe".

Dice el autor del " El Homicidio: " Casi el mismo camino siguió Filangiere al formular su teoría sobre la esencia de la culpa, que Riccio "culpa - como deficiencia del conocimiento y de la voluntad".

A esta teoría la critica Riccio en los siguientes términos: " La teoría que ahora rechazamos, se limita a admitir que el delito culposo es sancionado en cuanto existió un vicio de voluntad mezclado con un defecto del intelecto, es decir, reconoce que ha sido causado por una acción de la voluntad, pero no determina el contenido síquico del acto, o sea la relación entre el acto y la voluntad del agente".

CONCLUSION:- Como puede observarse, según las teorías subjetivas, para que haya culpa es indispensable el elemento subjetivo" que debe contener

la conducta calificada de culposa".

Nuestro Código Penal está orientado de acuerdo con las teorías subjetivas, pués en el artículo 12 establece que " hay culpa - cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

Analizando el mencionado artículo encontramos que elementos subjetivos indispensables para que haya culpa es la " imprevisibilidad-sin previsión", porque el agente no previó lo que hubiera podido prever .

El doctor Pacheco Osorio sostiene que "la previsibilidad sin previsión es el alma de la culpa y lo que la diferencia del caso fortuito, en el cual no hay previsión ni previsibilidad".

Y más adelante agrega : " nuestra ley, además de hacer consistir la culpa en la previsibilidad sin previsión, dice que la hay cuando el agente, apesar de haber previsto los resultados nocivos de su acto - confió imprudentemente en poder evitarlos. Parece a primera vista que el legislador colombiano se hubiese apartado de la doctrina tradicional que hace radicar la culpa sólo en la previsibilidad sin previsión. Sin embargo no es así, porque el confiar en que se podrá evitar un evento equivale a prever que sucederá. Aquí se presenta lo que los alemanes llaman la culpa consciente, para distinguirla de la inconsciente, que es aquella en que falta por completo la previsión".

T I T U L O I I I

C A P I T U L O I

EL ERROR COMO FUNDAMENTO Y ESENCIA DE LA CULPA

El error como fundamento y esencia de la culpa es una de las más interesantes teorías subjetivas sobre el problema relativo al contenido psicológico de la culpa. La expuso el profesor Francesco Alimena, pero sus conclusiones, sin duda de mucha importancia, fueron muy combatidas por los tratadistas colombianos pero de todas maneras sus conclusiones tienen gran importancia porque contribuyeron a arrojar un poco de luz sobre el debatido problema de la esencia de la culpa.

Según afirma el doctor Bernal Pinzón, " la teoría de Francesco Alimena se cataloga entre las que afirman que la esencia de la culpa es un vicio de la inteligencia, por la obvia razón de que si su esencia está en el error, siendo este precisamente un vicio de la inteligencia y no de la voluntad, la culpa radica en un defecto del intelecto, tal como lo afirma el propio autor".

El profesor Alimena explica la tesis con las siguientes palabras: "para que exista culpabilidad es necesario que al lado de la conducta consciente y voluntaria, exista dolo o culpa. Como habíamos dicho, el dolo es una actitud voluntaria que se presenta no solo cuando el agente dirige su acción a un resultado prohibido, sino también cuando conoce las reales circunstancias dentro de las cuales opera. En efecto, cuando se incide en error sobre tales circunstancias, no hay dolo (ejemplo, legítima defensa putativa simple o putativa culposa).

" Como habíamos dicho, la culpa es una actitud involuntaria que se pre-

senta cuando el agente dirige su acción a un resultado lícito, mientras que por un error ocasiona uno prohibido o cuando, aunque dirija su acción a un resultado prohibido, creía por error poderlo producir porque ignoraba las reales condiciones en que obraba (légítima defensa putativa culposa) . Es evidente que tanto en algún caso como en otro, el error debe ser evitable (vencible) ; sino lo fuera, se daría, no yá la culpa sino el caso fortuito . Por consiguiente, cuando se presenta un error que podría ser evitado, se establece aquella especie de culpabilidad, es decir, aquellas referencias siquicas que se llama culpa".

Hasta aquí, la explicación que el profesor Francesco Alimena dá a su teoría sobre el contenido sicológico de la culpa, la cual fundamenta en el error. Teoría por lo demás interesante, pero que, como ya se dijo, ha sido muy controvertida por varios autores Italianos.

CONCLUSION.- No estamos de acuerdo con algunos conceptos emitidos por el profesor Alimena en su teoría sobre " el error como fundamento y esencia de la culpa". Que la culpa es una actitud voluntaria que se presenta cuando el agente dirige su acción a un resultado lícito", es algo que no admite duda y por lo tanto estamos de acuerdo con ello. Pero en lo que si no estamos de acuerdo es en que la culpa sea siempre resultado de un error, pues si en algunos casos la culpa proviene de un error, en otros nó. Para que se entienda mejor nuestro concepto lo ilustramos con los siguientes ejemplos; hay un error cuando el cazador que persigue un jaguar en un bosque solitario observa que en un matorral se mueve algo y dispara porque creyó percibir la pinta que distingue al animal através del folaje causándole la muerte. Pero resulta que no se trataba de un jaguar sino de un humilde campesino que,

vestido con un viejo uniforme de los que usan los soldados en campaña, muy semejantes a la piel de un jaguar, se dedicaba a la caza de algún animal.

No hay error cuando dos obreros de una construcción arrojan de un tercer piso a la calle bloque de cemento desechabê y dan muerte a una persona que ocasionalmente caminaba por ese lugar. En ese caso hay imprevisión por negligencia, porque lo lógico hubiera sido mirar hacia abajo antes de lanzar el bloque.

Con estos dos ejemplos creo que es suficiente para comprender que no siempre la culpa se origina en un error como lo sostiene en su teoría el profesor Alimena.

C A P I T U L O I I

CRITICAS DE FILIPPO CRISPIGNI

Los argumentos más sólidos y más contundentes empleados para desvirtuar las afirmaciones del profesor Francesco Alimena, con su teoría del error como fundamento y esencia de la culpa, fueron los de Filippo de Crispigni, quién ha sido considerado como " uno de los más grandes maestros de la ciencia penal italiana". quién murió antes de publicar un tercer volumen de derecho Penal sobre el tema de la culpabilidad, según nos dice el doctor Jesus Bernal Pinzón. Para refutar la teoría de Alimena, Felippo de Crispigni dice que - según aquel, " la culpa consistiría siempre en una imprudencia, negligencia, etc. sería en todo caso efecto del error". Entiende que - según esta teoría" el error sería la causa de la imprudencia, la negligencia, etc., en que consiste o se manifiesta la culpa. Pero - manifiesta Grispigni que la afirmación de Alimena lo dejó un poco -

incierto porque este autor " también afirma que el error debe depender de falta o de deficiencia de atención y que con un esfuerzo se podía evitar". Se pregunta si la falta de atención que causa el error no es también negligencia y si en la culpa deben existir dos negligencias, y si cuando se trata de violación de leyes, reglamentos etc. también debe ser esta forma de culpa efecto del error, y si el agente ha realizado con plena conciencia tal inobservancia, en donde está el error?

Grispegni, afirma que " el error no es causa de la culpa, sino solamente de la resolución voluntaria de observar la conducta de que se deriva el resultado". Dice además, según nos manifiesta el doctor Bernal, que "como el error por sí mismo no es culpa, sino sólo cuando es inexcusable, de esta suerte la culpa debe ser buscada en este momento, y por tanto, ella es la causa y no efecto del error. De ahí que sigue también que en relación con la inobservancia de leyes, que es causa de un resultado dañoso, la culpa debe buscarse en el momento y en las causas de la resolución voluntaria relativa a la conducta, que se presente como inobservancia de leyes etc."

Persigue el doctor Bernal Pinzón refiriéndose a las críticas de Grispegni: " el citado tratadista también incluye en su crítica aspectos puramente doctrinarios, como el de que la escuela positiva (de la cual fué Grispegni uno de sus más sobresalientes representantes), había sostenido la tesis afirmada por Alimena de que "no puede haber culpa sin que exista error", con la diferencia de que la escuela positiva llevó esta premura a conclusiones más definitivas de lo que hiciera Alimena, en cuanto afirmó que la culpa no es más que una

"deficiencia en la esfera de la afectividad". Todo esto como es obvio, llevó a los positivistas a intentar una explicación "Positivista" de la culpabilidad, o vincular la culpabilidad a la psicología o a la personalidad completa del autor, para demostrar que la culpabilidad es siempre y por sobre todo una defectuosidad del síquismo que puede interesar diferentes aspectos o esferas de la compleja personalidad del hombre".

CONCLUSION:.- A mi modo de ver las críticas de Grispigni a la teoría de Alimena son convincentes. El error no puede ser la causa de la imprudencia ni de la negligencia, solo el resultado dañoso puede ser consecuencia del error como lo es también de la imprudencia y de la negligencia. De allí, que entre el error, la negligencia o la imprudencia debe haber una relación de causalidad para que configure la culpa. Si el albañil arroja la piedra a la calle y dá muerte a un transeunte hubo de su parte negligencia por imprevisión y por esa negligencia se produjo el resultado dañoso. Allí no tiene cabida el error. En cambio cuando el cazador dispara contra algo que se mueve en un matorral creyendo que se trata de un animal y mata a una persona, sí hubo error y por ese error se produjo el resultado dañoso. En ambos casos hay culpa: por negligencia en el primero y por error en el segundo. Con esto queda claro que el error solo puede ser causa del hecho culposo y no de la negligencia ni de la imprudencia.

En cuanto a la inobservancia de leyes o de reglamentos tampoco puede haber error. Cuando el chofer pone en marcha su vehículo en un lugar centrico y concurrido a velocidad mayor que la permitida por los reglamentos del tránsito, no lo hace por error, pues él sabe que está contraviniendo un reglamento.

Lo mismo suceda cuando el chofer dirige su vehículo en contra-vía haciendo caso omiso de las señales de tránsito; si en uno de los dos casos citados el chofer dá muerte a una persona, hay culpa - por inobservancia de reglamentos, pero no por error.

Hechas las observaciones anteriores quedan explicadas las razones por las cuales creemos que las críticas de Crispigni a la teoría de Alimena son aceptadas.

TITULO IV

CAPITULO I

TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD

La teoría de la previsibilidad es una de las teorías subjetivas que ha tenido mayor aceptación en las legislaciones de diversos países - a pesar de las fuertes críticas que ha soportado. Nuestro Código Penal la acogió en el artículo 12 al establecer que " hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido - preverlos o cuando a pesar de haberlos previstos, confió imprudentemente en poder evitarlo."

Según Manzini, la doctrina de la previsibilidad es la más antigua y - las mas difundida, " que funda la imputabilidad a título de culpa - sobre el concepto subjetivo de la falta de previsión del resultado - que se había podido y debido prever".

Carrara también acepta la doctrina de la previsibilidad cuando define la culpa como " la voluntaria omisión de diligencia en calcular las -

consecuencias posibles y previsibles del propio hecho". Explica que la omisión es voluntaria " porque si bien en los actos culposos existe un vicio de la inteligencia que consiste en no haber previsto las consecuencias de un acto determinado, dicho vicio de la inteligencia debe haber tenido su origen en la voluntad. Dice además que " si la culpa fuera un vicio de la inteligencia, ella por necesidad lógica, no sería imputable, ni moral, ni políticamente". De esta teoría, el doctor Bernal concluye que " el fundamento de la imputación penal de la culpa radica en que se trata de un hecho que se puede y se debe vincular a la voluntad".

Comentando la definición de Carrara, continua el doctor Bernal: " En la definición se habla de consecuencias previsibles, porque la esencia de la culpa está toda en la previsibilidad. Pero es necesario entender bien el concepto de previsibilidad como cosa diferente de la previsión. Se puede no prever en forma alguna una consecuencia que después se causa. Se puede prever como posible, pero esperar evitarla y luego no lograr evitarla. Se da la mera culpa no solamente en la primera hipótesis, sino también en la segunda, con tal que no opere con el fin de dañar; si se obra con el fin de dañar en esta segunda hipótesis, el hecho es doloso, porque el dolo emerge del primer fin. Pero si obra con un fin inocente, no existe respecto al segundo efecto sino culpa, porque tanto vale no prever un efecto cuanto prever que no sucederá. Existiría contradicción en quién dijese: " tú has previsto que aquello no sucedería, por tanto tu has previsto que aquello sucedía".

Carrera no está de acuerdo con quienes sostienen que para clasificar la culpa en lata, leve y levisima tienen en cuanto la mayor a menor posibilidad del efecto dañoso mismo, pues el considera que "hay que determinarla con base en la mayor o menor posibilidad de efecto".

" En esta teoría- manifiesta el doctor Bernal- que se conoce como - clasica de la culpa, escribe Riccio, el resultado no es verídico, - pero se responde por el, porque era previsible. No existe culpa sin previsibilidad. La esencia de la culpa, para esta orientación, radica en dos aspectos : la falta de voluntad de resultado y la previsibilidad de ésta. Es negligencia consistente en no prever o no haber previsto - lo que era previsible o que se habria podido prever. Hay dolo cuando - el resultado dañoso ha sido previsto y querido,; culpa, cuando dicho - resultado, aunque previsto, no fué querido; caso fortuito, cuando no - era previsible" Raul Machado, condiciona la imputabilidad penal, además del resultado a voluntariedad del acto, la falta de previsión del efecto dañoso y la posibilidad de haber sido previsto ese efecto, " La pre- visibilidad fija el límite entre la culpa y el caso fortuito, en el sen- tido de que frente al hecho imprevisible se alega la presencia del caso fortuito y, por lo mismo la no responsabilidad" y al respecto dice el - doctor Bernal, haciendoseco a los planteamientos de Riccio " que la - previsibilidad es el límite necesario y suficiente para la existencia- de la culpa: necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, - o sea en lo fortuito; suficiente, porque más allá de ella, se entra en lo previsible y en lo voluntario".

CONCLUSION:- Vimos al exponer la teoría subjetiva de la previsibilidad que son muchos los autores que la aceptan pero cada uno difiere del otro

en sus conceptos.

Según Carrara el no calcular las consecuencias previsibles del propio hecho se debe a la voluntad y por lo tanto la imputación de la culpa es debida a un hecho que se debe vincular a la voluntad.

Para él la culpa no es un vicio de la inteligencia, sino que tiene origen en la voluntad. Considera que la esencia de la culpa está en la previsibilidad y que debe clasificarse de acuerdo con la mayor o menor posibilidad del efecto y no en la mayor o menor posibilidad del efecto dañoso mismo.

Según Riccio, no existe culpa sin previsibilidad, porque el resultado no es querido pero no se responde por él porque era previsible. Dice además que la esencia de la culpa radica en la falta de voluntad del resultado y la previsibilidad de este.

Raul Machado por su parte condiciona la imputabilidad penal a resultado, a la voluntariedad del acto, a la falta de previsión del efecto dañoso y a la posibilidad de haber sido previsto ese efecto .

El doctor Pañeco Osorio dice que " la previsibilidad sin previsión es, por consiguiente, el alma de la culpa y lo que la diferencia del caso fortuito, en el cual no hay previsión ni previsibilidad ". Y además que " la previsibilidad con previsión, que es la esencia del dolo, diferencia a éste de la culpa, en forma que puede establecerse la siguiente escala: cuando previsibilidad ni previsión existe el caso cuando hay previsibilidad sin previsión, se integra la culpa, y cuando se da la previsibilidad con previsión concurre el dolo."

No hay duda, pues, de que la previsibilidad es el elemento esencial

que integra la culpa, según el concepto de los autores citados.

C A P I T U L O I I

CRITICA A LA TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD

Si bién la teoría de la previsibilidad es la que ha tenido mayor acogida entre los tratadistas de derecho penal, también es evidente que son muchas las críticas con buenas razones que se le han hecho.

Entre los enemigos de esta teoría hay autores de gran autoridad en esta materia como Manzini, Riccio Nanitti de Gujanga, Vannini y Arturo Rocco.

Del doctor Bernal Pinzón tomamos los conceptos de estos autores sobre las críticas menciona as teorías de la previsibilidad.

Según Manzini no tiene sentido apoyar la esencia y fundamento de la culpa sobre la previsibilidad, ya que según él, " todo lo que es posible puede suceder, y por consiguiente, se puede prever, y si todo lo que puede ser previsto se debiera evitar, la actividad individual llegaría hacer tan embarazosa que no se podría hacer otra cosa que lo estrictamente necesario para la propia existencia". Dice además : tan cierto es esto, que los seguidores de la teoría de la previsibilidad, con el fin de evitar las iniquidades a que frecuentemente conduciría su aplicación, se han visto obligados a recurrir a la trasnochada distinción entre culpa leve , culpa grave y culpa levisima, equiparando arbitrariamente esta última al caso fortuito. De otra parte, es absurdo reprochar a una persona el no haber previsto lo que otra, más inteligente o prudente habría podido prever". Para dar mas consistencia a sus criticas

Manzini cita a Cesare E. Cívoli, quién expresó: " no siempre nuestras acciones se coordinan en nuestras previsiones, y de todos modos, de lo que debemos dar cuenta a la justicia es del obrar y no del prever. La justicia penal no debe pedir cuenta al hombre de sus previsiones sino de sus acciones; el mal que habíamos prever o que habíamos previsto poder causar realizando un acto o absteniendonos de cumplirlo, puede convertirse en socialmente dañoso, y por consiguiente punible este acto u omisión, pero es el acto o la omisión lo que debe imputarse en los casos concretos y no el mal voluntariamente producido" .

Agrega Manzini: " si se habla de un deber de previsión, no se comprende como se puede afirmar esta obligación por parte de quién admite que en la mente del autor falte la idea del resultado. Es manifiesto que si el agente culposo hubiera no solo prever sino debido prever el resultado querido, no habría tenido la conducta que dió causa el resultado, o habría obrado, en el caso contrario, con dolo. Se presupone de esta manera y en forma ficticia, actitudes individuales de las cuales el hecho demuestra que el agente está de provisto".

En sus criticas a la teoría de la previsibilidad como fundamento y esencia de la responsabilidad culposa, Riccio dice que la previsibilidad " no es elemento esencial constitutivo de la culpa ". Agrega que la previsibilidad " incide sobre la inteligencia y no sobre la voluntad; que no indican el contenido de la relación de negligencia entre el sujeto agente y el resultado. Pero puede constituir un límite mas alla del cual no es posible la culpa; pero no recoge el contenido de la misma; señala el confín más allá del cual no es dable reconocer ninguna relación entre el sujeto y el fruto, pero nom especifica ni califica el contenido de

la relación de inteligencia. De donde se puede deducir que la teoría se presenta trunca e insuficiente ". Y continua: " además, si para la culpa se busca un nexo subjetivo entre el resultado y el sujeto, a través de la acción, tal nexo no puede ser ofrecido por la previsibilidad, que, desde el punto de vista sicologico es un dato negativo. Para que exista acción imprudente o negligente, no es necesaria la previsibilidad del resultado. Se trata de una calificación de la acción para la cual se prescinde de la previsibilidad. Con esto no pretendemos negar que la previsibilidad puede presentarse en la culpa y puede constituir criterio útil para exterminar el límite entre la culpa y el caso fortuito, sino que queremos afirmar que ella no es elemento, ni esencia ni presupuesto, ni fundamento de la culpa; una cosa es admitirla como posibilidad y otra es darle valor relevante hasta colocarla como elemento o esencia de la culpa. Si puede existir culpa sin previsibilidad, es necesario concluir que la previsibilidad no hace relación a la esencia de la culpa ".

Vannini expresa : " querer colocar la culpa en una reprochable falta de atención indagadora es decir, en el hecho de que el hombre ha omitido ejercitar aquella atención y aquella reflexión que le había hecho prever lo previsible, es como transportar la esencia del delito culposo de la acción a las modalidades del proceso sicologico que determinaron el acto de voluntad externamente manifestado con la acción; entonces nos colocamos inconcientemente frente a un dilema bastante serio: o esta omisión es conscientemente negligente reprochable y entonces la culpa está en la acción, en el haber obrado consciente del peligro, y se entra de este modo en la culpa consciente; o la omisión es inconscientemente negligente, y en tal caso se coloca la esencia del delito

en un estado de conciencia negativo, sobre el cual nada puede operar la voluntad imperativa de la norma. "

Ampliando sus críticas a la teoría de la previsibilidad, Vannini escribió más tarde: " la posibilidad de prever es una actitud de la inteligencia; por consiguiente, la falta de previsión de lo - previsible, o , en otras palabras, el no haber tenido, en el momento de la acción, la sensación de obrar imprudentemente, demuestra un vicio de la inteligencia y nada más. Pero la culpabilidad es atributo de la voluntad y no de la inteligencia. ? Y entonces ?. Aquí está el punto delicado de la cuestión; el punto en el cual, a pesar de la hábil y sutil dialectica de algunos autores sus tesis llegan hacer , por sus mismos argumentos completamente rechazadas". Arturo Rocco dice que " la doctrina el criterio que funda la distinción entre delitos dolosos y culposos sobre la previsibilidad o imprevisibilidad del resultado, puede considerarse definitivamente abandonadas por las más autorizadas doctrinas y no fué adoptada - por el código de 1.889. La culpa en verdad está constituida, no por la previsibilidad y la falta de previsión del resultado, sino por la negligencia, impericia o inobservancia de específica regla de conducta (y es en definitiva, la noción del Código de 1.889) que ha producido un resultado no querido (Esto es, contra la intención) - sí bien tal resultado era previsible" .

Manifiesta el doctor Bernal Pinzón que los partidarios de la teoría de la previsibilidad, tomada como fundamento y esencia de la culpa ni siquiera la sostienen cuando hay que aplicarla a los casos de -

culpa por violación de reglamento y cita a Impallomeni: " sin embargo, un examen especial de la previsibilidad resulta nugatorio en el caso de inobservancia de reglamentos, ordenes o disciplinas. El solo hecho de que tal inobservancia sea la causa del resultado siniestro hace por ley responsable del delito culposo sin que sea necesario indagar si con - arreglo a la capacidad que la experiencia humana ordinaria, hayan sido previsibles en el momento de la contravención, los efectos lesivos de ésta. La culpa es inherente a las circunstancias de que se incurran en cosas ilícitas, contra viniendo el precepto legal, puesto que de ese modo se elude la previsión de la ley, destinada a suplir la imprevisión de los ciudadanos".

" La diferencia entre la imputabilidad de los delitos culposos derivados de imprudencia o negligencia, y las de los que se derivan de la inobservancia de un precepto legal, o de impericia en el ejercicio de una profesión o de un arte, reside solo que en el primer caso se debe probar - que la acción de la gente contra-dice la capacidad común de previsión - y en el segundo y en el tercer caso, tal contradicción la presume la ley".

Igualmente descartan la previsibilidad en los casos de violación de reglamentos Alfredo de Mariscos y Francisco Alimena entre otros.

CONCLUSION.- Estudiada la teoría de la previsibilidad, así como las críticas a que ha sido sometida podemos observar que son diversos los conceptos omitidos por autorizados autores.

Pero las críticas a tal teorías corresponden al punto de vista personal de cada autor de acuerdo con el análisis que de dicha teoría haya realizado. Unos afirman que " no tiene sentido apoyar la esencia y fundamento de la culpa sobre la previsibilidad". Otros, " que no -

siempre nuestras acciones se coordinan en nuestras previsiones"...."
 qué la justicia penal no debe pedir cuenta al hombre de sus previsiones,
 sino de sus acciones; " que si el agente culposo hubiera no solo podido
 prever, sino debido prever el resultado no querido, no habría tenido la
 conducta que dió causa al resultado, o habría obrado en el caso contra-
 rio con dolo".

También se dijo que " para que exista acción prudente o negligente no es
 necesaria la previsibilidad del resultado "; " que la posibilidad de -
 prever es una actitud de la inteligencia "; " pero que la culpabilidad
 es atributo de la voluntad y no de la inteligencia" .

De todas esas críticas se puede sacar en conclusión que algunas son muy
 aceptadas pero en cambio existen otras que se sustentan sobre bases -
 muy endebles.

Nosotros opinamos que, aun cuando nuestro código penal consagra la previ-
 sibilidad en su artículo 12, esta no es indispensable para la existen-
 cia del delito culposo, y en ese aspecto estamos de acuerdo con algunos
 críticos porque debemos tener en cuenta que aún los mismos partidarios
 de la teoría de la previsibilidad la descartan cuando se trata de resul-
 tados producidos por violación de reglamentos o por el ejercicio de un
 arte o profesión. Y si en la violación de reglamento o en el ejercicio
 de un arte o profesión hay culpa sin que el resultado haya sido previ-
 sible eso significa que la previsibilidad no es la esencia y fundamento
 de los delitos culposos. Basta que el resultado se produzca por impru-
 dencia, impericia negligencia o violación del reglamento para que haya
 culpa. Y el caso fortuito?. Es lógico que si en este el resultado no es
 previsible, tampoco hay negligencia ni imprudencia.

TITULO V

CAPITULO I

ESPECIES DE CULPA

En la definición que de culpa dá el artículo 12 de nuestro Código Penal se consagran dos especies de culpa: culpa inconsciente y culpa consciente. En la culpa inconsciente hay falta total de previsión: " cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos ". Es decir el agente no previó los efectos nocivos de su acto o lo que es lo mismo le faltó previsión, aunque resultado hubiera sido previsible y otra persona más inteligente o de mayor capacidad hubiera podido preverlo? Y hay culpa consciente cuando hay previsión; cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudentemente poder evitarlos , es decir, que el agente previó el resultado, pero no lo quiso y creyó que podía evitarlos Entonces, la diferencia consiste en que la culpa inconsciente el agente no previó el resultado dañoso y en la consciente si lo previó pero creyó que podía evitarlo porque no lo quería, porque de haberlo querido no había culpa sino dolo.

" De acuerdo con la naturaleza de la conducta inicial- dice el doctor Pacheco Osorio- se contemplan en la doctrina varias modalidades de culpa: por imprudencia, por negligencia, por impericia, y por inobservancia de las leyes, los reglamentos, las órdenes o instrucciones ".

Y el doctor Bernal Pinzón, después de enumerar las que el llama " formas ordinarias de manifestación de culpa" dice que en la

violación de reglamento consiste en la llamada culpa normativa - o culpa específica " porque cuando la conducta se opone a una norma específica de imprudencia o de negligencia, etc. se viola un mandato concreto y específico de tener un comportamiento acorde con las necesidades y las conveniencias sociales " y continua el autor citado : " se afirma que la manifestación de la culpa en forma de negligencia se realiza a través de una conducta omisiva o negativa, al contrario de lo que sucedería en los casos de imprudencia o violación de reglamentos, en los cuales la conducta culposa se manifiesta a través de una conducta activa. Por su parte la culpa que se expresa en forma de impericia puede ser indistintamente in agendo o in omittendo.

por su parte el doctor Pacheco Osorio expresa : " la imprudencia - implica un poco de actividad en el agente, que hace caso omiso en todo o en parte de sus poderes inhibitorios y obra ligeramente y sin - cautela. Es lo contrario de la imprudencia" y más adelante continua: " la negligencia entraña un defecto de atención o de acción, mediante el cual el agente descuida o viola los deberes genéricos a que debe someter su conducta para evitar perjuicios a terceros. Es lo contrario de la diligencia.

" Impericia es falta de idoneidad suficiente para el ejercicio de un oficio, arte o profesión. Es la forma específica de la culpa profesional, y para determinar si existe o no, se toma como punto de referencia la idoneidad media . No es necesario por consiguiente para excluir la culpa que el agente hubiera realizado los actos con la habilidad con que lo realizaría un sujeto excepcionalmente experto en el oficio, arte o profesión de que se trate, ni basta que la hubiese

ejecutado con la escasa destreza de un torpe profesional. Pero como dije antes la impericia entraña imprudencia o negligencia : el cirujano, por ejemplo, que se aventura a realizar una operación audaz respecto de sus conocimientos y experiencias y a consecuencia de ella sobreviene la muerte del paciente, ha incurrido en impericia por imprudencia; si el mismo profesional, por no estudiar cuidadosamente el caso deja de adoptar todas las precauciones recomendadas por la ciencia para determinada intervención quirúrgica, y a virtud de ello fallece el enfermo, ha incurrido en impericia por negligencia".

En la llamada culpa consciente el agente se representa el resultado; pero su voluntad no se encamina a producirlo.

Dice Bernal : " la ley, en la definición de esta especie de culpa, establece dos requisitos esenciales : uno, que el agente haya previsto los efectos nocivos de su acto, o lo que es lo mismo, el resultado dañoso de su obra; y otro que haya confiado imprudentemente en evitarlo. De suerte, que, para muchos, la culpa radica no tanto en el acto de la previsión del resultado, como en la imprudencia expresada al actuar sobre la base de poder evitarlos." Y agrega: " con este modo de razonar , tendríamos que el factor primordial de esta especie de culpa no es propiamente la previsión del resultado dañoso, sino la imprudencia en el actuar. Así como por ejemplo el pensamiento de Pérez se apoya sobre la base del concepto de confianza imprudente , que sería un núcleo esencial sobre el cual se basa la culpa consciente. Partiendo de esa opinión, el autor sostiene la tesis de que en el ejemplo de Guillermo Tell y en el del lanzador de cuchillos que en el circo traza

la silueta humana, no habrá culpa en el caso de que se produzca un resultado dañoso, porque allí faltaría la confianza imprudente; dado que en los dos ejemplos se trataría de actividades desarrolladas por personas de mucha experiencia en sus respectivos oficios, - factor este que descarta la confianza imprudente".

" De modo que como, según este modo de pensar la previsión del resultado pasa a un segundo plano, yá que la culpa, pese a la previsión, se hace descansar solo sobre la imprudencia. De ser así las cosas, ¿ Qué diferencia existe entre la confianza imprudente, que caracterizaría la culpa con previsión, y la imprudencia de la culpa sin previsión?. Para nosotros no es lo mismo efectuar un hecho dañoso por imprudencia, cuando el sujeto que no previó tal resultado dañoso, que cometerlo cuando el agente si previó la posibilidad de que se causara. En ambos casos no es propiamente la imprudencia la que hace cambiar el contenido de la culpa, sino precisamente el hecho de la previsión del resultado dañoso. Esto es absolutamente elemental. De consiguiente, lo esencial en esta especie de culpa - es que el agente haya previsto que si realizaba determinada conducta podía ocasionar daño. Que ese daño se ocasionaba por imprudencia - por negligencia o por impericia, o por violación de reglamentos, - no hace cambiar la naturaleza de la culpa que sigue siendo culpa con previsión, por la simple razón de que existió la previsión .

Refiriéndose a la culpa profesional, el doctor Vicente Arenas expresa : " el título de idoneidad profesional, otorgado por las universidades y por establecimientos legalmente autorizados, no puede ser desconocido de buenas a primeras por los jueces, para imputar a impericias

actividades culposas que solo pueden serlo por otros aspectos: imprudencia, negligencia, incumplimiento de ciertos deberes ,etc."

" El título válidamente obtenido constituye presunción legal de que la persona es apta para ejercer la correspondiente profesión. Lo - cual no obsta para que un profesional - médico, odontologo, farma- ceutico, enfermeros especialmente- puedan incurrir en imprudencia o culpa punible. No es en esos casos la impericia lo que estructura la culpa, sino la imprudencia, la negligencia, el descuido consis- tente el no haber previsto el agente las consecuencias nocivas de su acto habiendo podido preverlas o en haber confiado imprudentemente- evitarlas, no obstante la competencia que en él se presume por ra- zón del título de idoneidad profesional".

" la idoneidad profesional, garantizada por un título que inspira - confianza, impone particulares deberes a las personas consagradas - a cuidar o defender la salud de los demás, Ellas, más que ninguna - otra, están obligadas a obrar con prudencia, diligencia, cuidado en sus relaciones con los pacientes, pues precisamente la actitud pro- fesional que se presume por razón del título las obliga a ser pru- dentes y esmeradas en el desempeño de su profesión u oficio".

" Sin embargo no basta un descuido cualquiera ni una equivocación en el diagnóstico, ni una falla en el tratamiento, para que la - muerte del enfermo pueda imputarse a culpa del profesional. Se ne- cosita para que pueda admitirse como prueba en contrario de la pre- sunción de idoneidad, que sea indiscutiblemente grave y evidencia - que el profesional, no obstante en título, obró con manifiesta im- pericia".

" Pero en la generalidad de los casos de culpa no radica propiamente

en la falta de idoneidad, sino en la inobservancia de prescripciones o procedimientos corrientes entre profesionales, en descuidos injustificables, en imprudencias notorias, en una palabra, en culpa que puede coexistir con la más probada y reconocida pericia ."

Y refiriéndose a lo expresado por Cuello Calón, transcribe:

" desde muy antiguo se exigió responsabilidad a los médicos por sus faltas profesionales imputables a negligencias o impericia, especialmente en el caso de muerte del paciente. Actualmente nadie duda de esa responsabilidad, y conforme a nuestro derecho, el médico que en el tratamiento de una enfermedad y merced a su negligencia, imprudencia o impericia, le causa la muerte será responsable de un homicidio culposo y punible conforme a las normas del artículo 558 probada la imprudencia del médico su responsabilidad no permite duda. Si la muerte y lo mismo puede decirse de las lesiones causadas, no es imputable a imprudencia o negligencia, si proviene v. gr. de un error en el diagnóstico o de un accidente imprevisto en la operación, no obstante las precauciones y cautelas empleados por el operador, no hay hecho punible."

CONCLUSIONES:- Si analizamos detenidamente lo escrito en este capítulo podemos concluir que existe la culpa inconsciente, cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, es decir que faltó la previsión, que el agente no previó las consecuencias nocivas que podría derivarse de su acto aun cuando otras personas si hubieran podido preverlo. Obró inconsciente del peligro, del daño que podría ocasionar con su hecho. Y que hay culpa consciente cuando el agente si previó los efectos nocivos de su acto pero confió imprudentemente en poder evitarlos. Es decir que el agente si previó el resultado dañoso pero no quería que se produjera, no tenía intención de producirlo -

y confió en poder evitarlo, pero confió imprudentemente. De allí que la imprudencia es un elemento de la culpa consciente. Hubo - imprudencia de la gente porque previó el resultado dañoso y sin- embargo realizó el acto que lo produjo pero confiado en que no - se produciría porque el no quería que se produjera. Faltó pues - la intención. Por eso hubo culpa y no dolo, porque para que exis- ta el dolo es necesario que la gente tenga el propósito, la inten- ción que se produzca el resultado dañoso.

Existe, según los autores la llamada culpa profesional que es la- que se configura cuando una persona con título de idoneidad profe- sional incurre en culpa punible ocasionada por imprudencia, negli- gencia o descuido al no haber previsto el agente el resultado noci- vo que podría producir un acto suyo. Pero no es suficiente para que haya culpa que un médico, por ejemplo, se equivoque en dar un diag- nostico o falla en el tratamiento del paciente, debe demostrarse que a pesar del título el médico obró con manifiesta impericia.

La imprevisión, la impericia, la negligencia la inobservancia del - reglamento y ordenes, etc. son modalidades de la culpa ya escritas- en este capítulo.

C A P I T U L O I I

CULPA CONSCIENTE Y DOLO EVENTUAL

Si estudiamos la definición que de culpa dá el artículo 12 de nuestro Código Penal podemos entender claramente que los elementos que estruc- turán el homicidio, la supresión de una vida humana por hechos positi- vos o por omisiones y la relación de causa a efecto entre los actos - u omisiones y el resultado dañoso, que en este caso la muerte de una -

persona. Vemos también que de los delitos culposos está ausente la intención o propósito de producir el resultado nocivo. Por lo tanto, según nos dice el doctor Rendón Gaviria, " no es jurídicamente tratar de incorporar el llamado dolo eventual en los delitos culposos, "

El doctor Pacheco Osorio, por su parte, dice que la previsibilidad con previsión " es la esencia del dolo, diferencia a este de la culpa, en forma que puede establecerse la siguiente escala: cuando no hay previsibilidad ni previsión existe el caso; cuando previsibilidad sin previsión, se integra la culpa, y cuando se da la previsibilidad con previsión, concurre el dolo. "

Manifiesta el citado doctor Rendón Gaviria, que según Prins, el dolo eventual se caracteriza porque el autor del hecho " ha querido el resultado, no ya como cierto (que es el caso del dolo determinado o indeterminado), sino como probable o posible. Ha aceptado de ante mano la eventualidad para el caso de que pudiera realizarse y de ahí que esta realización a la cual ha consentido se vincule a su voluntad y sea reprimida como voluntaria".

Y Ferrí expresa, según el mismo autor: " la última distinción del dolo, prácticamente útil, es entre dolo positivo y dolo eventual. El primero es la intención firme y decidida, acompañada de la voluntad de cumplir un acto delictuoso y realizar sus efectos. El otro es la simple representación ideal o previsión de que del propio acto pueden derivarse efectos delictuosos, pero no acompañada de la voluntad de producir tales efectos . La previsión de estos no basta a detener o modificar la actitud del individuo, pero el no los quiere y espera -

que no se verifiquen. El dolo eventual no es igual a la culpa por imprudencia, cuando ella el efecto dañoso no haya sido previsto ni pensado. Y el dolo eventual o es igual a la preterintencionalidad porque en ella el acto inicial es doloso, pero los efectos más graves no han sido previstos".

es difícil determinar los límites entre la culpa con previsión o culpa consciente y el llamado dolo eventual. Según la doctrina moderna el dolo está integrado no solo por el elemento intelectual o sea la representación, ni solamente por el volitivo o la intención, sino que ambos concurren en su integración. De tal manera que "el dolo, es por lo tanto representación e intención de resultado prohibido. Dice el doctor Bernal Pinzón, que como lo indicó Binding, " todas las cuestiones relacionadas con el tema del dolo tienen que referirse a estos tres factores esenciales: representación, voluntad (intención) y resultado." Y agrega:

" de consiguiente, el problema del dolo radica fundamentalmente en las relaciones que se deben establecer entre la representación y la voluntad (intención); entre el resultado representado y el resultado querido. Esta ecuación jurídica tropieza con mayores dificultades en casos como el de dolo eventual, en el que no existe una correspondencia exacta y directa entre representación (resultado representado) e intención (resultado querido). Cuando la intención que es voluntad dirigida a producir un resultado previamente representado, se dirige a producir ese resultado, no hay dificultad alguna: estamos en presencia de un dolo directo, en el cual hay correspondencia entre representación e intención frente al resultado".

" la cuestión se complica cuando no existe esa correspondencia. Cuando representación e intención no tienen un mismo objeto. Alimena plantea el problema con su habitual claridad en los siguientes términos" el problema de la distinción de las dos zonas (la de la culpa consciente y la del dolo eventual) entra en el vasto problema de los resultados previstos como posible, pero no perseguidos directamente. Conforme a otros resultados no surge cuestión alguna. Los resultados perseguidos directamente sean previstos como ciertos o sólomente como posibles, deben ser seguramente imputados a títulos de dolo; de la misma manera como deben ser imputados a título de dolo los previstos como ciertos, aun cuando no perseguidos directamente, Y no puede surgir controversia sobre los resultados no previstos, pues estos, cuando su previsión era posible deben imputarse a título de culpa inconsciente. Pero ¿ Quid Iuris respecto a los resultados previstos sólo como posibles y no perseguidos directamente ? ¿ deben imputarse a título de dolo eventual o de culpa (con previsión.)? o mejor, ¿ cuando deben imputarse a título de dolo y cuando a título de culpa)"

" A su turno Antolisei, al examinar las relaciones entre voluntad (intención) y resultado, explica que no hay duda sobre un punto o sea sobre la consideración de que deben tomarse como queridos los resultados a los cuales se dirigía la voluntad del agente, es decir, los resultados que constituyen el fin o uno de los fines por los cuales el sujeto ha obrado. En este caso exactamente se habla de resultados intencionales, porque la intención no es otra cosa que la voluntad dirigida hacia un fin. Si embargo, con no poca frecuencia

ocurre que el sujeto ha previsto cierto resultado, pero no ha obrado precisamente con el fin de producirlo". Más adelante - expresa " en cuanto a la explicación técnica de la cuestión - planteada, se han enfrentado dos tesis radicales y extremas - la de la representación, que considera doloso el resultado - por el solo hecho de que el agente lo haya previsto (se lo haya representado); y la de la voluntad, que exige algo más que la - simple previsión, y que es precisamente la voluntad del resultado".

" aplicada en toda su amplitud la teoría de la representación, - habría que aceptar que todos los resultados previstos como posibles deben ser tenidos como dolosos, con lo cual no habría sitio para colocar la culpa con previsión, que de esa manera vendría a confundirse con el dolo eventual, y así lo existiría la diferencia que es precisamente el tema de este estudio".

Dice Carnelutti que al aplicar la teoría de la voluntad se llegaría " a resolver el problema con el problema, puesto que no se puede deducir la orientación o dirección de la voluntad de voluntad - misma" y Alimena : " el resultado es doloso cuando es querido, lo que significa no decir nada, porque se trata precisamente de ver - cuando el resultado que no ha sido perseguido directamente, deberá considerarse querido. "

Expresa el doctor Bernal, que los partidarios de la teoría de la representación agregan a su construcción el criterio de la probabilidad que Gallo explica de la siguiente manera: " el agente estaría - en dolo si se ha representado como más probable la verificación antes que la no verificación del resultado; en culpa, en el caso -

contrario. Se observa sin embargo, que la norma penal busca prohibir sólo aquellos comportamientos que están acompañados de la representación del resultado como inevitable, y entonces no es conceptualmente admisible un dolo eventual; o en cambio impone la obligación de abstenerse de la conducta también cuando se nos representa la simple posibilidad de un resultado dañoso, y entonces aparece arbitrario realizar en el ámbito de la posibilidad distinciones de carácter cualitativo, cuando solo existen diferencias de naturalezas cuantitativa; y además, porque las diferencias que median entre la imputación a título de culpa y la que se formula por dolo, no se pueden establecer sobre la base de distinciones puramente cuantitativas, ya que en la práctica sería muy difícil de terminar cuando comienza la probabilidad y cuando termina la posibilidad, de suerte que se colocaría al juez en la necesidad de realizar una investigación prácticamente irrealizable."

Con miras a buscar una solución más acorde con la realidad, la doctrina recurrió a los estados afectivos, que dieron origen a varias teorías. Di Lorenzo las clasificó así:

Primero teoría de las consecuencias no indeseadas esta teoría "identifica psicológicamente la situación de la gente frente a las consecuencias no indeseadas o no rechazadas, con las consecuencias no indeseadas o no rechazadas, con las consecuencias queridas o deseadas, de suerte que la gente estaría en dolo cuando "no quiere".

Segunda teoría basada en un criterio puramente afectivo. Esta teoría "habla del consentimiento, la aceptación, aprobación o ratificación de los resultados; el que prevé y obra consciente, ratifica o

aprueba, y por lo mismo quiere el resultado y obra con dolo ".

30. La teoría de la aceptación del riesgo. Según esta teoría " existe dolo cuando se actúa no obstante, que se produzcan las consecuencias previstas".

40. La teoría de la esperanza o del temor, según la cual "la existencia del dolo en la previsión del resultado a la cual no sea concomitante la esperanza de que el resultado no se verifique o el temor de que se verifique. "

Frank dice que " la previsión del resultado como posible solamente constituye dolo, si la previsión del mismo resultado como cierto no habría detenido a la gente, esto es, no habría tenido el efecto de un decisivo motivo de contraste." Dice además en su teoría positiva del consentimiento: " si el agente se dice así mismo: sea como fuere, de donde diere, de todos modos no dejó de actuar, es responsable a título de dolo".

Mayer dice que para distinguir el dolo eventual y la culpa consciente debe investigarse como se comportó el agente al prever el resultado, " tomándose en consideración, para tal fin , el conjunto total de sus motivos."

Por su parte Ferri al referirse al dolo eventual dice: " la última distinción del dolo, prácticamente útil, es entre el dolo positivo y dolo eventual. El primero es la intención firme y decidida, acompañada de la voluntad de cumplir un acto delictuoso y realizar sus efectos. El otro es la simple representación ideal o previsión de que del propio acto pueden derivarse efectos delictuosos, pero no acompañada de la voluntad de producir tales efectos. La previsión de estos, no basta a detener o modificar la actitud del individuo, pero el no lo quiere y espera que no se verifique. El dolo eventual

no es igual a la culpa por imprudencia, cuando en ella el efecto dañoso no haya sido previsto ni pensado. Y el dolo eventual no es igual a la preterintencionalidad porque en ella el acto inicial es doloso, pero los efectos más graves "no han sido previstos."

CONCLUSION:- Parece muy difícil distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, dado que en ambos el agente preve los resultados nocivos de su acto y en ambos esta ausente la intención de llegar al resultado dañoso. Pero los autores persisten en que hay diferencia y de allí los diversos criterios e interpretaciones que han surgido al respecto. Pero ninguno explica con claridad suficiente en que consiste la diferencia.

Mayer, por su parte habla de investigar el comportamiento de la gente al prever el resultado, lo cual nos parece un medio bastante difícil para determinar si hay dolo eventual o culpa consciente, ya que se pueden investigar todos los factores externos que pueden llevar a un resultado, pero es imposible penetrar los sentimientos de albergada persona para conocer su intención en determinado momento y ante determinada situación.

Creo pues sinceramente, que en materia de diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente donde se ha llegado más lejos ha sido en el Código Penal del Brasil, según el cual hay delito doloso cuando el agente quiso el resultado o "asumió el riesgo de producirlo." Esa definición me hace pensar que habría dolo eventual cuando el chofer de un bus que tiene urgencia de llegar a determinado lugar en un tiempo determinado lanza su vehículo a gran velocidad por una calle concurrida dispuesto a que suceda lo que sucediera el tiene que llegar a tiempo al lugar de su destino. Es lógico que lleva la intención de matar a nadie pero no

se detiene ante la posibilidad de que suceda. Con tal de llegar a tiempo su destino está dispuesto a asumir los riesgos.

T I T U L O - V I

C A P I T U L O - I

CULPA CIVIL Y CULPA PENAL

Sobre si entre la culpa civil y la culpa penal hay diferencias, o por el contrario existe la unidad ontológica de la culpa, los autores han emitido diferentes conceptos, muchos de ellos contradictorios, que expondremos através de este capítulo.

La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la definición que sobre la culpa dá el Código Penal en su artículo 12 expresó: "y estas mismas nociones esenciales de descuido e imprudencia, son las que estructuran la culpa civil. La identidad de estos elementos constitucional que le dan su naturaleza íntima y propia al concepto jurídico de culpa, trátase de la criminal o la civil hace indiferenciables - en realidad la culpa como hecho jurídico, como fuente originaria de donde nacen, ellas sí incondundibles, las dos acciones que se desprenden del hecho ilícito, la pública y la privada. Negligencia e imprudencia son factores esenciales de la culpa, de cualquier especie que ella sea, como lo sostiene precisamente la doctrina desde hace mucho tiempo, y sobre la noción de culpa repósa todo nuestro sistema de responsabilidad civil".

Por su parte Gustavo Orjuela Hidalgo dice: " existe, en la doctrina y en la ley positiva una radical diferencia entre la culpa penal y la culpa civil; la primera- penal- es esencialmente subjetiva: hay culpa dice el artículo 12 del Código Penal cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlo o cuando a pesar de haberlo previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos; en consecuencia, para poder dar aplicación concreta, en determinado caso, el pfecepto del artículo 12 que se ha transcrito, es indispensable averiguar que se configura un delito culposo- con culpa penal- para lo cual ha de atenderse a la personalidad de la gente, a fin de saber si el podía prever los efectos nocivos del acto y no los previó, o si, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. En una palabra, la culpa no puede estudiarse sino en función de la personalidad del agente procesado o sea subjetivamente".

" Por el contrario, la culpa civil es esencialmente objetiva: según la definición de culpa civil dada por los hermanos Mezeaud en ella no se atiende para nada, para decidir si existe o no, la personalidad del agente; su conducta se compara con la de un ente abstracto en que ideal- el hombre prudente y diligente - que puede existir en la realidad; se repite la noción, de la culpa civil es esencialmente objetiva; pero no puede y no debe utilizarse en materia penal, yá que la culpa penal se define en función subjetiva lo que está de acuerdo con las orientaciones del moderno derecho penal, el cual gira en torno a la personalidad de la personalidad del agente".

Arenas dice que " entre la culpa civil y la culpa penal no hay diferencias sustanciales sino de grado". Establece estas diferencias, que Bernal Pinzón resume en las siguientes fórmulas:

- a) Puede haber responsabilidad culposa- en lo civil- por el hecho del tercero, cosa que en penal es imposible;
- b) la culpa civil se aprecia en abstracto, la penal en concreto, siguiendo, desde luego, la teoría de la previsibilidad;
- c) en lo civil se presume la culpa en ciertos casos (Artículo 2.347 del Código Civil), en lo penal debe ser probada;
- d) la culpa civil es susceptible de compensación (Artículo 2.357 del Código Civil, la penal nó;
- e) Puede haber responsabilidad culpsea de personas jurídicas en lo civil en lo penal nó. Se podríaa agregar igualmente, una diferencia que es fundamental: la responsabilidad penal por culpa se origina siempre de un hecho ilícito (delito) ; en cambio, en lo civil, la obligación de resarcir el daño puede originarse en un hecho lícigo;
- f) En materia civil hay graduación de la culpa (Artículo 63 del Código Civil);
- g) En materia civil la responsabilidad puede ser solidaria (artículos 2.343 y 2.344 del Código Civil).

Luis Carlos Pérez escribe: " Las teorías de la absorción de la culpa penal por la civil y la eliminación de estas, desconocen las orientaciones del moderno derecho represor que indaga la responsabilidad del delincuente para objetivos inexistentes en el derecho civil, como los de aplicar una sanción y producir con ellas la reforma social y moral del sujeto".

Y más adelante agrega: " la culpa civil, pués se valora en abstracta, calculando la diligencia que los hombres ponen en el manejo de sus negocios personales o en los ajenos. Por el contrario, en el derecho penal cada sujeto produce el resultado según sus capacidades especiales."

Sobre el tema, Bernal Pinzón escribo : " no es posible sostener en forma absoluta, que pueda darse una responsabilidad culposa, de - cualquier orden que sea, sino hay un agente, un sujeto, una persona cuya conducta se le pueda hacer el reproche de haber obrado con culpa. Es clarísimo que la responsabilidad, de cualquier orden o tipo que sea, deben imputarse a la conducta de alguien; las cosas y los animales, por sí solos, así como no pueden ser sujetos de derechos, tampoco pueden ser responsables; los serán sus propietarios, o usufructuarios, sus tenedoras, sus poseedores, etc. y es a ellos a quienes se les hace el reproche de haber sido negligentes, imprudentes, etc. " .

" Otra cosa distinta es la diferencia que se relaciona con las consecuencias jurídicas de la culpa en el campo penal y en el civil; la - que se refiere a su tratamiento; la que tiene que ser con sus efectos; esta diferencia no es sustancial, como lo pretenden los autores citados, sino meramente accidental o probatoria."

CONCLUSION:- Leídos, pues los diferentes conceptos de los autores sobre las diferencias entre la culpa penal y la civil encontramos aceptados los argumentos de quienes establecen dicha diferenciación. Válidos son los de la Corte al señalar que " las nociones esenciales de descuido e imprudencia " de que habla el artículo 12 del Código Penal " son los que estructuran la culpa civil", que " son factores esenciales de la culpa de cualquier especie que ella sea".

Y estamos de acuerdo con Arenas cuando afirma que " entre la culpa penal no hay diferencias sustanciales sino de grado", lo mismo que en las formas como las plantea.

De lo dicho, podemos concluir, que los elementos que integran la culpa son los mismos. Pero que entre la culpa penal y la culpa civil hay diferencias de grado.

C A P I T U L O - I I

LA CULPA EN LOS DELITOS DE AUTOMOVILES

Los accidentes automovilísticos son frecuentes en todo los países - a pesar de la rigidez de las normas sobre tránsito en algunos de ellos. Como consecuencias de dichos accidentes ocurren muchas muertes sin que el conductor haya tenido la intención de eliminar a nadie con lo que se configura el homicidio culposo.

Estos hechos, según algunos autores quedan en la más completa impunidad porque casi nunca " se profieren sentencias condenatorias contra los que han cometido delitos con sus automóviles".

Al respecto dice Brebbia: " los artificios mecánicos destinados a - dominar y aprovechar las fuerzas de la naturaleza en beneficio de los seres humanos, parecen sublevarse a menudo contra la voluntad de su creador, espaciando dolor daño y desolación en su contorno. Puestos en funcionamiento por el hombre, escapan a su control y se descomponen, explotan hieden el espacio a velocidad vertiginosa, se incendian o no hay día en que, en todo el mundo, miles de personas no mueran y sufran lesiones y daños patrimoniales a consecuencia de esa revelión de las máquinas..... de esa guerra no declarada de las fuerzas mecánicas contra el hombre".

Haciendo eco a esas palabras de Guido Gentiles, el doctor Rendón -

Expresa: " con la llegada de la máquina se inició en la vida civil de todos los países una nueva época; lá máquina, con sus nuevas comodidades, pero con sus apremiantes peligros, llegó casi de improviso al seno de la vida social para sorprender a hombres y a legisladores, a juristas y a técnicos produciendo una verdadera subversión de todos los hábitos de vida y la apremiante necesidad de una nueva reglamentación. y como la máquina entró, antes que en otra parte, - en los laboratorios en las fabricas en los talleres, por ello hizo sentir el enorme peso de su intromisión para la defensa de la persona humana contra el novísimo riesgo. Las legislaciones de todos los países civilizados, y la primera, el Código de Napoleón de 1.804 consagraron en normas legales específicas las obligaciones y deberes que incumben a quienes operan máquinas con las que puede causar daño a las personas.

Se crearon más tarde las teorías sobre la responsabilidad extracontractual, y se llegó precisamente por la frecuencia de los accidentes a la formulación de la llamada teoría del riesgo según la cual se imputa el hecho, sin necesidad de que se demuestre la culpa. Más adelante agrega: " sin embargo la situación de peligro que es necesario de reglamentar para evitar que se causen mayores daños."

" Los juristas y legisladores. Verdaderas conductas delictivas. Frágoso cuenta " entre las legislaciones orgánicas de tipo administrativo que se refieren concretamente al tema de la circulación de automotores " la inglesa de 1.930, 1.934 y 1.954 ; la italiana de 1.933, modificada en 1.956 ; en ley alemana de 1.952 sobre seguridad

de progreso y prosperidad, para muchos, pero al mismo tiempo como lo anota Exner, " ha ganado cada vez más en significación criminológica durante el curso de la vida de la humanidad", y, ganará mas aún " cuando la motorización abarque nuevo circulo del pueblo". La presencia del automovil, comprendida la expresión " como todo vehículo dotado de un dispositivo mécanico de proporción, que sirva el transporte de personas o de cosas y que circula por las vías públicas sin necesidad de rieles", creó tambien - no solo para los usuarios de los autos, sino para los peatones de las vías públicas por donde circulan los vehículos, una permanente situación de peligro que es necesario reglamentar para evitar- que se causen mayores daños".

Los juristas y legisladores, primero en campo de la responsabilidad puramente civil crearon instituciones y normas con el fin de garantizar, desde el punto de vista patrimonial, los riesgos de un tipo de actividad como las que implica la conducción o el manejo de un automotor. Más tarde se analizaron aspectos de "caracteramente administrativo" reglamento de transito códigos de circulación etc. ", para desembocar por último en la elaboración de - normas que se incluyeron en los códigos como verdaderas conductas- delictivas.

Fragoso cuenta (entre las legislaciones organizadas de tipo administrativo que se refieren completamente al tema de circulación de - automotores" la inglesa de 1.930, 1.934 y 1.954; la italiana de - 1.933 modificada en 1.956; la ley alemana de 1.952 sobre seguridad del tránsito y la ordenanza francesa de 1.958. En los códigos penales de algunas legislaciones se han incluido (conductas relativas a los daños que se causen con vehiculos automotores.

También se han dictado leyes especiales sobre la materia. Dice el doctor Bernal que " entre nosotros aún no hemos podido elaborar un Código Nacional de Tránsito, y al igual que en materias de contradicciones cada sección administrativa- política (Departamento) tiene su propia reglamentación sobre esta importante materia. Apenas existen normas de caracter general, decretos del ministerio de desarrollo, que convigencia nacional se refiere a cuestiones eminentemente administrativas reguladas, por el instituto nacional del transporte, entidad que depende del ministerio de Obr.s Públicas. En materia civil existen las viejas normas de nuestro código, felizmente remozadas muchas de ellas por la jurisprudencia de la corte, - que ha sabido utilizar las doctrinas modernas en provecho de nuestra sociedad".

" en materia penal la situación es verdaderamente lamentable . Sólo existen en nuestro código penal, óigase bién, dos artículos que se refieren uno al homicidio culposo, que es el que estamos tratando de explicar, y el otro, a las lesiones personales culposas. Naturalmente referidos a una concepción liberalísima de la culpa, basada en la - previsibilidad, que , según nuestro modo de ver, ha sido la puerta- ancha por donde se escapan los homicidas culposos que usan a discreción este moderno medio de matar sin querer.

CONCLUSION:.- De acuerdo con lo que hemos estudiado en este capítulo podemos concluir diciendo que las muertes por concepto de accidentes automoviliario son mayores que las causadas por cualquier otro motivo no sólo en nuestro país sino en cualquier otra parte del globo.

Según los datos consignados en su libro " el homicidio" por el doctor Bernal Pinzón, observamos que sólo en el Distrito Especial de Bogotá en los años corridos de 1.953 a 1.957 las víctimas de accidentes automoviliarios alcanzaron varios millares entre muertos y heridos. Eso nos está diciendo que nuestra legislación en materia de tránsito no es lo suficiente drastica como para contrarestar la impunidad que ha permitido la proliferación de los delitos perpetrados por accidentes automoviliarios. De allí que el doctor Lozano sostuviera la necesidad de " contemplar de manera especial los homicidios cometidos por los conductores de automoviles en los cuales en la mayoría de los casos, la culpa del agente está impregnada de dolo y por su extraordinaria frecuencia merecen una represión particular." Dice, adem's el doctor Lozano " que desde el punto de vista psicológico es casi imposible que el que viaja a una velocidad desmesurada por una carretera no haya tenido en su conciencia de manera más o menos confusa la percepción de que puede ocasionar una desgracia, afrontando, sin embargo, por satisfacer un interés egoista, todas las consecuencias". Considera el doctor Lozano que en este caso particular debe equiparar la violación de los reglamentos al dolo eventual, " no por confusión de ideas, ni por arbitraria tendencia de aumentar la pena, sino porque es un hecho atestado irrefragablemente por la experiencia que el dolo eventual, acompaña, casi sin excepción, las tragedias automoviliarias ; y la única manera de aferrarlo en la práctica es estableciendo una presunción fundada en la violación de los reglamentos."

No estábamos descabellados cuando tratando el difícil problema de la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente - dijimos que podría ser un dolo eventual el hecho de que un conductor de bus lanzara su vehículo a gran velocidad por una calle concurrida para llegar a determinado lugar, en determinado tiempo corriendo el riesgo de atropellar un transeúto.

El doctor Cárdenas, uno de los comisionados para redactar el proyecto de Código Penal, igual que el doctor Lozano, estuvo de acuerdo en que "deberían sancionarse con más severidad los delitos culposos, concretamente el homicidio, incluyendo también una sanción pecuniaria porque en esos procesos los jueces no le dan importancia a las respectivas investigaciones porque el asunto que alcanza a convertirse en un juicio y en que interviene el jurado, este termina - por absolver por falta de dolo o de intención criminal. "

De lo expuesto anteriormente podemos deducir que la causa de la impunidad que cobija los delitos culposos por accidentes automovilísticos se debe principalmente a la falta de leyes más severas para reprimirlos y al poco interés que los jueces ponen en establecer la responsabilidad del culpable.

Sin embargo, el doctor Rendón se muestra en desacuerdo con el doctor Cárdenas y dice " que la impunidad reinante en materia de sanciones para los delitos culposos en accidentes de circulación radica en la " deficiencia de la ley sustantiva y en la unidad de las penas". " Agrega que la verdadera eficacia de la pena no está propiamente en la gravedad de la sanción, sino en la certeza de su aplicación, y por ello en materia de delitos culposos cometidos con automotores, ese temor a la sanción, que servirá como freno psicológico para -

Obligar a los conductores a usar la prudencia y la diligencia - que les imponen las normas sobre la materia, no funciona porque en Colombia lo que existe es la certeza plena de que ninguna sanción de orden civil, y menos de carácter penal les serán impuestas al homicida,. ". Y esa certeza funcionará más bien como verdadero estímulo criminal para seguir ejerciendo una peligrosa actividad con el mismo descuido y desinterés por la integridad de los demás, como se ejerció cuando se causó el primer accidente mortal". Nosotros creemos que los conceptos del doctor Cardenas y del doctor Rendón no son completamente contradictorios porque consideramos que sí en los conductores de automotores" existe esa certeza plena, de - que ninguna sanción de orden civil, y menos de carácter penal, les - será impuesta al homicida" es precisamente porque ellos están convencidos de que " en esos procesos los jueces no le dan importancia a las respectivas investigaciones" y porque el jurado termina por - absolverlos " por falta de dolo o de intención criminal."

T I T U L O - V I I

C A P I T U L O - I

PRESUNCION DE CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En el campo del derecho civil la legislación Colombiana, igual que la de otros países, consagra inversión de la prueba en el ejercicio de una actividad peligrosa; quiere decir esto, que en los delitos - culposos producidos por accidentes automovilísticos la carga de la-

Prueba se desplaza del demandante al demandado. Esto en cuanto se refiere a la indemnización de perjuicios por el daño causado. El uso y manejo de automóviles está considerado como una de las actividades peligrosas que más frecuentemente se practica por el crecido número de automotores que diariamente recorren calles y carreteras.

La corte en fallo del 14 de Marzo de 1.938, en un importante estudio sobre las presunciones de que trata el artículo 2.356 del Código Civil expresó : "porque a la verdad no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2.356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba onus probandi, no es del damnificado sino del que causó el daño con sólo poderse imputar a este su malicia o negligencia. No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automovil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producir los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los elementos necesarios de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización es algo que sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir que el debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por el comienzo la peligrosidad, y quién la usa y maneja es el primer candidato como víctima".

Dice el doctor Bernal Pinzón que, " nuestro Código Civil a diferencia del italiano, no se refiere expresamente a la actividad peligrosa para-

fundamentar sobre ella la presunción de culpa". Pero agrega que la jurisprudencia " sí ha hecho referencia a tal concepto vinculándolo concretamente al tema de la actividad automovilística". Así lo vimos en el fallo de la corte del 14 de Marzo de 1.938.

El concepto de peligrosidad es definido por varios autores. Petrocelli lo define "como inmediata derivación del concepto de peligro, peligrosidad, es el conjunto de las condiciones que constituyen el peligro, referida a la cosa, a la persona, etc. en que el peligro encuentra su sitio; es el conjunto de las condiciones por las cuales la cosa o las personas llega a ser probable causa de la verificación de un daño. El peligro expresa la existencia de la probabilidad; la peligrosidad la referencia de ella a lo que la pone en acto".

Mirando la actividad desde el punto de vista objetiva, como la que lleva la posibilidad de causar un daño a otra persona, se ha aceptado por parte de los autores " que fué Francia el país donde por primera vez se admitió en la doctrina la responsabilidad por los daños causados en actividades peligrosas "

" Primerose habló- dice el doctor Bernal- de la teoría del riesgo, para luego llegar a la solución intermedia que, sin prescindir del necesario elemento subjetivo (culpa, le diera un tratamiento probatorio especial, que fué precisamente, el de la presunción legal de la responsabilidad en este tipo de actividades.

Sobre los fundamentos de la presunción de culpa Gentile dice : " - El derecho tiene horror al peligro, como la naturaleza le tiene - horror al vacío. Si el peligro es creado por el hombre, la ley lo persigue con la sanción de la culpa, y dá la responsabilidad subjetiva

normal; si el peligro es creado por la cosa la ley le exige al hombre que use una diligencia particular, adecuada al peligro; es decir, una diligencia que sea capaz de remover este peligro, que sirva para neutralizar la posibilidad de daño creada por la cosa propia. En otros términos, la ley reclama del hombre un comportamiento positivo; y por esto no es ya la culpa la que debe ser demostrada por nosotros, sino que es, en cambio este comportamiento positivo el que debe ser demostrado por el sujeto a quién se le atribuye responsabilidad. De ahí la inversión de la prueba. Nada más lógico, nada más consecuente, nada más armonico en el orden de los principios en los cuales la responsabilidad automovilística, según la imagen hecha, se ha inerustado como un planeta en el sistema. " Luego, Gentile " cita la exposición de motivos del ministro de Justicia sobre el proyecto de ley de circulación en el cual expresa entre otros casos " que la doctrina y la legislación invierten ahora en materia de accidentes automovilísticos la carga de la prueba, por la absoluta imposibilidad en que se encuentra el perjudicado de ofrecer la demostración de la culpa del conductor, especialmente cuando el daño se produce, como sucede frecuentemente de noche, o en zonas rurales.

Eduardo Bonasi Benucci dice al respecto : " La violación de una norma - que se ponga en relación de causa a efecto con un daño causado por otro - por regla general pone en culpa al causante del daño con prescindencia del elemento subjetivo: de ahí la razón por la cual se ha hablado de responsabilidad presunta. En nuestra opinión, es preferible recurrir al criterio de la culpa valorada en abstracto revelando, por lo tanto, que en tales hipótesis la culpa se afirma sobre la base de la violación de un deber que habría debido ser observado por parte de un hombre de diligencia media: es la previsión de la ley la que es ofendida con la violación

de la norma, de suerte que quién viola la ley no puede considerarse al mismo tiempo como un hombre prudente y diligente por la íntima - contradicción entre las dos afirmaciones: " por esta razón, " quién obra contra la ley por este solo hecho está en culpa y es responsable de los daños contractuales o extracontractuales derivados de su conducta ilegítima. En materia de circulación cuando la ley prohíbe determinada acción u omisión por los daños que pueden derivarse, ello significa que la acción o la omisión deben calificarse de imprudentes, es decir, de no haber sido cometidas por un hombre de normal diligencia y prudencia.

Refiriéndose a la manera como contempla nuestro código tal situación, el doctor Bernal expresa: " y en materia de carga de la prueba dice que la jurisprudencia constante de la corte ha afirmado que " en el caso del artículo 2.356 del Código Civil, la presunción de culpa opera en contra del demandado, en forma que basta al demandante probar que - el daño se causó por motivo de una actividad peligrosa, para que el - autor del perjuicio quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertarse sino en cuanto demuestre fuerza mayor caso fortuito o intervención de un elemento extraño. Eso significa que la víctima, o quien demanda con personería suficiente, sólo tiene que aprobar el acaecimiento del accidente, del daño que - fué consecuencia, y el nexo causal de uno y otro con la actividad peligrosa desarrollada por el demandado, Demostrado esto, se presume la culpa del responsable, y el vínculo de causalidad entre estas y el perjuicio. Para destruir tal presunción sólo cabe la prueba positiva ".

CONCLUSION.- En este capítulo hemos puesto de manifiesto los conceptos expresados por algunos autores, así como la jurisprudencia de la

corté sobre la presunción de culpa en materia de responsabilidad civil extracontractual y el desplazamiento de la carga de la prueba del demandante al demandado. Con base en esto podemos concluir que el manejo de automoviles está considerado como la actividad peligrosa de más ocurrencia pués tanto los autores como la jurisprudencia hacen relación a ella como fundamento de la presunción de la responsabilidad. El desplazamiento de la carga de la prueba del actor al demandado opera en el sentido de que " basta al demandante probar que el daño se causó por motivo de una actividad peligrosa para que el victimario quede en la obligación de probar que el hecho se debió a fuerza mayor o a caso fortuito para poder librarse del pago de la indemnización por daños y perjuicios, lo que no sucede en otros casos, en que la carga de la prueba correspond e al actor. Por ejemplo, quién alega un derecho debe probarlo.

A la victima sólo corresponde probar que sucedió el accidente, del daño que causa y el nexó causal de uno y otro con la actividad peligrosa ejercitada por el demandado. Si esto se demuestra, se presume la culpa del responsable y el vínculo de causalidad entre este y el perjuicio.

El fundamento de la presunción de culpa se basa en que quien maneja un automóvil debe hacerlo con cuidado y diligencia, pués es difícil que un pasajero desprevenido o un transeunte víctima del accidente pueda afirmar la excesiva velocidad del vehículo la maniobra equivocada la falta de aviso, o cual fúé, el detalle que ocasionó el accidente.

C A P I T U L O - I I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 2.341 del Código Civil establece: " el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". Y el inciso primero del artículo 2.343 : " es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. " Los anteriores artículos son parte de una serie que se refiere a la " responsabilidad común por los delitos y las culpas" - y que sirven de fundamento a las normas establecidas en el código de procedimiento penal referente a la responsabilidad civil que exponemos a continuación:

Artículo 24 - La acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos.

En todo caso en que de la infracción resultaren perjuicios civiles, - el agente del Ministerio Público dará cumplimiento al artículo 93 del Código Penal.

Y el Código Penal en artículo 93 establece: el respectivo agente del Ministerio Público deberá cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que da lugar la infracción, o intervenir por sí sólo en el caso de que estos se abstengan de hacerlo.

Artículo 92 del Código Penal dice: en toda sentencia condenatoria por infracciones de que resultan daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado.

El artículo 25 del Código de Procedimiento Penal expresa: la acción de reparación de perjuicio en los delitos de injuria y calumnia, - puede intentarse independientemente de la acción penal, si la hubiere de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil. Dentro del proceso por contravenciones no podrá ejercerse la acción civil para el resarcimiento del daño.

De lo que establece el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal se deduce que es obligación de quien produce el daño de resarcir al perjudicado de los daños y perjuicio causado por la infracción. Tan es así que según el artículo 93 del Código Penal, el Ministerio Público deberá intervenir por sí solo cuando el interesado se abstenga de hacerlo .

Y parece que esa acción civil debe instaurarse dentro del proceso penal, porque el artículo 25, refiriéndose al delito producido por injuria o calumnia dice que la acción civil puede intentarse independientemente de la acción penal. Eso significa a mi modo de ver que en los daños producidos por otros delitos, la acción civil debe intentarse - dentro de la acción penal.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que no es obligatorio el - ejercicio de la acción civil de reparación de los perjuicios causados por la infracción penal según sentencia que: refiriéndose al artículo 25 del Código de Procedimiento Penal expresó: " claramente se deduce de este último precepto que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal no es obligatorio sino facultativo para el perjudicado o perjudicados",

El doctor Bernal Pinzón interpreta las disposiciones relativas a la - responsabilidad civil de la siguiente manera : " el perjudicado o -

perjudicados con el delito culposo de que estamos tratando, puede hacer una de dos cosas, en cuanto a la demanda con la que persigue el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción - o hacerse parte dentro del proceso penal, y dentro de él para conseguir reconocimiento de los perjuicios que demanda, deberá lograr el pronunciamiento de una sentencia condenatoria en la cual se declare la existencia del hecho ilícito y la consiguiente responsabilidad de su autor. Ejecutoriada esa sentencia " Artículo * 25 del - Código de Procedimiento Penal) Podrá iniciar el correspondiente - juicio ejecutivo ante los jueces civiles y lograr de esa manera la efectividad de sus pretensiones.

O también puede esperar los resultados del proceso penal, y si en este se ha producido una condena de perjuicio que no satisfacen sus intereses, podrá acudir ante los jueces civiles (Artículo 25 del Código del Procedimiento Penal, pero ya no le será permitido solicitar también la ejecución de la sentencia penal en lo tocante a la materia de los perjuicios ".

Orjuela Hidalgo con base en las diferencias que según él existe entre el proceso civil y el proceso penal, sostiene la tesis de que la acción civil y la penal, pueden proponerse simultáneamente: " Sino es obligatorio ejercer la acción civil de reparación dentro del proceso penal, según se demostró y pudiendo ser simultáneo el ejercicio de las dos acciones civil y penal, en el proceso penal puede no agotarse la materia civil, y lo general es que no se agote".

Mesa Velasquez sostiene la tesis contraria, cuando dice: Es, pues, obvio que con excepción de las contraversiones y de los delitos de - que conoce la policía, la acción civil no puede proponerse separadamente

de la penal, congra el responsable directo de la infracción."

En cuanto a los terceros responsable civilmente, el mismo autor dice que la responsabilidad civil indirecta " no puede estar sometida a la decisión penal, porque los responsables indirectos - por responsabilidad derivada no son parte en el proceso penal".

Sobre la incidencia del fallo penal en la cuestión civil relacionada con los perjuicios de esa naturaleza causados con el delito, comenta el Doctor ~~Pernán~~ refiriéndose al artículo 25 del Código - de Procedimiento Penal que trató de resolver esa cuestión según - se deduce de su texto: " dicho artículo trató de reglamentar el - conflicto de jurisdicciones o de decisiones que se puede presentar entre las dos ramas del derecho: la civil y la penal, y dispuso que la acción civil deducible de la comisión de un hecho ilícito (delito), no se podrá proponer ante los jueces civiles, cuando en el proceso penal se haya declarado por medio de sentencia o por auto de sobreseimiento definitivo que estén en firme: A que la infracción - en que se funda la demanda civil no se ha realizado(inexistencia del delito); b

b) o que esa misma infracción que es la base de la reclamación civil, no la cometió el sindicado

c) O que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

" La ley no consideró una cuarta hipótesis : la de que la absolución en el campo penal se produzca por medio de sentencia absolutoria, fundada en la falta de prueba. Para que en materia penal pueda - dictarse sentencia condenatoria, la misma ley exige que se produzca

legalmente la plena prueba tanto de la infracción (prueba del delito o prueba g nerica) , como de la responsabilidad (prueba específica). Por lo tanto, bién puede darse la plena prueba de la infracción pero no la plena prueba de la responsabilidad, En tal hipotesis, no queda la menor duda de que no habiendo sido considerada expresamente por el código, como si lo fué, por ejemplo - en la legislación italiana, según se verá adelante, tal sentencia absolutoria no produce la situación especial de cosas juzgadas, y, por tanto, es perfectamente viable que se pueda discutir la misma materia de la responsabilidad, en este caso, la existencia de la culpa también en el campo civil, porque, como se dijo, la determinación del juez penal no crea la situación de cosas juzgadas material, que impediría su posterior estudio.

Ahora bién, la posibilidad de que en el debate penal se produzca un fallo de esa naturaleza, es muy frecuente, por la simple razón de - que, en materia penal, rigen dos principios fundamentales: el de la inocencia del sindicado, con caracter de presunción legal, y el del in dubio pro reo (artículo 204 del Código de Procedimiento Penal) como consecuencia necesaria del primero, que se refiere a la carga de la prueba. De suerte que, por una parte, hay que demostrar en - el proceso penal (artículo 293 del Código de Procedimiento Penal) La existencia objetiva o material del hecho del delito, y, por otra la de la responsabilidad que envuelve necesariamente la prueba del elemento subjetivo del mismo".

El artículo 28 del Código Penal establece la penalidad que corresponde al infractor cuando se comete el hecho en estado de ira e intenso dolor. Refiriendose a ese artículo el doctor Edsa Velasquez

Dice que con la sentencia absolutoria proferida en el proceso penal " puede o no quedar extinguida la acción civil, según el motivo en que aquella se funde, que puede hacer desaparecer o no la razón para el resarcimiento. " Dice además el doctor Velasquez que en los casos enumerados en el artículo 28, no hay posibilidad de que se pueda proponer la acción civil porque, tal determinación en el proceso penal, tiene según sus propias palabras, " efectos erga omnes y de esa manera se evitan fallas contradictorias, pues sería aberrante que después del pronunciamiento penal que niega la existencia del hecho delictuoso o reconoce la inocencia del procesado, subsistiera la posibilidad de una declaración en contrario de la jurisdicción civil".

CONCLUSION: El tema sobre la responsabilidad civil es largo y complejo, pero para una tesis de grado, en que no sería posible tratar la cuestión hasta agotar el tema, creo que es suficiente lo que hasta aquí hemos expuesto.

Como se deduce de la lectura y análisis de los artículos pertinentes del Código Penal y de procedimiento Penal, quién comete un delito debe indemnizar a la víctima de los perjuicios causados con la infracción, pues sabido es que todo delito causa perjuicios a la víctima o a sus familiares.

En ese aspecto, todos los autores están de acuerdo. La diferencia de conceptos se expresa en cuanto a si la acción civil se debe instaurar dentro del proceso penal, o separadamente, no obstante que el artículo 24 de nuestro Código que " se ejercerá dentro del proceso penal - por la persona o personas perjudicadas, o por sus herederos".

No dice si se puede ejercer o nó fuera del proceso penal.

En lo que respecto a los delitos producidos por calunnia o injuria no hay lugar a dudas, pués el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal dice claramente que la acción puede intentarse independientemente de la acción penal.

Como vimos, el doctor Orjuela Hidalgo dice que no es obligatorio - ejercer la acción civil dentro del proceso penal, y que pueden intentarse simultaneamente.

El doctor Mesa Velasquez, por su parte sostiene que sólo en el caso - de contravenciones y de delitos de que conoce la policia la acción - penal y la civil, pueden intentarse separadamente.

Nosotros estamos de acuerdo en que la acción civil debe instaurarse - dentro del proceso penal, ya que es una consecuencia del delito y por lo tanto concurren en una misma persona el daño inforido a la integridad personal con la infracción y los perjuicios morales y pecuniarios sufridos por la razón de la misma. Y es precisamente el autor de la - infracción el responsable de dichos delitos y quién debe responder - por la indemnización que demanden. Entonces no veo la razón para que - los dos procesos se tramiten independientemente, sobre todo cuando un mismo sujeto pasivo (la víctima o sus herederos) es parte en ambos procesos.

T I T U L O - V I I I

C A P I T U L O - I

LA COOPERACION EN EL DELITO CULPOSO

Se ha discutido mucho entre los tratadistas de derecho sobre si existe o no la cooperación en los delitos culposos. Los autores antiguos principalmente y algunos modernos niegan la existencia de tal cooperación. " el argumento central de tales autores- dice el doctor Sernal Pinzón- y que aún hoy se esgrime en contra de tal tesis, radica fundamentalmente en el hecho de que la coparticipación delictuosa debe estar inspirada siempre por una actitud psicológica que unifica las diferentes voluntades, elementos psicológicos estos que no puede ser otro que el dolo. Así, por ejemplo Carrara es enfático cuando afirma que " no se puede ser cómplice de un hecho que no se ha previsto y querido. Nos es admisible - complicidad sin concurso de voluntad criminal". En igual sentido se expresaba Pessina cuando advertía que " en hechos culposos no puede existir concurso en el delito; puesto que, faltando en estos la voluntas Sceleris, no puede existir concurso de varias voluntades en un solo y mismo propósito criminal". Esa famosa voluntas Sceleris, en la terminología de los clásicos, no era otra cosa que el dolus criminalis que debía colorear la conducta de cada uno de los cómplices, lo cual hacía imposible que sobre tales presupuestos se pudiera afirmar la cooperación en el delito culposo".

La doctrina alemana también se opuso a este tipo de coparticipaciones. Según Berner la participación en el delito "es relación de -

voluntad con voluntad, una unión de voluntades" y si ello es así" no es posible una coparticipación en el delito culposo porque nadie puede servir de ayuda en la realización de una intención que no tiene. " Algunos autores expresaban que " si falta el dolo, no hay unión de la voluntad y por lo tanto, falta la materia misma para la hipótesis del concurso: problema de concurso existen según Bockelmann solamente para los delitos dolosos. Cuando en una acción culposa, o más genéricamente involuntaria " no dolosa" concurre sobre el plano causal con otra acción en la producción del resultado, se configura jamás un concurso de personas en el mismo delito sino únicamente una pluralidad de ilícitos distintos entre sí, que se sostienen solamente sobre el plano de la causalidad objetiva; en este caso, las acciones concausales respecto al mismo resultado, son cada una un delito por sí mismas y no constituyen un conjunto unitario, es decir, un concurso en el mismo delito. Cada una de las acciones saca el fundamento de su relevancia jurídico- Penal directamente de sus significados objetivo del hecho acriminado a título de negligencia, imprudencia, o impericia, y no del enlace psicológico con las otras conductas".

Floraán consideraba que la complicidad debe ser siempre dolosa y descartaba que pudiera admitirse concurso culposo en delito culposo" porque - mientras en el concurso es necesario el acuerdo de voluntades sobre el hecho, en los delitos culposos el resultado antijurídico es el producto, no de la intención, sino de la negligencia de la gente".

El doctor Vicente Arenas, uno de los autores nacionales expresa: " tampoco es admisible a nuestro juicio, la complicidad en el homicidio culposo. Cómplice son las personas que prestan al autor o autores del delito un auxilio o cooperación de primera o de segunda importancia (Artículo 19 y 20). Pero el auxilio o cooperación, para -

que pueda calificarse de participación criminal en el delito debe estar intencionalmente encaminado a colaborar en la producción del resultado. La cooperación, para que jurídicamente constituya complicidad, no basta que tenga el carácter de una contribución eventual, más o menos eficiente para la producción del efecto nocivo. En otras palabras, no es suficiente que la cooperación exista objetivamente; debe existir también, y si se quiere de manera primordial, subjetivamente, pues a nadie se puede reputar cómplice de un delito por el simple concurso de acción sin concurso de voluntad". Según el mismo autor soler admite que en la culpa " es posible la participación que en definitiva es la causación de un resultado por varias personas. Pueden el chofer y su acompañante ponerse de acuerdo en andar a exceso de velocidad, y mientras el uno guía, el otro dá presión al aceite de la máquina. Puede el pasajero instigar al conductor a que marche a exceso de velocidad y este acatar la orden ilegal".

Cita Ferri, quién afirma que en los delitos culposos puede haber complicidad "porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podían querer el efecto dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia, o inobservancia de las leyes etc, de las que deriva aquél efecto. "

Más adelante, el doctor Vicente Arenas explica " en el ejemplo propuesto por el profesor Argentino y en la hipótesis que hace referencia el tratadista Italiano, no puede decirse que el chofer sea autor de homicidio culposo y el ayudante cómplice del mismo. Si hubo culpa de parte de ambos y a causa de las dos culpas combinadas o adicionada se produjo la muerte, el resultado debe imputarse a ambos, como homicidio -

culposo en calidad de autores".

Y concluye el autor mencionado: " en síntesis cuando el homicidio se causa por culpa de varios sujetos, cada uno responde como autor de homicidio culposo, pero su responsabilidad individual debe agravarse o atenuarse teniendo en cuenta la importancia de su coparticipación material en el resultado y el mayor o menor grado de previsibilidad en cada uno de ellos."

" Con el mismo criterio, si uno de los causantes de la muerte obra con dolo y el otro con culpa, se debe imputar al primero un homicidio doloso y al segundo un homicidio culposo".

El Doctor Pacheco Osorio, por su parte expresa: " Aunque no es concebible la participación culposa en la muerte de una persona, como tampoco en cualquier otro hecho previsto por la ley como delito, es frecuente en la vida cotidiana que varios sujetos concurren voluntaria o intencionalmente a la realización de un acto con imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las leyes, ordenanzas etc, sin haber querido o previsto el resultado delictuoso, pero habiendo podido prevenirlo, por lo que resulta perfectamente posible la cooperación en el delito culposo. Esto se ve con claridad en el ejemplo de que dos hombres tomen una viga y sin cercionarse antes de que nadie se encuentre en la calle, la lanzan desde lo alto de un edificio y causan la muerte de un transeunte, y en el bastante manoseado del dueño del automovil que excita al conductor a ponerlo a velocidad mayor que la permitida por los reglamentos de tránsito, y por haber obedecido se produce un accidente a consecuencia del cual parece alquión. En tales casos, los ejecutores del hecho peligroso o el solo ejecutor y el que lo determinó a cometerlo deben responder como coautores de homicidio-

culposo, según lo establece explícitamente el Código Italiano de 1.930".

CONCLUSION: Como quedó consignado en capítulos anteriores en los delitos culposos está ausente la intención de producir un resultado dañoso, este se produce por imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de leyes, reglamentos, etc. proveer previsto el agente los efectos nocivos de su conducta, o a pesar de haberlos previsto, concluyó imprudentemente en poder evitarlos."

Pués bien al estudiar la co-participación en los delitos culposos, algunos autores menos recientes aceptan la cooperación, o lo que es lo mismo, la complicidad en los delitos culposos en cambio los modernos y entre ellos los Colombianos, entre los cuales citamos los Doctores Vicente Arenas y Pacheco Osorio no la admiten, aún cuando este último sostiene que es posible que se dé.

Entre las razones expuestas para negar esa cooperación están la de que la complicidad debe ser siempre dolosa, que debe haber un acuerdo de voluntades para la realización del hecho y por lo tanto la intención de producirlo.

Nosotros estamos de acuerdo con quienes no creen que pueda haber complicidad en los delitos culposos. Si no haya intención, no puede haber acuerdo de voluntades y para producir un hecho que no sea ha querido producir.

Sin embargo estamos de acuerdo con el Doctor Pacheco Osorio en que podría ser posible la cooperación, una posibilidad muy remota que raras veces podría darse. En el ejemplo de la viga que arrojan los trabajadores de lo alto de un edificio, dado por el autor, podría existir la complicidad si un tercero que observa a sus compañeros

se da cuenta que alguien va a cruzar en esos momentos y nó dice nada a pesar de que presiente que la viga puede matar al transeunte.

C A P I T U L O - I I

CRITICAS A LA OPINION DE LA COOPERACION EN EL DELITO CULPOSO

El Doctor Bernal Pinzón hace una clara exposición de las críticas a la opinión de la cooperación en el delito culposo con citas de los autores extranjeros a dicha opinión. A él nos remitimos: " La teoría según la cual para estructurar la cooperación en el delito se refiere siempre la voluntas Sceleris o el dolus criminis en la conducta de cada uno de los cooperadores, ha sido sometida a una severa y convincente crítica por parte de la doctrina extranjera. Aun cuando entre los autores nacionales no se ha sostenido expresamente la tesis del pacto previo o del previo concepto, es interesante anotar, como lo hace Nocito, comentando el Código Italiano de 1.889, que sirvió de patron al nuestro que " No es necesario... que la participación o la voluntad criminal constitutiva del concurso punible, se haya manifestado por medio de un acuerdo, o pacto o contrato estipulado entre todos los socios del delito, yá que también puede darse el caso de que los participantes en un mismo delito nisiquiera se conozcan entre sí, y sin embargo, hayan participado en ese delito. Así, si un criado oye decir que su patrón será muerto al pasar por determinado lugar y por venarse, lo hace pasar por tal sitio, ese criado será un cooperador en el homicidio, aún cuando el no haya hablado jamás con los agresores, ná los haya conocido ni de nombre ni de vista, y no les haya prometido alguna

ayuda en el homicidio".

Dice luego el doctro Bernal que " en la doctrina nacional no se ha estudiado a fondo este importante aspecto relativo a la naturaleza y contenido del elemento subjätivo caracteristico del concurso. " y dice que es difícil superar las explicaciones dadas por los científicos Europeos y acogen la teoría de la scientia maleficill " entendida como conciencia de adherir a la voluntad delictuosa de otro" de acuerdo con las explicaciones que dá Rocco, es muy difícil.

Después expresa si los autores que están por la afirmativa del concurso culposo no se refieren concretamente a tal elemento sin duda alguna su construcción científica no puede prescindir de el. Así por ejemplo, Mesa Velasquez autor que, sin ninguna reserva admite el instituto frente a la culpa lo hace consistir en el hecho de que varias personas " A una de de sus voluntades, expresa o tácitamente para realizar determinada actividad, sin intención criminal, pero sí en circunstancias constitutivas de culpa... En la cooperación en el delito culposo se realiza una conducta en común, se ejecuta de consuno una actividad sin fin malvado, pero sí en condiciones de negligencia o imprudencia predicable de todos los autores ".

Dice, por último que Lozano y Bozano " afirma la existencia de la cooperación en el hecho culposo pero sin entrar en el examen del elemento subjätivo del Instituto, y antes bien, como lo anota Perez con evidentes contradicciones en cuanto exige como elemento esencial del concurso, la intención de los coparticipes lo cual, desde luego conradice la posibilidad de esa coparticipación en el hecho culposo".

CONCLUSION.- De acuerdo a lo que hemos estudiado en este capítulo podemos concluir que ha sido criticada duramente la teoría, según la cual " para estructurar la cooperación en el delito se requiere la voluntas Sceleris o el Dolus criminis en la conducta de cada uno de los cooperadores". Las principales de esta teoría son la de los autores extranjeros. Entre esas críticas parecen bien cimentadas las de Bettiol, quién sostiene que la essentia Deliti no debe ser identificada con el dolo, pero puede presentarse con dolo o culpa y estar presente en las contravenciones.

Algunos autores, según lo hemos visto sostienen la cooperación en el hecho culposo, pero luego al entrar a explicarla entran en contradicciones, como exigir como elementos esencial del concurso, la intención, cuando, como es sabido y según lo establece nuestro código en los delitos culposos está ausente la intención.

Nosotros expresamos en este capítulo de acuerdo con las razones expuestas por los partidarios de la cooperación en el delito culposo, a nuestra manera de ver, que estábamos de acuerdo con estos autores identificandonos con sus argumentos, pues seguimos sosteniendo que no puede haber cooperación en delitos culposos porque está ausente la intención de cometer el ilícito penal y que nuestro código al definir la culpa descarta toda posible intención del agente a producir el resultado dañoso.

Compartimos los conceptos del doctor Bernal Pinzón según los cuales la responsabilidad es deducible tanto a título de dolo como a título de culpa y que el contenido de la voluntad culposa es diferente del que inspira la conducta dolosa.

T I T U L O - I X

C A P I T U L O - I

ESTRUCTURA DE LA NORMA SOBRE EL HECHO CULPOSO

Dice el Doctor Bernal Pinzón: " Los autores que niegan la posibilidad de una cooperación en el hecho ilícito culposo argumentan también que , como la norma que consagra el delito culposo, a diferencia de la que se refiere al doloso, se basa sobre la pura causalidad objetiva, de ahí se deriva la imposibilidad de distinguir entre las diversas conductas de los diversos coparticipes - sobre la pura base de la causalidad objetiva, efectivamente, no es dable distinguir entre la conducta del autor y la del cómplice o cooperador. "

Explica también Latagliata, según palabras del Doctor Bernal " de acuerdo con esa posición dogmática, la tipicidad, o mejor dicho la correspondencia al tipo del ilícito definido en la norma acriminante y sancionable a título de culpa, debe establecerse sólo teniendo en cuenta el mero valor causal de la conducta objetivamente negligente, inexperta o imprudente. De esa manera, toda conducta negligente inexperta e imprudente. De esa manera, toda conducta negligente imprudente o inexperta que se coloque como condición necesaria del resultado dañoso, contiene, por ello solo el requisito de la correspondencia o conformidad al tipo de ilícito descrito, y constituye por sí misma una conducta de autor. El que realiza culposamente un tipo de hecho culposo- se ha dicho- obra siempre como autor. De ahí imposibilidad de distinguir entre comportamiento de coautoría y -

comportamientos de simple participación, y, desde luego la imposibilidad de distinguir una coparticipación en el hecho culposo." Más adelante el Doctor Bernal expresa conceptos del Doctor Luis Carlos Pérez a los cuales hace algunas críticas. Reproducimos lo siguiente:

" Esta es la posición doctrinaria de autores que, como Pérez afirma según se anotó atrás, que el hecho ilícito culposo en el Código Colombiano está estructurado, no sobre la voluntariedad de los actos iniciales, sino sobre el resultado, entre otras cosas porque lo relativo la conciencia y voluntad de los actos que impulsan la conducta ilícita (Artículo 42 del Código Penal Italiano) es tesis insostenible entre nosotros, ya que la tesis de Carrara relativa a la voluntariedad en la producción de la causa, la deshecha nuestra ley". De otra parte también sostiene Pérez que no estando contemplada la modalidad de la cooperación en el delito culposo " es indebido aceptarla porque eso haría al juez creador de derecho y violador, por lo mismo del texto legal". Finalmente, dice que la participación en el delito no puede ser sino intencional " o pierde su naturaleza y hasta su sentido lógico".

CONCLUSION.- Se dijo ya que con relación a la " estructura de la norma sobre el hecho culposo se ha escrito mucho. Es abundante la literatura sobre la materia y muchas las teorías de los autores, que además se han extendido en consideraciones que aparentemente se apartan del tema que se proponen tratar. Para un estudio somero como el que nos hemos propuesto es imposible analizar cada una de las teorías ideadas por los autores por eso nos hemos limitado a exponer el pensamiento de algunos de ellos. Unos autores niegan que -

exista la cooperacion en el delito culposo y que la norma que -
 consagra este delito se basa en la pura causalidad objetiva y que
 allí " se deriva la imposibilidad de distinguir entre las diversas-
 conductas de los diversos coparticipes. Otros sostienen que el deli-
 to culposo se ha considerado como figura delictiva meramente causal-
 y que el elemento esencial del ilícito culposo consiste en la involun-
 tariamente del resultado que se produce como consecuencia de una negli-
 gencia, imprudencia o impericia. Hay también quienes sostienen que "
 el hecho ilícito culposo en el Código Colombiano no sobre la volunta-
 riedad de los actos iniciales, sino sobre el resultado. Y no falta -
 quienes sostengan que " no basta la simple relación material conducta-
 resultado para que el hecho pueda imputarse a alguien " es necesario -
 además la existencia de una tonalidad subjetiva que le dé contenido -
 humano a la conducta."

Y otro argumento según manifiesta el doctor Bernal Pinzón " es el de -
 que en el Código la culpa, posiblemente porque se afirma que la conduc-
 ta es involuntaria, tiene su base en el efecto, en el resultado y nó -
 en la causa, en la conducta". Pero el mismo Doctor Bernal critica este-
 argumento, porque según el, " en el Código se sanciona el resultado -
 culposo de daño o de peligro, no por sí mismo, no porque sea un resulta-
 do dañoso o peligroso, sino porque ha sido causado, porque ha sido pro-
 ducido, porque ha tenido origen en una conducta que se califica como
 culpa. "

En este punto estamos de acuerdo con la tesis del doctor Bernal.

C A P I T U L O - I I

COMPENSACION DE CULPA

Sobre la compensación de culpas se expresa soberanamente el doctor - Vicente Arenas cuando refiriéndose a la relación de causalidad en los delitos culposos dice: " El mismo criterio debe aplicarse para resolver el llamado problema de la compensación de culpas, es decir, cuando la culpa del victimario se suma la de la víctima ". No puede sostenerse en términos absolutos que las dos culpas se neutralicen jurídicamente y que por esa razón no deba deducirse responsabilidad del victimario. Tampoco sería exacto sostener que, sin excepción, deba deducirse responsabilidad al autor material de la muerte prescindiendo por completo de la culpa de la víctima. Las dos proposiciones son igualmente equivocadas, porque en unos casos puede ser verdad lo primero y en otros lo segundo. Generalizar en estas materias es peligroso, por el riesgo de convertir en delitos culposos lo que son casos fortuitos y viceversa.

A su vez el Doctor Bernal Pinzón expresa:

" El tema relativo a la admisibilidad o no de la llamada compensación de culpas apenas se trata a título de mera información yá que la unanimidad de autores modernos están por la negativa: No es admisible en materia penal la compensación de culpas, que sí se acepta en el campo civil. La cuestión ha surgido porque gran autoridad de Carrara la admitió precisamente para el caso de que " el ofendido, por su imprudencia imperdonable haya sido la causa primera del propio daño, pues no puede decirse que la sanción del ofensor reprima el mal ejemplo dado a los imprudentes".

CONCLUSION.- : Las conclusiones de este capítulo son muy breves, por el hecho de que en derecho penal, según el concepto de la unanimidad de los autores en el derecho penal no existe la compensación de culpas. Si existiere sería algo muy parecido a la antigua ley del Tali6n: ojo por ojo, diente por diente. Tú te descuidastes y y6 me distraje: Estamos empatados. En derecho penal eso no es posible porque sería dar riendas sueltas a la impunidad. Cada persona debe responder por su culpa, nadie puede responder por la culpa de otro. Sino hubo culpa, no hay lugar a responsabilidad. La compensación de culpas puede existir en el campo del derecho civil, donde también existe la compensación en las obligaciones, mejor dicho, en las deudas. En el derecho penal eso no es posible, repetimos.