

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES



6870
T
345.04
R759C
7969
F. J. Y. C. S.
E: 2

“CASO FORTUITO EN LO PENAL”

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JOSE DIMAS ROMANO CRUZ

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

MAYO DE 1969

U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

Rector

DR. JOSE MARIA MENDEZ

Secretario General

DOCTOR RICARDO MARTINEZ HIDALGO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

DOCTOR RENE FORTIN MAGAÑA

Secretario

DOCTOR FABIO HERCULES PINEDA

I

A S E S O R D E T E S I S

Dr. Marcel Orestes Posada

T R I B U N A L E X A M I N A D O R D E T E S I S

Presidente: Dr. Rodolfo Antonio G3nez

1er. Vocal: Dr. Manuel Atilio Hasbun

2do. Vocal: Dr. Mauricio Roberto Calder3n.

INDICE
CAPITULO I
INTRODUCCION

| | Pág. |
|--|------|
| 1.- CONCEPTO DEL DELITO Y SUS CARACTERES O ELEMENTOS | 1 |
| 2.- EL ACTO Y SU AUSENCIA | 2 |
| 3.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD | 3 |
| 4.- ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION | 5 |
| 5.- LA IMPUTABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD | 7 |
| 6.- LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD | 8 |
| 7.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y SU AUSENCIA | 8 |
| 8.- LA PENALIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS | 9 |

CAPITULO II
LA CULPABILIDAD:

| | |
|--|----|
| 9.- NECESIDAD DEL ESTUDIO DE LA CULPABILIDAD EN RELACION CON EL CASO FORTUITO. | 12 |
| 10.- IDEAS GENERALES SOBRE LA CULPABILIDAD | 12 |
| 11.- RESEÑA HISTORICA DE LA CULPABILIDAD | 16 |
| 12.- CONCEPTO DE LA CULPABILIDAD | 17 |
| 13.- CONCEPCION PSICOLOGICA SOBRE LA CULPABILIDAD | 18 |
| 14.- CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD | 19 |
| 15.- TEORIA PSICOLOGICA | 21 |
| 16.- TEORIA NORMATIVA | 23 |
| 17.- TEORIA FINALISTA | 27 |
| 18.- FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD | 30 |

CAPITULO III

CAUSAS DE INCULPABILIDAD:

| | |
|--|----|
| 19.- CUESTION TERMINOLOGICA | 38 |
| 20.- CONCEPTO DE CAUSAS DE INCULPABILIDAD | 40 |
| 21.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD. | 41 |
| 22.- CLASIFICACION DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD | 42 |
| 23.- CLASIFICACION DE LAS EXIMENTES. DIFERENTES CRITERIOS | 43 |
| 24.- LAS EXIMENTES EN NUESTRO CODIGO PENAL Y SU CLASIFICACION | 46 |

CAPITULO IV

CASO FORTUITO

| | |
|---|----|
| 25.- CUESTION ETIMOLOGICA Y TERMINOLOGICA DEL CASO FORTUITO | 50 |
| 26.- EVOLUCION HISTORICA | 50 |
| 27.- CONCEPTO DE CASO FORTUITO | 55 |
| 28.- CALIFICACION JURIDICA DEL CASO FORTUITO | 65 |
| 29.- ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO | 68 |

CAPITULO V

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO:

| | |
|--|----|
| 30.- PRIMER ELEMENTO | 69 |
| 31.- SEGUNDO ELEMENTO | 69 |
| 32.- TERCER ELEMENTO | 75 |
| 33.- CUARTO ELEMENTO | 77 |
| 34.- ASIMILACION DEL DAÑO DEPORTIVO AL CASO FORTUITO | 80 |
| 35.- EFECTOS DEL CASO FORTUITO | 83 |

CAPITULO VI

DERECHO COMPARADO:

| | |
|---|----|
| 36.- IDEAS GENERALES | 86 |
| 37.- LEGISLACION DE CHILE | 87 |
| 38.- LEGISLACION DE BOLIVIA | 87 |
| 39.- LEGISLACION DE HONDURAS | 88 |
| 40.- LEGISLACION MEXICANA | 88 |
| 41.- LEGISLACION DE GUATEMALA | 89 |
| 42.- LEGISLACION DEL ECUADOR | 89 |
| 43.- LEGISLACION DE COSTA RICA | 90 |
| 44.- LEGISLACION DE ARGENTINA | 91 |
| 45.- LEGISLACION DE URUGUAY | 92 |
| 46.- LEGISLACION DEL BRASIL | 92 |
| 47.- LEGISLACION DE COLOMBIA | 93 |
| 48.- EL CASO FORTUITO EN NUESTRA LEGISLACION PENAL | 94 |
| 49.- DIFERENCIA DEL CASO FORTUITO EN MATERIA PENAL Y EN MATERIA CIVIL CONFORME NUESTRA LEGISLACION. | 97 |

CAPITULO VII

| | |
|----------------|-----|
| JURISPRUDENCIA | 101 |
|----------------|-----|

CAPITULO VIII

| | |
|--------------|-----|
| CONCLUSIONES | 110 |
|--------------|-----|

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.- CONCEPTO DEL DELITO Y SUS CARACTERES O ELEMENTOS.

Es necesario decir unas palabras sobre el delito y sus elementos, ya que su estudio ha cobrado en los últimos años gran importancia, y además el tema de mi trabajo tiene que ver con uno de los caracteres negativos del delito.

Los autores no se han logrado poner de acuerdo sobre una definición que pudiéramos llamar de tipo universal, que recoja los criterios sustentados. Sin embargo, para el fin que me propongo, tomaré como punto de partida, la definición que nos da el gran penalista don Luis Jiménez de Asúa, cuando dice que el delito es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (1).

Desde un punto de vista dogmático se considera el delito, para su análisis, como un todo compuesto por siete elementos que son: el acto, la adecuación típica (tipicidad), la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la penalidad y, en ciertos casos, la condición objetiva de punibilidad. Estas características las encontramos en la anterior definición que hemos transcrito, y fueron señaladas por primera vez en el siglo XVIII, por el penalista alemán Böhmer. La ausencia de cada uno de estos elementos positivos ante dichos, crea un instituto jurídico penal de gran importancia, así: el acto (acción u omisión), su aspecto negativo constituye la ausencia de acto; la tipicidad, cuyo aspecto negativo constituye la au-

(1) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y El Delito. Pág.223. 2a. Edición Editorial Hermes. Buenos Aires. 1954.-

sencia de tipo; la antijuricidad, su ausencia origina las llamadas causas de justificación; la imputabilidad, cuya ausencia da lugar a las causas de inimputabilidad; la culpabilidad, cuyo aspecto negativo configura las causas de inculpabilidad; la condicionalidad objetiva, su aspecto negativo: la falta de tales condiciones; y la punibilidad o sanción, cuya ausencia determina el nacimiento de las excusas legales absolutorias. Visto así, los aspectos positivos y negativos de los elementos o caracteres que configuran el delito, daré una noción sobre cada uno de dichos aspectos.

2.- EL ACTO Y SU AUSENCIA.

A) El primer carácter del delito es ser un acto, y empleo este término, porque siguiendo las enseñanzas de don Luis Jiménez de Asúa en él están comprendido tanto el hacer como el omitir. Para el ilustre maestro, el acto se define así: "manifestación de voluntad que, mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo, cuya modificación se aguarda" (2); el autor Isidro de Miguel Pérez define el acto diciendo: "la conducta intencional o culposa que, mediante acción u omisión produce un cambio en el mundo exterior" (3). El acto es, pues, una manifestación de voluntad, o sea el querer de la persona exteriorizado, que puede presentarse en un movimiento corporal o como inactividad del cuerpo del agente, por ello se dice: que la acción y la omisión son las dos formas en que se manifiesta el acto. Los elementos del acto son: manifestación de voluntad, resultado y nexos causal entre aquella y éste.

B) Para los autores que consideran el acto como elemento integrante

(2) Jiménez de Asúa. Obra citada. Pág.227.

(3) Isidro de Miguel Pérez. Derecho Penal. Principios Generales. Curso de Derecho. Pág.219. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1963.

te de la tipicidad, naturalmente la falta de acto, sería la ausencia de tipo; por el contrario los que consideran que el acto tiene autonomía, estimándolo como el primer elemento del delito, su ausencia crea un aspecto negativo del delito con sustantividad propia, criterio con el cual comulgamos. Puede decirse en general, que toda conducta que no sea voluntaria, en el sentido de espontánea y motivada, crea ausencia de acto humano; así por ejemplo cuando a un sujeto se le obliga, con la mano apresada, a que lesione a otro con un puñal a quien no quiere lesionar, sin que pueda resistir ese movimiento corporal forzado, habría falta de acción; así como también cuando a un hombre se le obliga a perpetrar una omisión punible, atándole, no cabría hablar de acto omisivo.

3.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

A) Entre la infinidad de conductas humanas posibles, el legislador selecciona algunas que formalmente parecen atentar contra bienes jurídicos más fundamentales e importantes; de lo dicho se infiere que la función de la tipicidad es separar del vasto conjunto de conductas humanas, aquellas que el legislador desea que sean sometidas a examen dentro de los preceptos penales, y se le ha definido como la adecuación del hecho o acto al tipo legal descrito por la ley como delito. Por ello algunos autores, erróneamente, equiparan la tipicidad con el cuerpo del delito.

Se distingue tipo de tipicidad, en que tipo es el acto que la ley considera como delito, es la descripción objetiva de cada hecho que el legislador incluye en el catálogo de los delitos; mientras tipicidad es la teoría que estudia estos tipos, analiza sus características y el enlace con los demás elementos del delito.

Establecida la noción de la tipicidad, veamos ahora el aspecto negativo de la misma, o sea la atipicidad.

B) Por muy inmoral que se considere una conducta, si ésta no está descrita en la ley como delito, no puede dirigirse persecución alguna contra su autor, pues en materia penal no se acepta la analogía. La coincidencia entre el acto ejecutado y el tipo descrito por la ley como delito, ha de ser rigurosamente exacta, y la falta de alguno o de todos de los elementos constitutivos del tipo trae como consecuencia la falta de tipicidad o atipicidad; a este respecto el penalista Carlos Fontán Balestra nos manifiesta: "Los tipos penales son las abstracciones con las que se definen los hechos punibles; la tipicidad es el medio de que dispone la ley penal para delimitar el grupo de las acciones antijurídicas que son punibles. De modo que toda acción que no reúna las características contenidas en alguna de las figuras de la parte especial, no es un delito. Los tipos penales tienen la exclusividad en la determinación de los hechos punibles, mediante la limitación que empieza y termina en cada tipo. Una acción solo es delito cuando están presentes todos los elementos de una figura, sin que se puedan constituir hechos punibles con varios elementos -por muchos- que sean- de distintas figuras que no alcancen a completar una". (4)

Esta ausencia de los elementos del tipo puede provenir: a) por falta del sujeto pasivo o de objeto, como lo es la mujer en el caso de estupro, o de la cosa mueble ajena en el caso de hurto y robo; b) por falta del sujeto activo, como en el caso del Art.242 de nuestra ley penal que requiere que sea facultativo; c) por falta de referencias o elementos temporales o especiales, como en las sesiones ordinarias a las que se refiere el Art,92Pn; el estado de campaña o de guerra a que aluden los Arts. 96 y 107 Pnd; por falta del medio previsto como el del lugar en donde se ejercen las funciones, como en (4) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Pág. 51. Parte General. Ediciones Glem S.A. Buenos Aires. 1966

los delitos de desacatos; e) por falta de los elementos o condiciones subjetivas de lo injusto, como el ánimo de lucro en el hurto, las miras deshonestas en el rapto.

Conforme a nuestra ley penal la atipicidad se resuelve con base en el Art. 1o. Pn. en relación con el No. 1o. del 181 I, y además con el Art. 2 Pn.

4.- ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

A) Se ha pretendido definir por la mayoría de autores, la antijuricidad, como lo contrario al derecho; otros la definen haciendo referencia a su aspecto negativo (las causas de justificación), diciendo que es antijurídico todo hecho definido en la ley, y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. También cabría decir, que existe antijuricidad cuando hay lesión o riesgo de lesión a las normas jurídicas que amparan intereses protegidos por la ley penal, en atención a que son esenciales para la persona, para la sociedad o para el estado. A este respecto el tratadista José Rafael Mendoza nos dice: "Recapitulando lo expuesto, se puede concluir que la antijuricidad es material, objetiva y valorativa. Es material, porque lo antijurídico no es la mera contradicción con la regla jurídica que en las leyes se expresa negativamente, ésto es, por el enunciado de las causas de justificación, sino que posee un contenido real, material, tiene una materia propia, tiene carácter sustancial, su contenido consiste en algo más que una relación entre el hecho y las reglas del ordenamiento positivo, en la lesión o puesta en peligro del bien que la norma jurídica pretendía mantener incólume. Es objetiva, porque en la teoría jurídica del delito, por el método analítico de sus caracteres, no es necesario verificar si el agente obró de manera culpable (con dolo o culpa). La culpabilidad y su presupuesto de imputabilidad

son elementos sucesivos del delito que se refieren a lo subjetivo, al sujeto, al reproche de la conducta. Y es valorativa, con valoración objetiva, porque es la expresión del disvalor jurídico al ponerse en relación al acto humano con la norma" (5).

Como indudablemente este es un tema de gran amplitud y de cierta controversia entre los autores, bástenos lo antes dicho para conseguir el propósito deseado.

B) La mayoría de los autores han conservado la denominación, "causas de justificación" para referirse a estas causas que eximen de responsabilidad, aunque talvez el término no resulta tan afortunado, ya que cuando ellas concurren nada hay que justificar, puesto que su presencia tiene la virtud de borrar lo delictuoso del hecho, vale decir, no hay delito. Francesco Antoliseis, las define así: "aquellas especiales situaciones en las que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone" (6).

Jiménes de Asúa las define así: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; ésto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen" (7). Entonces pues, las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme a derecho, no hay violación o lesión de normas, - porque en tales casos, al cometer el acto típico, se ejerce un derecho o se cumple un deber, que es el interés jurídico preponderante, frente a otro interés que no debe ni puede ser preponderante ante la ley.

(5) José Rafael Mendoza. Curso de Derecho Penal Venezolano. Tomo II Págs. 11 y 12. Cuarta Edición. Empresa El Cojo. S.A. Caracas. 1961

(6) Francesco Antoliseis. Manual de Derecho Penal. Parte General. Págs. 228 Uteha. Argentina. Buenos Aires. 1960.

(7) Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 306.

La mayoría de los autores han logrado hacer una enumeración de las causas de justificación, que con frecuencia se presentan en las diversas legislaciones. Nuestra legislación penal, las contempla en el Art. 8 Pn. Nos. 4, 5, 6, 7 y 11.

5.- LA IMPUTABILIDAD Y LAS CAUSAS DE ININPUTABILIDAD.

A) El término imputabilidad tiene su origen en el verbo latino - "imputare", que significa atribuir; además de que el acto debe estar tipificado y ser antijurídico, su autor tiene que ser imputable, es decir, alguien que por sus condiciones psíquicas pueda responder criminalmente por su acción u omisión. El autor José Rafael Mendoza, define la imputabilidad diciendo: "Las condiciones físicas y psíquicas exigidas por la ley para que una persona capaz de derecho penal, pueda ser estimada violadora de una norma penal". (8). El penalista Jerónimo Montes, citado por el Dr. Manuel Arrieta Gallegos, en sus comentarios al Código Penal Salvadoreño, define la imputabilidad así: "que es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó" (9). Como se ve, el fundamento de la imputabilidad es la capacidad del agente, en el momento de cometer el hecho dañoso.

B) Sabido es que la persona tiene razón y voluntad, ya que estos son atributos propios de la condición humana, que le permiten poder ser sujeto posible de un juicio de reproche; pero hay casos en que por falta de salud psíquica o por falta de madurez mental, no se reúnen la razón y la voluntad suficientes para hacer ese reproche, trayendo como consecuencia la no imputabilidad.

El ilustre maestro don Luis Jiménez de Asúa, define las causas de inimputabilidad diciendo: "la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales

(8) José Rafael Mendoza, Obr. Cit. Tomo II, Pág. 91.

(9) Manuel Arrieta Gallegos. Comentarios al Código Penal Salv. Pág. 63

que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; ésto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró" (10).

Nuestra legislación reconoce como causas de inimputabilidad las siguientes: a) enajenación mental, b) privación de la razón, c) la menor edad, contempladas en el Art. 8 Pn. Nos. 1, 2 y 3.

6.- LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Como los dos capítulos siguientes tratan de este tema, omitimos hacer comentario alguno y nos remitimos a lo que oportunamente diremos.

7.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y SU AUSENCIA.

A) Es problema aun no resulte por la doctrina, si las llamadas condiciones objetivas son algo independiente del delito, o por el contrario son parte de la integración jurídica del mismo. Ernesto Beling, según cita que hace don Luis Jiménez de Asúa, mantiene el criterio de que las condiciones de punibilidad son independientes y, por tanto, diversas de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y el mismo autor las define diciendo": son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad" (10).

Los autores Leopoldo Zimmerl y Erich Land, según cita que hace don Luis Jiménez de Asúa, en su obra ya citada, son partidarios de la tesis contraria a la sustentada por Beling, o sea la tendiente a relacionar las condiciones objetivas con los restantes caracteres del delito. Por su parte, el ilustre maestro don Luis Jiménez de Asúa, en su obra Tratado de Derecho Penal, nos dice: "que las condiciones objetivas de punibilidad son los llamados presupuestos procesales que exigen las leyes penales, en forma expresa o tácita, (10) Luis Jiménez de Asúa, Obra. cit. Pág. 449 y 450.

cuando se tipifica en ella determinadas figuras delictivas y que conforme la unidad del delito tenemos que concebirlas como parte o elemento de éste" (11).

B) La ausencia de estas condiciones, trae como lógica consecuencia, que no se puede sancionar el delito correspondiente; así por ejemplo un Juez de lo penal no puede sancionar a un presunto culpable de quiebra fraudulenta sin la declaración previa que ha de hacer el Juez de lo Mercantil (Art.801Com). La falta de estas condiciones objetivas de punibilidad, produce los mismos efectos que la ausencia de acto, de antijuridicidad, de imputabilidad o las excusas absolutorias, pero la diferencia está en que la falta de cualquiera de los demás elementos del delito, no permite la responsabilidad sobre el mismo delito, por producir cosa juzgada; mientras que si faltan las condiciones objetivas de punibilidad, permite, en ciertos casos reproducir la acción judicial contra el responsable si se cumple posteriormente el presupuesto procesal que faltaba.

8.- LA PENALIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A) Aún se discute entre los mas grandes penalistas, sobre si la pena, es un elemento del delito o es una consecuencia del mismo. Beling y sus partidarios consideran la penalidad como una consecuencia y no como un requisito. Por mi parte, soy de los que creen que la pena es un elemento propio del delito, porque no cabría hablar de delito cuando se transgrede un orden jurídico, si no lo conminamos con una pena, porque solo es delito la conducta humana cuando tiene como sanción una pena; nuestra manera de pensar, tiene su fundamento en nuestra ley penal cuando define qué es delito; en efecto el Art. 10. Pn. dice: "Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley", entiendo que en la frase "penada con anterioridad por la ley", se expresa (11) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal.

la punibilidad como característica del delito; además fundamentan este orden de ideas los ilustres penalistas don Luis Jiménez de Asúa cuando nos dice: "A nuestro juicio, la punibilidad, o mejor dicho, el estar penado por la ley es el requisito que especifica la acción u omisión delictiva, unido a la tipicidad. Estas características constituyen la última diferencia en la definición del delito, puesto que los otros caracteres antijuricidad y culpabilidad, por ser comunes a todo hecho injusto y culpable, civil o penal, constituyen el género próximo" (12). Esta misma manera de pensar sustenta Cuello Calón cuando nos dice: "El delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres mas destacados. Como ya vimos para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, siendo de todos ellos éste el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable y, sin embargo, no ser delictuosa, podría, v.g., constituir una infracción de carácter civil o administrativa, más para que constituya un hecho delictuoso, un delito, es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley con una pena, que sea punible" (13).

B) Este término "excusas absolutorias", usado por el código español y en los países iberoamericanos, tiene otras denominaciones que le han dado algunos autores; así Franz von Liszt las llama "causas personales que liberan de la pena"; Mayer las llama "causas personales que excluyen la pena". Han sido definidas por Degois, según cita que hace Eusebio Gómez, en los siguientes términos: "Son hechos determinados por la ley que, sin borrar el carácter delictuoso de un acto, sin suprimir la responsabilidad de su autor, producen una excepción de la penalidad que, ordinariamente, se asocia a

(12) Luis Jiménez de Asúa. Códigos Penales Iberoamericanos. To.I. Pág.299. Editorial "Andres Bello", Caracas 1946

(13) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. To.I. Pág.302. 3a. Edic.

la perpetración de una infracción" (14). A este respecto también nos dice Alfredo Etcheberry lo siguiente: "Quedan actualmente en esta clase de eximentes (excusas legales absolutorias) solo aquellas en las cuales el legislador ha renunciado a la imposición de la pena por razones de conveniencia social o política, pero subsistente todos los caracteres constitutivos y valorativos del delito" (15). Creo que con los conceptos dados por los autores antes citados, - queda bastante claro la noción de excusas absolutorias; y en nuestra legislación penal podemos citar como ejemplos los casos contemplados en los Arts. 15 inc. último, 141, 524 y 378 Pn.

(14) Eusebio Gómez. Tratado de Derecho Penal, To. I. Pág.538. Compañías Argentina de Editores. Buenos Aires. 1939.

(15) Alfredo Etcheberry. Derecho Penal. Parte General. To.II. Pág.10. Carlos E. Gibbs A, Editor. Santiago de Chile 1964.

CAPITULO II

LA CULPABILIDAD

9.- NECESIDAD DEL ESTUDIO DE LA CULPABILIDAD EN RELACION CON EL CASO FORTUITO.

Se impone la necesidad de abordar el tema de la culpabilidad, porque siguiendo la corriente más generalizada, al caso fortuito se llega después de haber hecho un recorrido sobre el campo de la culpabilidad, pues el ligamento del caso fortuito y la culpabilidad es tal, que aquel constituye el límite a su grado inferior de ésta, de la misma forma que la culpa constituye el límite del máximo del caso fortuito; o siguiendo otro orden de ideas, como veremos posteriormente, el grado superior de la culpabilidad es el dolo y el inferior la culpa, pero aunque por encima del dolo se agota las posibilidades de atribución moral, por bajo de la culpa pueden existir situaciones en que la voluntad, o no está ligada con conducta contraria a derecho o aún ligada moralmente a una conducta contraria a derecho, ésta es penalmente irrelevante, campo propio del caso fortuito.

10.- IDEAS GENERALES SOBRE LA CULPABILIDAD.

Una primera cuestión que surge al abordar el tema de la culpabilidad, es la confusión de término y contenido en que incurren algunos autores entre imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad; autores de gran talento a menudo han empleado imputabilidad como equivalente a culpabilidad, así tenemos a Francisco Carrara, cuando define el delito como un acto moralmente imputable, se refiere a la culpabilidad, consistente en atribuir un hecho a alguien, primero moralmente, luego políticamente (16). También M. A. Mayer, según cita que hace Carlos Fontán Balestra, al definir el delito como acon-

(16) Carrara, Programa de Derecho Criminal. Parte General. Pág.49.

tecimiento típico, antijurídico e imputable, le da a esta última palabra el sentido amplio de culpabilidad. (17)

Impallomeni, citado por Luis Jiménez de Asúa, escribe distinguiendo la imputabilidad de la responsabilidad, así: "La imputabilidad, se distingue de la responsabilidad, aunque sean dos expresiones que suelen usarse promiscuamente, como se distingue de la imputación, ésta es una expresión técnica procesal y significa un acto del procedimiento penal, por el que se acusa a alguien de un delito para que responda de él, en conformidad a la ley penal, ante un juez competente. Pero se emplea del mismo modo para designar el propio juicio del magistrado, por el cual se atribuye a alguno, como a su autor, un hecho previsto por la ley como delito. La responsabilidad penal es la obligación de sufrir una pena a causa de un delito, si es por ende, penalmente responsable, cuando todas las condiciones materiales y morales previstas por la ley como esenciales de un delito, se encuentran existentes en el hecho imputado. La imputabilidad es el presupuesto de la responsabilidad penal. Se trata de la posibilidad de ser imputado por un delito, o de ser responsable penalmente de un hecho, y consiste en aquellas condiciones psíquicas que la ley considera como necesarias en cada individuo en el momento del hecho, a fin de que éste pueda serle imputado como delito. La imputabilidad es el antecedente necesario de la responsabilidad" (18).

Hemos dicho que ha existido confusión entre los autores acerca de los términos "imputabilidad", "culpabilidad" y "responsabilidad", pero considerando que cada uno de los términos antes dicho tiene un campo propio dentro del Derecho Penal, se impone la necesidad de precisar cada uno de tales conceptos, y para ello tendré que valer

(17) Carlos Fontán Balestra. Obra citada, Pág.192.

(18) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. To. V. Pág.41 y 42. Editorial Losada.S.A. Buenos Aires. 1956.

me de las opiniones externadas por los entendidos en la materia que más se han acercado, a mi manera de ver. Raúl Carranca y Trujillo nos dice a este respecto: "Mientras la imputabilidad es una cualidad psíquica en abstracto, la responsabilidad es una aptitud concreta de ser imputable, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trata" y prosigue dicho autor....."imputabilidad y responsabilidad, concurren a integrar la culpabilidad: declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y responsable por una acción determinada y, como consecuencia sujeto de una pena cierta. En otras palabras:"juicio de reproche" (19); me parece que hay mucha confusión entre la culpabilidad y responsabilidad, en las ideas expuestas por el autor últimamente citado. José Rafael Mendoza a este respecto dice: "a la imputabilidad corresponde el grado de culpabilidad, dolo y culpa" y luego agrega "que los elementos subjetivos del delito son: imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad. La imputabilidad consiste en atribuir el acto a determinada persona....la responsabilidad es el deber de responder del acto imputado....., y la culpabilidad es la declaración de que una persona merece la pena establecida para el delito. Así la imputabilidad implica una posibilidad, la responsabilidad una efectividad, y la culpabilidad una resultante de las anteriores" (20). En esta misma forma piensan los autores Cuello Calón y Sánchez Tejerina, en considerar la imputabilidad y la responsabilidad supuestos necesarios de la culpabilidad.

Cabe decir, que corresponde a los autores alemanes el mérito de haber tratado con acierto esta cuestión, y todos los problemas que atañen al nexo moral que liga al sujeto con su acto, lo tratan bajo la rúbrica común de culpabilidad, marcando el campo propio de cada

(19) Raúl Carranca y Trujillo, Derecho Penal. To.I. Pág.200 y 201
(20) José Rafael Mendoza, Curso de Derecho Penal. Ob. cit.Pág.225 y 226.

uno de los términos, así para el caso, para Augusto Merkel, citado por Jiménez de Asúa, "la imputabilidad, aparece englobada con la culpabilidad, sino formando parte del estudio del sujeto de las acciones punibles y como conjunto de las propiedades de un individuo para que pueda atribuirse a su voluntad el delito perpetrado"...y continúa diciendo....."la imputación es un acto del Juez Penal - que pone el hecho a cargo del sujeto, mientras la culpabilidad es el juicio para la imputación, puesto que consiste en considerar al agente en deuda y tiene naturaleza jurídica" (21). Para este penalista la culpabilidad exige libertad de voluntad. Los penalistas alemanes e italianos modernos han sostenido la tesis de que la imputabilidad significa capacidad en el agente, y siguiendo este orden de pensamientos don Luis Jiménez de Asúa define la imputabilidad diciendo: "la imputabilidad, como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente" (22). Manuel Luzón Domingo en su obra Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal, define la imputabilidad diciendo: "la posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles los hechos, o las meras conductas, que pueda realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre" (23). Ahora veamos unos cuantos conceptos sobre responsabilidad, que como hemos dicho ha reinado gran confusión con la culpabilidad, pues algunos autores han considerado la responsabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, y otros han empleado el término responsabilidad como sinónimo de culpabilidad. Vincenzo Manzini, según cita que hace Manuel Luzón Domingo, en sus Instituciones define la responsabilidad diciendo: "el complejo de las condiciones requeridas por la ley para que al individuo, del

(21) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. To.V. pág.70
(22) " " " " " " " " " 86
(23) Manuel Luzón Domingo, Obra citada. pág. 49.

que se ha afirmado la imputabilidad, se puedan atribuir las consecuencias penales del delito" (24). Jiménez de Asúa define la responsabilidad diciendo: "La responsabilidad penal es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativo objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción u omisión típicamente descrita en la ley" (25). De lo dicho se infiere, que la responsabilidad penal es una consecuencia necesaria de la imputabilidad, de la culpabilidad y de la existencia de un ordenamiento jurídico.

Oportuno es decir que actualmente la mayoría de autores modernos, fundamentan la responsabilidad criminal en la culpabilidad.

Determinado como queda los conceptos de imputabilidad y responsabilidad, entremos a considerar la culpabilidad.

11.- RESEÑA HISTORICA DE LA CULPABILIDAD.

Tanto la expresión, como el auténtico concepto y contenido de la culpabilidad aparecen hace muy poco tiempo. En el derecho de los antiguos pueblos, la culpabilidad no existía, pues la pena se descargaba en el mero ejecutor material, sin tomar en cuenta si el hecho se había producido con intención o negligencia del causante; pues como dice Fritz van Calker, citado por Jiménez de Asúa: "La mentalidad de los pueblos antiguos, se asemeja a la de un niño, mientras que la de nuestra generaciones se parece a la del hombre adulto. El niño que experimenta un mal no tiene la serenidad y madurez psíquica necesaria para distinguir si el acto dañoso procede de la intención de otra persona o si es meramente casual. Reacciona lo mismo contra quien le ocasionó culpablemente el dolor, que contra el que lo produjo por caso fortuito. Lo mismo acontece en

(24) Manuel Luzón Domingo. Obra citada. Pág. 113

(25) Luis Jiménez de Asúa. Ob. citada Pág. 88

las comunidades primitivas: castiga del mismo modo al individuo que lesiona con intención un interés social, como al que produce un daño por mero azar, sin culpa ni propósito de causarlo" (26). Como se ve, en esta etapa de la humanidad solo se reconoció la responsabilidad a virtud de la imputación física. Es a partir del Derecho Romano cuando por influencia de los moralistas griegos, ven como elemento decisivo, la voluntad antijurídica; es pues a partir de esa época de iluminación jurídica, en que la culpabilidad es una característica del delito, sin la que no es posible asociar al hecho dañoso una pena en estricto sentido. Por lo que cabe decir, que para que un hecho o acto humano se configure como delito no solo basta que sea un acto antijurídico, típico e imputable, sino que también debe ser culpable, no solo se requiere que el agente sea su autor material, sino que lo sea también moralmente, y que además de existir esa relación de causalidad psicológica entre agente y acción existe un juicio de reprobación de la conducta de dicho agente, motivado por su comportamiento contrario a la ley.

12.- CONCEPTO DE LA CULPABILIDAD.

Un problema más se presenta para determinar el significado del término culpabilidad, pues entre los autores italianos se destaca que la culpabilidad tiene en rigor un significado procesal, así para el caso dice Antoliseis: "culpable es el reo y culpabilidad, significa la situación de la persona que ha hecho todo lo que la ley requiere para que pueda serle infligida una pena" (27). Por otra parte Marcelo Gallo, aunque le reconoce a la culpabilidad un significado procesal, advierte que este término "culpabilidad está consagrado ya por el uso para designar uno de los caracteres del delito", según cita que hace Jiménez de Asúa (28). Asimismo Eduardo

(26) Fritz van Calker. citado por Jiménez de Asúa. ob. cit. pág. 103

(27) Antoliseis Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General pág. 166

(28) Marcelo Gallo, citado por Jiménez de Asúa, en su Ob. T. D. P. pág. 89.

Novoa Monreal dice que la "culpabilidad se usa en dos acepciones diferentes. En sentido amplio, es sinónimo de reprochabilidad y constituye el cuarto elemento del delito, elemento que es de carácter subjetivo. Refleja la reprobación que el Derecho hace al sujeto activo del hecho delictuoso, tomando en consideración su disposición interna que lo movió a realizar el hecho típico y antijurídico, pudiendo y debiendo haberse ajustado a las exigencias de las normas jurídicas. En sentido estricto, constituye uno de los factores indispensables para la generación de la reprochabilidad y señala el contraste que existe entre la disposición anímica del sujeto, en relación con la conducta determinada que él lleva a cabo y las exigencias normativas" (29). Sin entrar a profundizar en estas cuestiones terminológicas y de significado, voy a dar varios conceptos sobre la culpabilidad, que sabido es, se han dado tantos conceptos por los autores, imprimiéndole a cada definición según el punto de vista de donde aborde la culpabilidad, o mejor dicho según la teoría en que se inspiren para su estudio.

13.- CONCEPCION PSICOLOGICA SOBRE LA CULPABILIDAD.

Silvio Ranieri, amparado en esta concepción, dice: "culpabilidad, para el Derecho Penal, es la relación psicológica que intercede entre el sujeto y el hecho y que, por tener cerca de su fundamento no sólo el aspecto que la voluntad allí asume, sino también el motivo que la determina, y el estado psíquico que lo favorece, es expresión de la adecuación de las condiciones psíquicas, permanentes o temporales, del sujeto al hecho, en el cual se refleja" (30).

Otra definición de culpabilidad desde el punto de vista de la teoría psicológica la da Bellavista, según cita que hace Jiménez de A súa, y dice dicho autor que culpabilidad: "es la relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un resultado querido

(29) Eduardo Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal. págs. 445 y 446

(30) Silvio Ranieri. Manuel de Derecho Penal.Vo.I.Parte General. pág.246.

o no querido, si bien previsto y prevenible" (31). Hay una infinidad de definiciones formuladas por los partidarios de la teoría psicologista, pero bástenos las que hemos expuesto para el fin que pretendemos.

Ahora veamos algunas definiciones de la culpabilidad normativamente consideradas.

14.- CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.

Existe gran desacuerdo entre la doctrina acerca de lo que significa tal denominación y aún más los autores en sus conceptos no señalan una dirección única; pero en términos generales puede decirse, que los autores coinciden en sus posturas normativas o valorativas en desplazar a la culpabilidad de su base psicológica para hacerla recaer, indistintamente, ya en su reprobabilidad, ya en su contrariedad a las normas de deber. Pero bien, no es nuestro propósito en este apartado ver, el pro o el contra de dicha teoría, pues ya tendremos la oportunidad de hacerlo, y únicamente digamos unos conceptos de los normativistas más destacados. Para Werner Goldschmidt, la concepción normativa de la culpabilidad, a la que titula "teoría psiconormativa de la culpabilidad", consiste en motivación reprochable, y tiene en cuenta por un lado, el aspecto psíquico, y por otro, la faz normativa, pues en cuanto al primero, la tesis normativa, afirma la necesidad de una relación psíquica entre el autor y el hecho, con la única excepción de la culpa inconsciente, en la cual la infracción del deber de prestar atención, es decir un elemento normativo, substituye el ausente elemento psíquico, y, en cuanto al segundo, la culpabilidad consiste en la infracción de una norma dirigida a la motivación, por lo cual esta última resulta precisamente reprochable; esta norma es suspendida en todos los casos en los -

(31) Bellavista, citado por Jiménez de Asúa. en su obra Tratado D.P. pág.91.

que operan causas de excusación" (32). Bettiol representante de la concepción normativa define la culpabilidad diciendo: "un juicio de reproche por la perpetración de un hecho lesivo de los intereses penalmente protegidos" (33). Jiménez de Asúa define la culpabilidad siempre bajo esta concepción normativista diciendo: "La culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas" (34).

Conviene también dar un concepto de la culpabilidad amparados en la teoría de la acción finalista, y para ello nos valemos de la que nos da Hans Welzel que dice: " La culpabilidad es la responsabilidad personal por el acto antijurídico. El autor es personalmente responsable cuando a pesar de conocer o haber podido conocer la desaprobación de su acto por el derecho, se resuelve a ejecutarlo, siendo así, que precisamente en virtud de tal conocimiento hubiese podido abstenerse" (35). De lo dicho se desprende que el concepto de culpabilidad no puede fundamentarse en un mero nexo psíquico exclusivamente, ni en un juicio valorativo sobre algo preexistente, ni tampoco en el juicio mismo que el sujeto pudiera emitir al actuar, por ello me parece el concepto que de culpabilidad nos da Manuel Luzón Domingo diciendo: que la culpabilidad es la situación fáctica de una conducta, contraria a derecho, de un sujeto, que la hace producto moral de la voluntad consciente y libre del mismo" (35). Visto el concepto de culpabilidad desde distintos puntos de

vista, entremos a ver las teorías que se han expuesto para su estudio.

(32) Werner Goldschmidt. La culpabilidad y lo inconsciente. "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. To.VII. pág.255.

(33) Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Parte General, pág.244.

(34) Jiménez de Asúa. Obr. cit. To. V. La Culpabilidad.

(35) Hans Welzel. Derecho Penal. Parte General.

(35bis) Manuel Luzón Domingo. Obra citada. pág. 101.

TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD.

Muchas son las teorías que se han elaborado sobre la culpabilidad, algunas de ellas no tienen actualmente mayor importancia, y por eso voy a referirme únicamente a las que han tenido y tienen mayor representación y aceptación, como son: las teorías psicológicas, normativa y finalista.

15.- TEORIA PSICOLOGICA.

Esta teoría imperaba hasta comienzos del presente siglo, fue sustentada inicialmente por von Liszt, adoptada mas tarde por Radbruch, Stoos y muchos partidarios más, y es la que imperó entre los clásicos que tendía a asimilar la responsabilidad jurídica a la responsabilidad moral. Los partidarios de esta teoría se basan en que la culpabilidad parte de una determinada situación de hecho predominantemente psicológica, solo la psique del autor es lo que debe considerarse para esta teoría, concibe pues, la culpabilidad como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho, su pone el análisis de la situación interna del sujeto, dolosa o culposa, relacionándola con el resultado de su acto; Carlos Fontán Balestra la expone así: "que para la teoría psicológica la culpabilidad es la relación psicológica del autor con su hecho, su posición psicológica frente a él. Esa relación puede ser mas o menos indirecta y aún radicar en un no hacer (caso de culpa), pero se vincula siempre en mayor o menor grado con la acción" (36). Conforme es ta manera de pensar, la imputabilidad viene a ser un presupuesto de la culpabilidad; la declaración de que un individuo es imputable o inimputable, puede ser hecha respecto de un sujeto que no ha delinquido, la declaración de culpabilidad, en cambio, requiere que esa capacidad de ser culpable, haya sido puesta en ejercicio al ejecutar un hecho típicamente antijurídico.

(36) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal. Parte General. pág.216.



Se critica esta teoría en que no es posible ver en la culpabilidad una situación puramente psicológica, y así vemos que aún los mas fervorosos defensores de esta doctrina se ven en la imposibilidad de sostenerla en puridad actualmente; don Luis Jiménez de Asúa que estuvo en la posición psicológica hasta por el año mil novecientos treinta y uno, como él lo reconoce en su obra ya citada, y así dice: "la imputabilidad sí es psicológica, en cambio la culpabilidad es normativa, puesto que consiste en un juicio de reproche, basado en que el sujeto obra con motivaciones reprochables y en que era posible exigirle que se comportase de acuerdo a las pretensiones del derecho" (37). Se ha dicho asimismo, criticando a la teoría psicológica, por Frías Caballero "que si la culpabilidad se agotase - con los presupuestos psicológicos contenidos en el dolo o en la culpa, no habría inconveniente en afirmar que el que se defiende legítimamente de la agresión de un tercero, causándole la muerte, ha obrado con dolo, pues el sujeto activo de la legítima defensa obra poniendo en su acción todos los ingredientes psicológicos que integran el dolo, la posición psicológica de quien ejecute un hecho ilícito es exactamente la misma de la del que cumple un hecho ilícito, en el sentido de que ambos saben lo que hacen, pero lo que no es igual es el contenido de esos ingredientes psicológicos, cuya naturaleza típicamente antijurídica es lo que da tinte penal a la posición del sujeto frente al hecho y motivo a la investigación de culpabilidad; y si el sujeto ha obrado en situación de defensa legítima, carece de sentido la investigación de su culpabilidad, pero no porque la culpabilidad sea un juicio de reproche, sino porque hablar jurídicamente de culpabilidad de un hecho ilícito es un error" (38).

(37) Jiménez de Asúa, Obra citada. pág. 156.

(38) Frías Caballero. "La Ley" T. 65, pág. 845.

16.- TEORIA NORMATIVA.

La genuina concepción normativa de la culpabilidad, surge a partir de las ideas expuestas por Reinhard Frank en año de 1907, es a este autor que se señala como el iniciador de la moderna y auténtica doctrina normativa de la culpabilidad; ha sido desarrollada por J. Goldsmidt en 1913, Freundenthal en 1922, Mazger en 1923, Eberhard Schmidt que reelabora en 1927 el tratado de von Liszt, y Hegler en 1930. Frank el iniciador de esta teoría sostuvo que la culpabilidad tenía que ser algo más que la pura relación psicológica; comparó el caso de un cartero que, debido a su pobreza, se apropia de un giro y el de un rico gerente que se apropia de los dineros depositados de su empresa, para concluir que en ambos existe una misma relación subjetiva, pero no pueden ser apreciados como de igual culpabilidad. Por eso añadió como requisito de la culpabilidad el de la normalidad de las circunstancias en que el hecho se realiza, requisito que posteriormente reemplazó por el de una motivación normal y que luego convirtió en libertad y dominio sobre el hecho. Este requisito según Frank, permite medir la culpabilidad y da a ésta su verdadero carácter de reprochabilidad. James Goldschmidt fundándose en la tesis elaborada por Frank se ocupó especialmente de señalar la existencia de una norma de deber, destinada a regir la conducta exterior; esa norma de deber manda al sujeto que se motive por las representaciones de valor jurídicas. La culpabilidad aparece así, como un juicio de reproche que se formula por no motivarse la voluntad por la representación del deber. Una motivación anormal o la falta de libertad del sujeto conducen a la no exigibilidad y por ende a la exculpación. Cabe advertir desde ya que los autores que representan la teoría normativa de la culpabilidad, son un tanto variantes en sus exposiciones, Mas el ilustre maestro

don Luis Jiménez de Asúa, resume la teoría normativa en la siguiente síntesis: "Para la concepción normativa de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió es decir, si lo era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues un juicio y al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia, como dice Hegler" (39). Eduardo Novoa Monreal, alavando la teoría en estudio dice: "que con la teoría normativa de la culpabilidad se eleva el problema de la responsabilidad penal a un plano de la mas alta justicia, en el que juegan armónicamente los principios jurídicos básicos, el respeto de la dignidad de la persona humana y los intereses de la sociedad" (40). Por su parte Gustavo Labatut Glerna, refiriéndose a la teoría normativa nos dice que "el contenido de la culpabilidad es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se funda en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley, y agrega el autor que para la averiguación de la reprochabilidad de una conducta típicamente antijurídica, o sea el juicio de culpabilidad, requiere

(39) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo V.
(40) Eduardo Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. pág. 440.

el examen de tres cuestiones que condicionan el aspecto subjetivo del delito y ellas son: a) precisar si en el momento de actuar, el individuo poseía o nó las condiciones psíquicas indispensables para responder de su hecho; b) sentado que el sujeto es penalmente capaz, imputable, procede determinar de que modo, en el caso concreto, se encuentra vinculado psicológicamente a su acción, esto es, si obró con dolo o con culpa o si el evento dañoso fué resultante de un caso fortuito o de un error incalculable; y c) fijados los dos elementos anteriores se entra a considerar el aspecto propiamente normativo de la culpabilidad, si hubo o no motivación reprochable, que es elemento ajeno a la teoría psicológica, lo que hace necesario indagar si la conducta ordenada por la ley fué o no exigible al agente, en lo cual reside la esencia de la culpabilidad normativa" (41). Básten las ideas antes expuestas de los autores citados, para ver con bastante claridad la teoría normativa de la culpabilidad. Ahora veamos las críticas que se le han hecho a tal teoría. Carlos Fontán Balestra, siguiendo el mismo orden de ideas que Merkel y Sauer hace el análisis crítico de tal teoría así: "El análisis objetivo de la doctrina normativa nos muestra una interrupción en el encadenamiento lógico de su planteo. En efecto, mientras se dice que la culpabilidad no es sólo una relación psicológica, sino que hay algo más, que es el juicio de reproche que de esa situación se hace, sobre la base de la motivación reprochable, no podemos hacer críticas al razonamiento; pero cuando se pasa de ahí, sin solución de continuidad, a afirmar que la culpabilidad es el juicio de reproche, nos encontramos con que esa afirmación se hace porque sí. Sería lo mismo que decir: el agua no es sólo oxígeno, también la compone el hidrógeno, y en seguida declara: el agua es el hidrógeno. Del mismo modo, la culpabilidad puede ser una situa-

(41) Gustavo Labatut Glens, Derecho Penal, Parte General, pág. 161 y 162.

ción psicológica valorada por el derecho, pero el agregado de la valoración no puede permitir quitar el objeto valorado y menos reemplazarlo por el juicio de valor" (42).

Conviene para un mejor entendimiento de las dos teorías antes expuestas, ver sus diferencia, y para ello, nada mejor que seguir las enseñanzas del maestro don Luis Jiménez de Asúa, quien inspirándose en lo que expone Ricardo C. Núñez (Culpabilidad págs.5-6) y en Frías Caballero (obra ya citada), hace las siguientes distinciones:

- a) En cuanto a la estructura esencial de la culpabilidad; En la teoría psicológica agota la culpabilidad en sus dos especies: dolo y culpa, cuyo contenido es puramente psicológico; la teoría normativa no se contenta con examinar el mero proceso psicológico resultante, sino que se remonta a los motivos y al carácter del agente, estableciendo como esencia de la culpabilidad, el reproche, válido tan solo cuando era exigible otra conducta.
- b) En cuanto a la relación entre la antijuricidad y la culpabilidad. En la concepción psicológica se nos presentan las dos características esenciales del delito como dos mundos aparte: el objetivo de lo injusto y el subjetivo de lo culpable; en la teoría normativa, el deber (norma del deber) significa estrecho ligamen entre una y otra característica del hecho punible.
- c) En cuanto a la función de la culpabilidad. En el psicologismo, se contenta con la simple comprobación de que el hecho psicológico (intención o negligencia) existe o no; no puede existirse más o menos; incluso el dolo eventual es un dolo, no un dolo menor. La concepción normativa admite gradaciones. La culpabilidad se gradúa, no solo conforme a las especies que la integran, sino de acuerdo a los motivos y al carácter del agente.

(42) Carlos Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, pág.221.

d) En cuanto a la naturaleza de las causas de inculpabilidad. En la concepción psicológica la culpabilidad solo queda excluida por causas que eliminan el proceso psicológico con que se inviste la culpabilidad. Ej. El error. Adviértase esta paradoja, en cambio: si nos empeñamos en ver la intención como mero hecho psicológico, quien obra en legítima defensa (la más genuina causa de justificación), mataría con dolo a quien lo ataca. En el normativismo se exige también de culpa en los casos en que subsistiendo ese hecho psicológico, concurren situaciones que vuelven anormal la motivación, haciendo inexigible otro modo de proceder.

e) En cuanto a las llamadas inculpabilidad supralegal. En la teoría psicológica sería imposible, pues para ella las causas de inculpabilidad han de considerarse catálogo cerrado, taxativamente enumeradas en la ley. Para la teoría normativa no se trata de enumeración cerrada, sino enunciados abiertos a otras hipótesis de inculpabilidad supralegal. (43).

17.- LA TEORIA FINALISTA.

El creador de la teoría finalista es Hans Welzel, quien al formular su teoría critica el sistema de considerar primero la acción de modo natural y después lo injusto del acto, para ocuparse luego de la culpabilidad, donde se tratan el dolo y la culpa como referencia anímica del autor del hecho objetivo; dice el referido autor que con eso se destruye la estructura unitaria de la acción, y expone su teoría partiendo del principio de que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. El hombre, sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma, que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobrede-

(43) Ideas tomadas de la Obra Tratado de Derecho Penal. To. V. de Luis Jiménez de Asúa.

termina así de modo finalista. Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan a la obtención del objetivo, resulta que la voluntad conciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal es la espina dorsal de la acción finalista, entonces pues, la voluntad finalista de la acción, es la voluntad de concreción que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo y las quiere realizar. Las acciones cuyo resultado se alcanzan finalistamente, como el autor se lo propuso deben ser tratadas como una unidad inseparable en su aspecto subjetivo y causal. Por ello el autor de la teoría finalista, cree que las diferencias entre los delitos do losos y culposos se expresan ya en el tipo objetivo, dividiendo los actos en dolosos, que son auténticas acciones finalistas que desde la preparación del acto buscan su objetivo, y culposas que, si bien son un acontecimiento causal ciego, pueden y deben reputarse acción porque su efecto es evitable finalmente; por hallarse es tos actos culposos referidos a la finalidad, pueden todos ellos juntos a los dolosos considerarse acciones. Lo medular de la teoría finalista, es que, puede decirse: que el dolo y la culpa no son elementos, formas o especies de la culpabilidad, como en la dogmática tradicional, sino momentos constitutivos de la acción y de lo injusto personal, por lo que pertenecen a la acción y al ti po de lo injusto, quedando de consiguiente reducida la culpabilidad al estudio de la imputabilidad y las causas que la excluyen o (como se dice en algunos de los párrafos de la sistemática de Wel zel "el dolo es un elemento de la acción", "el dolo no es parte de la culpa, sino el objeto de la culpa, que pertenece a la acción

y al tipo de injusto" (La teoría de la acción finalista, Depalma 1951, pág. 30) (43).

La teoría finalista, ha adquirido gran importancia en Alemania, y asimismo ha influido en muchos autores como Jiménez Huerta, que no deja de reconocerle importancia, Giuseppe Bettiol, Mezger que dice que hay que pensar en una teoría de la acción, aunque le parece la doctrina de Welzel extraviada.

También hay una cantidad de autores que adversan totalmente la tesis sustentada por el profesor de la Universidad de Bonn, Hans Welzel, bástenos solo mencionar a Lange, Sauer, Arthur Werner, José Arturo Rodríguez Muñoz, así como Jiménez de Asúa, quien criticando esta tesis se expresa: "todos los pensamientos pueden ser deformados, pero éste, que borra las diferentes características del hecho punible y que presenta inevitablemente inbricados lo injusto y lo culpable (separación esencial en la defensa de las libertades del hombre), sirve mejor a los confusionismos gratos a los regímenes tiránicos que a los sistemas jurídicos de una democracia respetuosa de los derechos humanos, cuya principal preocupación sea la defensa de la libertad y la justicia.....no negamos, pues, prosigue diciendo el mismo autor....que la teoría de la acción finalista traiga mucho de nuevo, junto a residuos inevitables de lo antiguo como su aferramiento a concepciones más éticas que jurídicas..... las innovaciones no pueden ser aceptadas, pues trastornan la sistemática del delito sin utilidad alguna y destruyen el concepto de culpabilidad, poniendo, incluso, en riesgo las libertades del hombre" (44).

Otro de los autores que critica duramente la teoría finalista y que lo hace con ácidos términos es Sauer, quien le atribuye haber puesto en desorden la sistemática y haber provocado polémicas es- (44) Jiménez de Asúa. Obra citada. To. V, pág.214 - 216.

tériles. Entonces pues, lo fundamental de la crítica que se le hace a la teoría finalista, es que con la radical separación que plantea entre las acciones dolosas y culposas, rompe toda posibilidad de un estudio unitario del elemento subjetivo del delito, a pesar que los seguidores de tal teoría se vanaglorian justamente de haberlo conseguido. Es indudable que para agotar el tema en todas sus fases sería tarea muy larga, además no está dentro de mis alcances culturales hacerlo; me conformo con lo dicho para conseguir el propósito deseado.

18.- FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD.

Antes de ver las formas o especies de la culpabilidad, bueno es decir y para un mejor entender del tema, unas ideas sobre la esencia y graduación de la culpabilidad.

La esencia de la culpabilidad reside, según Jiménez de Asúa, en la exigibilidad de conducirse de acuerdo con el deber de respetar las disposiciones jurídicas, o como dice Schonke, según cita que hace el mismo autor, el núcleo de la culpabilidad se halla en la posición del autor ante las exigencias de la comunidad" (45). De lo que resulta que la culpabilidad es graduable, según sea más o menos exigible el comportamiento con arreglo al deber.

Graduación de la culpabilidad.

Las opiniones se encuentran divididas en este aspecto, pues conforme la tesis psicológica de la culpabilidad, no puede darse graduación, pues la culpabilidad existe o no existe, su estudio se circunscribe a sus dos especies (dolo y culpa) y a las causas que la excluyen. Conforme a la teoría normativa de la culpabilidad, si pueden deducirse grados de culpabilidad, en atención a los motivos y la personalidad del agente, su carácter y peligrosidad; y a este respecto dice Frank, según cita que hace don Luis Jiménez de Asúa: (45) Luis Jiménez de Asúa. Obr. Cit. To.V. pág. 262.

"que la culpabilidad es tanto mayor cuanto más diste la motivación del autor de la motivación justa, y es tanto menor cuanto mas intervenga en ella circunstancias que se acerquen a una causa de exculpación" (46) Por su parte Jiménez de Asúa, nos dice que si queremos comprender bien como debe graduarse la culpabilidad conforme a la teoría normativa tenemos que distinguir el más o el menos de ella según: a) sus especies; b) la exigibilidad como fórmula general; c) los motivos; d) la personalidad del agente; e) el elemento subjetivo de lo injusto y f) las llamadas circunstancias agravantes y atenuantes.

Cabe también decir que el creador de la teoría finalista, habla de graduación de la culpabilidad, sin que por supuesto se refiera al dolo y la culpa, pues tal como lo hemos visto para esta teoría el dolo y la culpa radican en la acción o en el tipo de lo injusto pero no en la culpabilidad, y así el profesor de Bonn distingue: la culpabilidad plena, b) la culpabilidad disminuida y c) la completa falta de culpabilidad, Visto lo anterior entremos a considerar las especies o formas de la culpabilidad. Ha existido discrepancia entre los autores en determinar las formas de la culpabilidad. Los autores Löffler, Miricka, sin tener éxito pretendieron establecer un sistema tripartito, para ellos las tres especies de la culpabilidad son: a) dolo directo, b) la negligencia y c) el saber o asabiendas, división que hacen inspirándose en el código Penal de Austria. Juan del Rosal, según cita que hace Isidro de Miguel Pérez, divide la culpabilidad en cinco especies o formas: a) dolo sencillo o directo, b) dolo calificado o intencional, c) dolo eventual, d) culpa consciente y e) culpa inconsciente (47).

Carlos Fontán Balestra, dice: que las especies o formas de la culpabilidad son: a) dolo, b) culpa y c) la preterintencionalidad;

(46) Luis Jiménez de Asúa, Obr. Cit. To. V, pág. 246.

(47) Juan del Rosal, citado por Isidro de Miguel Pérez en su Obra Curso de Derecho Penal, Principios Generales. págs. 294 y 295.

este autor incluye la preterintencionalidad como especie de culpabilidad por tener características propias y distintas de las del dolo, dentro del que se ha tenido comprendido ese grupo de hechos, bajo el rubro del dolo preterintencional (48).

La mayoría de tratadistas siguiendo la fórmula clásica, entre ellos: Novoa Monreal, Isidro de Miguel Pérez, Labatut Gléna, Luis Jiménez de Asúa, y otros muchos más, consideran que las dos especies o formas de la culpabilidad son: el dolo y la culpa, aunque ambas admiten subdivisiones; por mi parte creo que esta última es la posición correcta, porque las otras formas a que aluden los autores, que no aceptan la fórmula dual, no son mas que subdivisiones o subespecies como pudiéramos llamar, bien del dolo o de la culpa o una combinación de ambas formas.

Aunque comprendo que el tema "las formas de la culpabilidad", quedaría completo si se abordara el estudio del dolo y la culpa, con toda su amplitud; pero entiendo que el hacerlo estaría fuera de mis objetivos propuestos, ya que ello sería material más que suficiente para un extenso trabajo; por lo dicho únicamente daré unos cuantos conceptos de dolo y culpa, y además como decía al iniciar el presente capítulo, que al caso fortuito se llega después de haber hecho un recorrido por el campo de la culpabilidad, voy a valerme del ejemplo que traen los autores Isidro de Miguel Pérez y Jiménez de Asúa, para apreciar todos los estados o grados de la culpabilidad; y además por la estrecha relación que existe entre el tema fundamental de mi trabajo con los delitos culposos, haré también referencia a éstos.

Concepto de dolo:

Se han dado una infinidad de conceptos sobre qué debe entenderse por dolo, pues cada autor ha dado la suya, sin que se haya podido (48) Carlos Fontán Balestra. Obra Citada. pág.195.

formular un concepto que pudiéramos llamar universal que recoja el sentir de los autores; pero aunque con pequeñas variantes de expresiones, la mayoría de autores reconocen que dos son los elementos sustanciales o constitutivos del dolo: a) la voluntad de cometer el acto, b) el conocimiento o conciencia de su carácter ilícito o, como dice Fontán Balestra, refiriéndose a los elementos del dolo: a) el elemento psicológico, por el que se requiere la relación del sujeto con su acción y con el resultado de ella, b) el elemento ético o de negación del derecho, consistente en actuar con el conocimiento de que la acción es contraria al orden jurídico" (49). Teniendo como base esos dos elementos antes citados, se han formulado una cantidad de definiciones sobre el dolo; así Edmundo Mezger lo define diciendo: "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado" (50). Eduardo Novoa Monreal lo define diciendo: "hay dolo en la realización voluntaria y consciente de una conducta injusta (antijurídica) (51). Francisco Carrara dice que hay dolo: "en la intención mas o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley" (52).

Concepto de culpa.

Tema aún debatido en el Derecho Penal, es la culpa, pues al estudiar su naturaleza se han formulado diversas doctrinas, que no entraremos a conocer; en vista de ello los autores han dado diversos conceptos según la doctrina en que se inspiren. Para Luis Jiménez de Asúa es: "la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha

faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá

(49) Carlos Fontán Balestra. Obra Citada. pág. 238

(50) Edmundo Mezger. Derecho Penal, Libro de Estudio, Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires. 1955. pág. 226.

(51) Eduardo Novoa Monreal. Obra Citada. pág. 496.

(52) Francisco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte General

sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo" (53). Manuel Luzón Domingo, da el siguiente concepto de culpa: "es la situación fáctica de la voluntad consciente de una conducta racionalmente peligrosa, innecesaria y no permitida, que, a su vez, ha sido causa eficiente de un evento contrario a derecho y no querido" (54).

Por las referencia que tengamos que hacer posteriormente, conviene decir, unas cuantas palabras sobre las clases de culpa en materia penal.

Clases de culpa: Se distingue la culpa inconsciente y la culpa consciente, llamada también esta última, culpa con previsión o con representación. Estamos en presencia de culpa consciente o con representación cuando el autor se ha presentado o mejor dicho representado el resultado de su acto, pero no lo quiere y confía en que no ha de producirse y bajo ese estado obra, es decir, con la esperanza, con la fe, de que no se dará el resultado dañoso; y la culpa inconsciente consiste cuando quien ha obrado con negligencia o imprudencia no se representó el resultado dañoso de su acción. Decía que para ver gráficamente los distintos grados de culpabilidad hasta llegar al límite de lo incalculable me iba a valer del ejemplo que trae don Luis Jiménez de Asúa, donde utilizaba la más característica hipótesis de un automovilista.

Primera hipótesis: Un sujeto en vez de utilizar el revólver o el cuchillo para herir o matar a otro, lo aplasta con su automóvil: pone su coche en marcha, maneja el volante en forma adecuada y arreñete contra la víctima atropellándola. Aquí estamos en presencia de un homicidio por dolo directo o como algunos autores lo llaman dolo intencional o de primer grado, que abarca las consecuen--

(53) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y El Delito. págs. 399 y 400.

(54) Manuel Luzón Domingo. Obra citada. pág. 230.

cias que constituyen el fin que el agente se propuso.

Segunda hipótesis: El corredor que apostó por su propia victoria, encuentra en su camino unas gentes, instigadas por el otro concurrente, que impiden el tránsito por la carretera. El conductor las atropella con intención aunque sin desear su muerte, pero el resultado es consecuencia necesaria de su acción de pasar. Aquí estamos en presencia de un dolo directo de segundo grado o dolo mediato, como dicen algunos autores es un dolo indirecto cierto, que abarca las consecuencias no comprendidas en los fines del agente, pero que, para el logro de éstos, necesariamente se producirán.

Tercera hipótesis: El corredor que, para adelantar a sus concursantes, lleva su coche a gran velocidad, se le representa el peligro de que un transeunte se cruce en el camino y ratifica el resultado luctuoso para no perder su marcha vertiginosa que le hará dueño del premio; si el atropello se produce, estamos en presencia del dolo eventual, este dolo, pues, abarca las consecuencias no comprendidas en los fines del agente, pero que en la persecución de éstos, es posible que se produzcan, tal posibilidad o probabilidad se traduce subjetivamente en una duda sobre su producción aceptadas por el agente.

Cuarta hipótesis: Imaginémosnos el mismo caso anterior, pero el sujeto, cuando se representa el resultado, espera de su pericia no producir ningún accidente, si el atropello se origina, estamos en presencia de un caso de culpa con previsión o culpa consciente o culpa con representación como también se le llama. La esperanza de que el hecho no se producirá, como circunstancia decisiva del obrar, es lo que separa esta forma de culpa del dolo eventual.

Quinta hipótesis: Piénsese, en cambio, que no ha previsto el resultado y que no se lo ha representado, a pesar de que debía representárselo, porque iba a pasar en ese instante por un sitio concu-

rrido, por ir distraído aunque manejando a velocidad reglamentaria, causa el atropello; así estamos en presencia de culpa inconsciente es el verdadero caso de culpa, por haber obrado con negligencia o imprudencia, no se representó el resultado delictuoso de su acción.

Sexta hipótesis. Un motorista deseoso de vengarse de su enemigo, le embiste a poca velocidad con su automóvil, sin más deseo que causarle un golpe con el bomper del carro, es decir sin desearle la muerte, y únicamente quiere lesionarlo. Sin embargo, el infortunado cae desmayado por la contusión sufrida y se golpea en la cuneta que se fractura la base del cráneo, a consecuencia de ello muere; aquí estamos en presencia de un delito preterintencional; como vemos los resultados excedieron a la intención del agente, pues el delito menor que se tuvo la intención de cometerlo, fué el de lesiones, que es dólolo, pero el resultado más grave sobreviniente, a consecuencia del cual la penalidad se eleva es culposo, por ello es que decíamos hace poco, siguiendo la corriente tradicional que las únicas dos formas de la culpabilidad, era el dolo y la culpa, y que habían situaciones en que existía una combinación de ambas formas, tal como el presente caso, a pesar de que hayan opiniones contrarias.

Séptima hipótesis: Supongamos, por último que el conductor del automóvil marcha con la moderadísima velocidad, por el lado de la calle que le corresponde, cumpliendo con todas las disposiciones legales de la materia y a pesar de todo ello atropella a un niño que sale corriendo inesperadamente de la acera y que se cruza en la calzada, el hecho no pudo ser previsto por el conductor, a pesar que puso toda la esmeradísima diligencia para evitar el atropello. Aquí estamos en presencia de un caso fortuito, en que la culpabilidad se excluye, no existe, no puede exigírsele al conductor ningun-

na responsabilidad;(55); la situación planteada por medio de esta hipótesis marca en su grado máximo el campo de los delitos culposos, a los que me voy a referir posteriormente, y en su grado mínimo el límite de la culpabilidad.

Referencia de los delitos de culpa: El tratadista belga Hauns, según cita que hace el Dr. Enrique Córdova en su trabajo Estudios Penales, explica así los delitos de culpa": Al examinar el carácter distintivo de todas las modificaciones de la culpa que ha causado un perjuicio a otro, podemos reducirlas a dos formas principales que admiten mas grados: la culpa sin previsión y la culpa con previsión. La culpa imprevista consiste en no haber previsto totalmente el autor el mal que resulta de su acción o de su inacción, pero habiendo podido preverlo. La culpa con previsión tiene un carácter mas grave que la que hemos definido, El agente ha previsto como posible la desgracia acaecida, sin haberla querido, pero debiendo haberla previsto, sea adoptando, las precauciones indispensables para evitarla, sea absteniéndose de la acción. Esta especie se aproxima al dolo por la conciencia en el agente de la posibilidad del mal ocasionado, pero difiere esencialmente de él en que el autor del mal no tuvo intención de producirlo" (56).

Sirvan las anteriores consideraciones para ver con bastante claridad el campo de la culpabilidad y entrar con mayor precisión al terreno que nos interesa fundamentalmente, como es, el caso fortuito.

(55) Ideas tomadas de la obra Tratado de Derecho Penal. To.VI. de Luis Jiménez de Asúa.

(56) Hauns, citado por Dr. Enrique Córdova, en su trabajo Estudios Penales". Primera parte. Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, San Salvador. 1962. pág. 206.

CAPITULO III

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

19.- CUESTION TERMINOLOGICA: Han sido denominadas esta clase de eximentes por los autores, con distintos términos. Los autores Alemanes las han denominado como "causas de exculpación" o "causas de inculpabilidad"; otros autores como Richard Schmidt, la denominan "exclusión de la culpabilidad", Mezger prefiere el empleo de los términos "causas de exclusión de la culpabilidad"; pero la designación más adecuada y que emplea la mayor parte de autores es "causas de inculpabilidad".

Esta clase de eximentes llamadas causas de inculpabilidad son conquistas sistemáticas de la moderna ciencia penal, y corresponde a los penalistas alemanes el mérito de haber hablado por vez primera sobre ellas, y a los autores James Goldschmidt y a N.E. Mayer el haber dado un concepto claro de esas causas que excluyen la culpabilidad, delimitándolas adecuadamente de otras que, como las de inimputabilidad, significan la ausencia del elemento subjetivo y que a menudo han sido confundidas y tratadas conjuntamente, por lo que creo necesario decir unas cuantas palabras al respecto.

Diferencia entre las causas de inculpabilidad y de las de inimputabilidad. Así como, cuando abordamos la culpabilidad, decíamos que autores de gran talento habían confundido la culpabilidad con la imputabilidad, cosa igual ocurre cuando abordamos ese aspecto negativo. Tanto los autores Italianos como los Franceses no han sido muy claro, por lo menos, ante de los autores contemporáneos, en determinar con precisión las causas de inculpabilidad con las de inimputabilidad; muestra de ello es que René Garraud, citado por Jiménez de Asúa, estudia bajo el epígrafe de inimputabilidad, la fuerza irresistible, el estado de necesidad, que sabido es, no son

causas de inimputabilidad. Federico Puig Peña, trata tales eximentes en forma conjunta e indistintamente sin hacer en forma clara la debida separación (57). Otro tanto ocurre con José Antón, según cita que hace don Luis Jiménez de Asúa sitúa de modo conjunta, bajo el título de causas de inculpabilidad, tanto éstas como las que hacen al hombre inimputable. Mas la mayor parte de autores, especialmente los contemporáneos, han abordado muy bien la cuestión, haciendo la separación y tratamiento adecuado; para el caso don Sebastián Soler, ha hecho una clara separación entre las causas de inculpabilidad y las que privan de imputabilidad al sujeto activo de la infracción punible, y así dice que imputabilidad es una calidad personal del sujeto, mientras que culpabilidad es una situación en que el sujeto imputable puede hallarse; imputable es el que es capaz de tener conciencia de la criminalidad de su acto, culpable es el que la ha tenido; lo primero es una posibilidad, lo segundo es una realidad, y ejemplificando la situación dice el aludido autor: "así una verdadera causa de inimputabilidad, como la locura, no tiene relación con determinado hecho, sino que es siempre una situación del sujeto, habría suprimido la responsabilidad tanto por el hecho concretamente cometido, como por cualquier otro. Una causa de inculpabilidad, en cambio, como el error, importa siempre una relación entre el sujeto y determinado hecho imputado" (59).

En este mismo orden de ideas se expresa Eduardo Novoa Monreal, cuando nos dice que las causas de inculpabilidad difieren de las causas de inimputabilidad, en que las primeras están vinculadas a un hecho determinado y por sí mismas no pueden ser extendidas a otros hechos típicos y antijurídicos; en cambio las causas de inimputabilidad, importan la falta de capacidad de un sujeto activo y rigen.

(57) Federico Puig Peña. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. pág. 357

(58) José Antón. citado por Jiménez de Asúa en su obra Tratado de Derecho Penal. To. V. Pág. 298.

(59) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. To. II pág. 75.

por consiguiente, con todos los hechos típicos y antijurídicos que éste realice, mientras la imputabilidad subsista. Es así como un individuo puede estar en inculpabilidad respecto de un determinado hecho, objetivamente delictuoso y ser culpable de otro que realice simultáneamente o con diferencia de tiempo muy breve; lo que no ocurrirá con un inimputable, cuya condición le hace incapaz penalmente, en tanto no desaparezca el estado constitutivo de la inimputabilidad" (60); y para explicar gráficamente la anterior cuestión me valgo del ejemplo que trae don Luis Jiménez de Asúa: "Un hombre, que a pesar de no ser médico, conoce bastante de medicina, cree que a su hijo de pocos años ha debido recetársele un purgante. El médico que asiste al enfermo no lo recetó y el niño ha empeorado. El padre, furioso, injuria gravemente al galeno, mientras da al muchachito una sustancia que está seguro ser una purga, por haberla tomado de donde siempre está el frasco que contiene tal medicamento, pero resulta que la criada puso un veneno para matar hormigas y lo colocó donde antes estaban los medicamentos citados. El error invencible hace al padre inculpable de la muerte del hijo por envenenamiento, pero en cambio responde, por ser imputable de las injurias graves que lanzó contra el galeno".

20.- CONCEPTO DE CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Se entiende por tales, en términos generales, las que excluyen la culpabilidad o absuelven al sujeto del juicio de reproche, o, como dice Novoa Monreal, bajo el nombre de causas de inculpabilidad agrupamos todos aquellos hechos o circunstancias cuya concurrencia excluye el reproche de una conducta, típica y antijurídica realizada por un hombre imputable".(61)

Don Luis Jiménez de Asúa las define diciendo: "son causas de inculpabilidad las que hacen aparecer ante el autor, unas veces como jus (60) y (61) Eduardo Novoa Monreal. Obra citada. Págs. 570 y 569 respectivamente.

to y otras como necesario, un acto en si antijurídico que, por ser lo, reputan los demás ilícito y, contra el cual el perjudicado puede defenderse legítimamente". (62).

21.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Para el antiguo profesor de Berlín M. Ernesto Mayer, el fundamento de las causas de inculpabilidad se encuentra en un "motivo subjetivamente preponderante y equitativo, en una situación en la cual, en atención a las circunstancias, no puede serle exigido al autor que se conforme al motivo del deber" (63). Por su parte don Luis Jiménez de Asúa, considera que el verdadero fundamento de las causas de inculpabilidad, "reside en que, hallándonos ante un acto que encaja en un tipo legal, que es antijurídico y procedente de un hombre imputable, si bien no falta en él ese ligamen subjetivo de intención o negligencia, es imposible elevarlo normativamente a dolo y culpa, en que es la responsabilidad jurídico penal, debido a que ese acto ha sido anormal o irregularmente motivado, ora porque el agente creía erróneamente de modo invencible, que obraba conforme a derecho, cuando en verdad no era así; ora porque el sujeto movido por especiales apremios, se vió en la necesidad de obrar de manera antijurídica, o finalmente porque a causa de una u otra motivación, no se le podía exigir una conducta adecuada al orden jurídico" (63bis). Entonces pues, caracterizándose la culpabilidad, por esa posibilidad de exigir al agente una conducta conforme a derecho (ésto siguiendo la tesis normativa), el fundamento de las causas de inculpabilidad, necesariamente tendrá que ser que no puede exigírsele al agente esa conducta adecuada a la norma jurídica, ya por una situación especial en que obra el individuo, ya por un error esencial o por una violencia moral.

(62) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. To. V. pág. 302

(63) M. Ernesto Mayer, citado por Luis Jiménez de Asúa, en su obra antes dicha, pág. 396 y 303.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas eximentes puede aseverarse por lo que va dicho, que la culpabilidad es de carácter subjetivo; ahora las causas de inculpabilidad tienen que ser de la misma naturaleza, por ello se toma en relación al sujeto activo y no al hecho mismo, de manera que si varios individuos intervienen en un hecho típico y antijurídico, algunos podrán ser inculpables y otros no; asimismo dichas causas no excluyen la naturaleza anti-jurídica del hecho, por lo que puede decirse que no suprimen otras consecuencias legales, como sería la responsabilidad civil en determinados casos, o como dice Carlos Fontán Balestra: "Gráficamente, podríamos decir que la culpabilidad no se trasmite ni se reparte entre los partícipes de un delito. La culpabilidad de unos no supone la culpabilidad o no culpabilidad de otro u otros, ni el error que beneficia a un partícipe, porque le impide a él comprender la criminalidad del acto, es presunción de que los demás hayan actuado con error o sin él"....y agrega el autor...."la ausencia de pena por inculpabilidad no quita al hecho su carácter antijurídico. Producida la lesión de un hecho bien penalmente protegido, las consecuencias son las mismas que las de cualquier otro hecho antijurídico y la posibilidad del análisis de la responsabilidad civil" (64)

22.- CLASIFICACION DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Conviene decir unas cuantas palabras sobre la forma cómo han sido agrupadas las causas de inculpabilidad, o mejor dicho, sobre su clasificación. Jiménez de Asúa nos dice que las causas de inculpabilidad pueden agruparse en dos grandes sectores; a) las que proceden del error y b) las que emanan de la inexigibilidad de otro proceder del agente. En el primer grupo coloca: el error de tipo, el el error de prohibición, eximentes putativas y la obediencia jerár
(64) Carlos Fontán Balestra. Obra citada. pág. 197.

quica; y en el segundo grupo coloca: violencia moral y miedo, exceso en las eximentes, estado de necesidad en que colisionan bienes iguales, aborto sentimental y económico, encubrimiento de próximos parientes o de seres queridos, inexigibilidad específica en otros casos (tales como falso testimonio, omisión de socorro, etc.); este mismo orden de ideas siguen muchos autores, entre ellos Carlos Fontán Balestra, Eduardo Novoa Monreal y muchos más; asimismo las legislaciones modernas, con ciertas excepciones, siguen este mismo orden de ideas. De la clasificación que hemos visto, no figura el caso fortuito como causa de inculpabilidad, y ello se debe indudablemente a que no cabe regular el caso fortuito como eximente, por que la culpabilidad tiene su base en el acto concreto injusto, y el caso fortuito no es más que el límite de la culpabilidad, en lo incalculable, donde la voluntad no opera; esta cuestión la veremos con detalles en su oportunidad cuando veamos la naturaleza jurídica del caso fortuito.

23.- CLASIFICACION DE LAS EXIMENTES. DIFERENTES CRITERIOS.

¿Qué se entiende por eximente?. Según los penalistas clásicos, las eximentes son excepciones al concepto legal del delito consignado en la ley, en el que se erigió la voluntad criminal como causa de la acción u omisión delictiva. En cuanto a su enunciación los autores no están de acuerdo, pues unos las llaman "causas que eximen de responsabilidad", otros la llaman "causas que excluyen la incrimación", los que emplean esta terminología no aceptan la expresión "excención", pronto veremos por qué; también hay autores que en vez de usar la expresión "causas", hablan de "normas" que excluyen la incrimación; otros hacen un estudio diferenciado de las diversas causas que excluyen la responsabilidad, cobijan cada uno de los grupos conforme apreciaciones terminológicas; por mi parte

creo que la designación más adecuada es "causas que excluyen la responsabilidad penal". Viene de los autores clásicos el empeño en buscar una clasificación certera de las causas de irresponsabilidad; en esta ocasión, se pretendió hacer la diferenciación conforme a la moralidad de la acción, es decir tomando en cuenta la inteligencia o voluntad del agente. Entre las primeras comprendieron las condiciones físicas o morales del sujeto, tales como (edad, sexo, sueño, sordomudez, enfermedad mental, ignorancia y error), y entre las segundas la coacción, el ímpetu de las pasiones y la embriaguez. Debe de reconocerse que para los positivistas, en principio no se podía hablar de causas en general excluyentes de la responsabilidad, sino de culpabilidad o inculpabilidad, según la temibilidad del sujeto, aunque posteriormente se haya reconocido una tripartición de las causas excluyentes como son las de inimputabilidad, justificación y excusas.

Generalmente ha sido aceptada por la doctrina tradicional una clasificación tripartita que es la ya dicha, incluyendo en la inimputabilidad la inculpabilidad; pero modernamente y gracias a la teoría analítica del delito, permite coordinar sistemáticamente los elementos genéricos del delito con las causales de irresponsabilidad criminal, lo que hace posible, y siguiendo la opinión de la mayoría de autores modernos, clasificar las causales que excluyen la responsabilidad penal en cuatro grupos, así: a) Irresponsabilidad por ausencia de acto, b) Irresponsabilidad por justificación; c) Irresponsabilidad por inimputabilidad; y d) Irresponsabilidad por inculpabilidad; además se trae como una categoría especial las excusas absolutorias, que aún se discute si en verdad forman un grupo especial o están comprendidas en cualquiera de las antes dichas. Gustavo Labatut Gléna, clasifica las causas que excluyen la respon

sabilidad criminal en cuatro grupos, así: a) las excluyentes de la acción, b) las de inculpabilidad, c) las de justificación y d) las de impunidad o excusas absolutorias (65); vemos que no habla de las causas de inimputabilidad, y es que tal como lo hemos visto es uno de tantos autores que incluyen en las causas de inculpabilidad las de inimputabilidad, quizá por referirse ambas al aspecto subjetivo del delito, esta situación ya fué expuesta, y vimos que cada una de estas eximentes tiene su naturaleza propia y no hay porque confundirlas. Haciendo una pequeña referencia a cada grupo de causales, cabe decir, que las causales excluyentes de la acción o por ausencia de acto, el movimiento corporal, o la abstención en su caso, no merecen el calificativo de acción por haber procedido el sujeto privado de sus facultades cognitivas o volitivas, en este grupo de causales los autores traen: la fuerza física irresistible, el sueño normal o provocado, la sugestión hipnótica. En las causales de inculpabilidad, se absuelve al agente del juicio de reproche del resultado típicamente antijurídico, que como dijimos antes pueden prevenir del error y de la no exigibilidad de otra conducta, aunque también en esta causal se incluye el caso fortuito. En las causales de justificación, se dan situaciones de hecho que eliminan la antijuridicidad del acto, por lo que la conducta formal o aparentemente delictuosa, es, sin embargo lícita, autorizada por la ley, se incluyen en estas causales: la realización de acto lícito, la legítima defensa, el estado de necesidad. Las causales de inimputabilidad, se dan en virtud de la falta de desarrollo y salud mental, y están comprendido en este grupo de causales el menor de edad, el privado de razón, la sordomudez de nacimiento, la idiotez o inbecilidad. Las excusas absolutorias, o causas de impunidad como también se le llaman, son hechos determinados por la ley que, sin borrar el

carácter delictuoso de la acción y sin suprimir tampoco la culpabilidad de su autor, eximen no obstante de la sanción que ordinariamente se asocia a la perpetración de un delito, en virtud de un interés social o político; entre ellas se citan, el hurto y daños entre parientes, los rebeldes o sediciosos que se someten a la autoridad legítima.

24.- LAS EXIMENTES EN NUESTRO CODIGO PENAL Y SU CLASIFICACION.

Nuestro Código Penal en el capítulo segundo del libro primero, recoge las circunstancias que excluyen de la responsabilidad con la rúbrica: "de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal", cabe decir que lo hace al igual que el Código Penal Español y que mucho de los Códigos Iberoamericano que tienen su fundamento en el referido Código Español.

Las expresiones que usa nuestro legislador ha sido motivo de muchas críticas, pues al decir "circunstancias", no se está en lo propio, ya que una circunstancia es algo accesorio, no es lo medular de un hecho, sino algo que está alrededor del mismo y que en todo caso, lo modifica accidentalmente, por lo que al nombrarlas así se dice que se sub-estima la naturaleza de las mismas. También se critica que al usar la expresión "eximen" no se está usando la expresión adecuada, se incurre en otro error, pues por ello parece indicarse que aunque el hecho es imputable, sin embargo, la responsabilidad no se exige por cualquier motivo, y esto realmente no ocurre así. También cabe hacer una última consideración, y es que, el hecho de regularse bajo un mismo artículo, como lo hacemos, estamos dándole el mismo efecto, es decir, como si todas las causales tuvieran el mismo tratamiento, cosa que no es cierta, porque si tienen un carácter común cual es de excluir totalmente la responsabilidad penal, pero unas de ellas dejan subsistente la responsabilidad civil, como

sucede con las causales de inimputabilidad. Por consiguiente, nuestro legislador patrio ha incurrido en los errores apuntados, pero parece ser que tal situación trata de enmendarse con el proyecto del código penal que se ha elaborado, donde si bien es cierto que se tratan estas causas excluyentes de responsabilidad bajo un mismo capítulo, pero cada categoría de eximentes tiene un tratamiento especial, además para denominarlas se dice: "de las causas que excluyen la responsabilidad penal", expresión que hemos aceptado como correcta.

Clasificación: Conforme nuestra ley podemos hacer dos clasificaciones: A): a) Eximentes Generales y b) eximentes especiales; las primeras están contempladas en la parte general en el Art. 8 Pn. y las segundas están distribuidas en la parte especial del código y que son conocidas con el nombre de excusas absolutorias, pero que en verdad, tal como lo dice el penalista salvadoreño Dr. José Enrique Silva (66), son especies de atipicidad, como en los casos de los Arts. 414, 409, 422 y 440 Pn. casos de inculpabilidad como en los Arts. 378 Pn, o casos de justificación como en los Arts. 447, 453 inc. 3o. Pn.

B): La otra especie de clasificación que puede hacerse es con base en el Art. 8 Pn. así: a) Causas de inimputabilidad, que comprende los Nos. 1, 2, y 3 del Art. 8 Pn; b) Causas de Justificación, que comprende los Nos. 4, 5, 6, 7, 11 y 13 del Art. 8 Pn.; c) Ausencia de acto, que comprende el No.9 del Art. 8 Pn.; d) Causas de Inculpabilidad, que comprendidos en los Nos.8, 10, 12 y 13 del Art.8 Pn.

Para terminar con el aspecto de este tema, y con el fin de tener un panorama general de como han sido establecidas o plasmadas en los

códigos iberoamericanos las eximentes de responsabilidad penal, me

(66) José Enrique Silva. Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño. Publicaciones de la Revista de Derecho, Enero a Junio de 1965, pág.42.

valgo de las ideas expuestas por el profesor don Luis Jiménez de Asúa (67), que hablando sobre las categorías de eximentes, nos dice que los códigos penales pueden dividirse en cinco categorías:

a) Códigos en que aparecen mezcladas, en el Libro Primero causas de ininputabilidad e inculpabilidad bajo el título genérico de eximentes, mientras que en el libro segundo se localizan algunas causas de justificación, pero no bajo este nombre, así como las excusas absolutorias. Como ejemplos podemos citar los códigos de Bolivia, Haití y República Dominicana.

b) Códigos que basándose en el Español establecen en un solo artículo, en la parte general, las eximentes, dejando para la parte especial, junto a los delitos correspondientes, las excusas aboslutorias. Podemos citar como pertenecientes a este grupo los códigos de Chile, Nicaragua, El Salvador, Guatemala y Honduras. También se pueden considerar dentro de este grupo, aunque contemplan las excenciones en varios artículos, las códigos de Paraguay, Perú, Venezuela y Argentina.

c) Códigos que separan las causas de ininputabilidad y las de justificación en la parte general, contemplando las excusas absolutorias en la parte especial, como los códigos de Ecuador, Pananá, Brasil, Cuba y Costa Rica.

d) Códigos que incluyen en la parte general, bajo un solo título, todas las circunstancias que eximen de pena, clasificadas en causas de justificación, causas de ininputabilidad y causas de impunidad. Como único ejemplo de este grupo tenemos el Código de Uruguay.

e) Códigos que siguiendo criterios positivistas han eliminado las causas de ininputabilidad, sonetiendo a locos, sordomudos y menores a responsabilidad crininal y con ello dando lugar a las medidas de

(67) Luis Jiménez de Asúa, Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación Comparada. Volumen I. págs. 214 y siguientes.

seguridad, dejando las excusas absolutorias en la parte especial.
Como ejemplos están los Códigos de México y el de Colombia.

CAPITULO IV

CASO FORTUITO

Hemos dicho ya, que el dolo es la voluntad de obtención de un mal querido, directa o eventualmente, y la culpa, la de un mal no previsto, pero previsible. Puede decirse, que junto a estos dos grados posibles de responsabilidad criminal aparece el caso fortuito, que es la ausencia absoluta de voluntad, de previsión y de previsibilidad: la realidad puramente objetiva del mal accidentalmente provocado, como dice A. Quintano Ripollés (68).

25.- CUESTION ETIMOLOGICA Y TERMINOLOGICA DEL CASO FORTUITO.

La expresión "caso fortuito" ha sido llamada simplemente "caso" o "casus", y viene del latín cado, que significa caer, suceder, acontecer. También junto a la frase "caso fortuito", se usan las expresiones "acaso" o "suceso inopinado". Las expresiones "accidente" o "contingente", equivalen a fortuito y proceden de dos voces griegas que significan "con" y "vengo". Se ha dicho asimismo que la frase "caso fortuito", es un pleonasmo, puesto que basta con decir "caso" o "casus" para dar a entender su contenido; pero a este respecto se ha dicho que solo el término "caso" o "casus", no da exactamente la idea de lo que en esencia es el caso fortuito, pues para ciertos escritores simplemente "caso" o "casus", es lo que sale fuera de la regla, y creo que esta observación es muy atinada, pues solo decir "caso" o "casus" hay mucha vevedad, de donde se deduce la necesidad de agregarle algo y es lo "fortuito".

26.- EVOLUCION HISTORICA.

Al registrar la historia del caso fortuito, lo vemos tratado en su origen juntamente con la fuerza mayor; otras veces juntamente con el acto culposo, y se necesitó de muchas décadas para ver con cla-

(68) A. Quintano Ripollés. Comentarios al Código Penal Español.
pág. 124.

ridad lo que en verdad es caso fortuito.

A) El caso fortuito parece encontrar su origen en el antiquísimo Código de Hammurabí, aunque más que el caso se refería a la fuerza mayor, pues dicho código en su Art.266 manifiesta: "Si en el estable ocurre golpe de Dios o asáltale el león jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el estable"(69)

B) En el Derecho Romano:

En los inicios del Derecho Romano el "casus" era la antítesis del "dolus"; todo lo carente de dolo se llamó casus, pues no había distinción entre lo culposo y lo causal; asimismo cabe decir que en el Derecho Romano primitivo, los hechos culposos no se sancionaron penalmente, salvo excepciones. También los Romanos consideraron a menudo el casus como "vis divina"; asimismo en esta etapa de la historia vemos el caso equivalente a la fuerza mayor y viceversa, y en ambos casos se proclamó la impunidad. En conclusión, podemos decir: que en el Derecho Romano primitivo el caso y la culpa se sinlaban, los hechos culposos no se sancionaron penalmente, por lo cual se llamaban casus sin distinguir la producción culposa de la causal. También los Romanos dieron un mismo tratamiento y con el mismo efecto jurídico de impunidad, tanto el caso como la fuerza mayor, porque se sostenía que cuando absolutamente no se había podido prever las consecuencias de la acción no había respecto al resultado producido, responsabilidad alguna y al hecho debía considerarse como caso.

En la época de perfección del Derecho Romano, sí ya vemos, que para estar en presencia del caso fortuito, se requería esa falta de voluntad; lo demuestra la sacra carta de Diocleciano y Maximiano

Augustus a Agatón, que según traducción dice así: "El que asevera
(69) Cita hecha por Jiménez de Asúa, en su Obra Tratado de Derecho Penal Tomo VI. pág. 225.

que hizo un homicidio no por voluntad sino por caso fortuito, porque aparezca que se haya dado ocasión a la muerte con una patada; si ésto es así y no se pudiera dudar de ello; queremos que, conforme se consignó en nuestro decreto marginal, esté libre de todo temor y de la sospecha que sufre por razón de la diferencia sobre la cosa ejecutada" (70)

C) EN el Derecho Germánico:

No se nota gran progreso en este campo, pues en sus inicios se ve la confusión de los hechos voluntarios con los involuntarios en cuanto a sus efectos punibles, pero luego se comenzó abrirse paso la necesidad de diferenciar unos de otros, destacándose de la gran masa de delitos algunas figuras, en las cuales resultaba evidente el defecto de voluntad para la conciencia del pueblo. El tratamiento que recibía el autor de esos hechos excepcionales era que no quedaba sujeto a la persecución privada del ofendido y solo respondía de la composición debida a la comunidad, pues se estimaba que esos hechos excepcionales tenía como efecto no romper la paz del conglomerado. Al igual que en el Derecho Romano, no se hizo distinción, entre negligencia y caso, ambas situaciones tenían las mismas consecuencias; aunque procesalmente con la introducción del juramento de dolo (de hasto), y de otras formas procesales, se dió el modo al agente de hacer valer en juicio la involuntariedad del hecho, con lo que se inició podríamos decir, el proceso de separación de la culpa respecto al caso.

En conclusión, podemos decir: que en el Derecho Germánico, se distinguió los delitos voluntarios de los involuntarios, usando para estos últimos las expresiones: non volens, extra voluntatem, caso, caso faciente, etc. aunque los idiomas populares germánicos emplea

(70) Lib.IX.Tit.16, i 5) Cita y traducción que hace don Luis Jiné-
nez de Asúa, en su obra Tratado de Derecho Penal. To.VI. pág.
226.

ron otras expresiones para llanar los hechos fuera de la voluntad, así: los Frisones los llanaban "unwaldlich, unwalda deda"; los Germanos del Norte, los llanaban "vativerk", y los Anglosajones "unge waldes o unwilles".

D) En el Derecho Canónico.

Es en el Derecho Canónico que el caso tiene un desarrollo especial aunque a menudo cayó en la primitiva confusión, pues el homicidio casual tenía el mismo tratamiento que el homicidio culposo, pero a pesar de ello se consideró el caso fortuito como el evento imprevisto independiente de la voluntad individual. Se dijo que el delito es un fenómeno de la voluntad y obliga a que cuando ésta no concurre se niegue la imputación; de consiguiente, será irresponsable el agente que haya cometido el hecho por caso fortuito, es decir, resultado independiente de la voluntad humana, por ende se decía, el caso no puede ser sometido a penalidad, porque cuando el hombre ha sido ocasión física del resultado, éste se considera como infelicitas fati. En conclusión: en la época del Derecho Canónico, se reconoció que cuando el agente no había podido prever los hechos de su obrar, no existe culpa respecto a los efectos y el resultado debe considerarse caso.

E) Obra de los Glosadores, post-glosadores y prácticos.

Corresponde a los glosadores, post-glosadores y prácticos, el mérito de haber elaborado con bastante precisión la noción del caso fortuito; al sancionar los hechos culposos marcaron bien la diferen--cia entre éstos y el caso fortuito, tomando por base el Derecho Romano, que como hemos dicho inició confusamente la diferencia; fué tarca pues, para los antiguos jurisconsultos el haber conenzado a distinguir entre culpa y caso, desarrollando los gérmenes y fundado aquel criterio de la previsibilidad del evento, que preparó el

canino a los actuales y más exactos conceptos de culpa y caso fortuito.

F) Textos legales antiguos que regulan el caso fortuito.

En el Fuero Juzgo, encontramos ya una regulación del caso fortuito, así se decía en la (Ley 1, tit, 5 lib. VI) "Quien mató otro omne, si su grado nol conociendo, e ninguna malquerencia non avie contra él, non debe prender muerte, segundto que dice nuestro sennor; que non es derecho que aquel sea penado por el omicidio que non lo fizo por su grado", y asinismo se dice: "Si algún omne mata a otro, no lo viendo, ni lo sabiendo, si ante non avia ninguna enemistad con él, e no lo mata de su grado, y esto pudiere mostrar ant el iuez, deve ser quito".

En el Fuero Real. También encontramos regulación sobre el tema que nos ocupa, así en el (lib. IV tit, 17 l.1) encontramos lo siguiente: "tomo one que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si... lo matare por ocasión no queriendo matarlo, ni aviendo malquerencia con él de ante"; también se decía: "si algún home cayere de pared, o de otro lugar, o si le otro empuxare, o cayere otri, e matare a aquel sobre quien cayere, non haya pena ni daño ninguno".

Las Partidas. También encontramos en Las Partidas casos que se ven con bastante claridad esa regulación del caso fortuito, así por ejemplo en la Ley IV.tit. VIII de la Partida séptima, se encuentra lo siguiente: "Desventura muy grande acaece a las uegadas a ones, y ha, que matan a otros por ocasion, non lo queriendo fazer....Esto podría acaescer, como si one corriese cauallo en lugar que fue sse costumbrado para correllos, e atrauesa se por aquella calle, o carrera, algund one, e topasse el cauallo en el e lo natasse..."

(71). Asinismo en Las Partidas encontramos la siguiente definición

(71) Ideas tomadas de la obra Tratado de Derecho Penal To.VI. de Luis Jinénez de Asúa, págs. 228 y 229.

de caso fortuito: "Casus fortutus tanto quiere decir en romance co no ocasión que acaesce por aventura de que no se puede antever"(72) En el siglo dieciséis ya los jurisconsultos españoles, entre ellos Alfonso de Castro y Francisco Suárez, abordaron con claridad el te ma que nos ocupa y decían que el caso fortuito debía eximir de to- da culpabilidad al agente que así actuaba, sin distinción alguna respecto de que los actos originarios fueren o no lícitos.

En los Códigos Penales vigentes (siglo XVIII), vemos cierta discre- pancia, pues algunos códigos legislan sobre el caso fortuito en for ma expresa, otros no; ejemplo de los primeros es el Código Penal Es pañol, ejemplo de los segundos es el Código Francés de 1810. Entre los códigos modernos, algunos guardan silencio, por estinar que no es necesario consignar de modo expreso, lo que de por si es lógico, pues se dice que lo que se encuentra más allá de la previsión huma na o del poder del hombre no constituye ni siquiera acto; mas hoy otros que sí lo regulan en forma expresa; este aspecto lo veremos con mayor detalle cuando aborderos el capítulo relativo al derecho comparado. Nosotros, que tuvimos el primer código penal en el año 1826, tomamos el caso fortuito del código penal español de 1822, y lo regulamos bajo la fórmula clásica de que no delinquen el que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente, y así la conservamos hasta nuestros días. Visto como queda dicho, el aspecto histórico del caso fortuito, en- tremos a ver el siguiente punto que es:

27.- CONCEPTO DE CASO FORTUITO.

Aunque la formación histórica del concepto de caso fortuito ha te- nido una larga elaboración, hemos llegado hasta los tiempos moder- nos, sin que se haya obtenido un grado suficiente de precisión y de (72) Federico Puig Peña, Obra citada, pág. 325.

sistematización.

Para poder determinar con todo rigor el concepto de "caso fortuito" creo necesario ver previamente la diferencia que tiene con las demás instituciones con que ha través de la historia se le ha confundido y tratado, tal como lo hemos visto, o sea de la culpa y la fuerza mayor.

Diferencia entre culpa y caso fortuito.

Para ver la diferencia entre culpa y caso fortuito, voy a valerme de las opiniones de los ilustres maestros que mejor, a mi manera de ver, han dado al respecto. Francesco Carrara, nos dice: "la intención directa y (en los límites adecuados) la indirecta positiva, hacen surgir el dolo. La intención indirecta negativa, hace surgir la culpa o el caso, según el criterio de la previsibilidad.... cuando el hombre que ejecutó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó aquella consecuencia, sino que previó y quiso solamente el antecedente, no hay dolo respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible, hay culpa, sino era ni siquiera previsible por el agente, se tiene el caso"(73) Ferrer Sana, al respecto nos dice, que la actual concepción de la culpabilidad, como carácter esencial del delito, nos presenta esta noción integrada necesariamente por dos grados: dolo y culpa. Cada uno de ellos comprende una serie de formas y si una conducta no reviste los caracteres de dolosa y culposa, nos hallamos ante el aspecto negativo de la culpabilidad, con la consiguiente irresponsabilidad penal. Y tal es el fenómeno que se nos ofrece en el caso fortuito representativo de la falta de dolo y falta de culpa"(74).

Enrique Pessina, dice: llámase culpa la negligencia que consiste en
(73) Francisco Carrara. Programa del Curso de Derecho Criminal.
Parte General. To. I, No.68 y 78.

(74) Ferrer Sana, citado por Manuel Luzón Domingo, en obra ya dicha
pág. 501.

no prever lo que se había podido prever, y caso, aquel evento que no solamente fué previsto, sino que era imprevisible"(75). Para Francesco Alinena "la culpa se distingue del caso en que en éste au quello que no se ha previsto o es absolutamente imprevisible, o bien relativamente no se podía prever". Para el autor Isaias Sánchez Tejerina, ve la diferencia así: "el dolo supone la previsión del resultado, la culpa la previsibilidad-posible de previsión- y el caso fortuito, ni previsión ni previsibilidad, o bien previsto el resultado, éste es inevitable" (76). Como se ve, todos los autoures antes citados formulan la diferenciación entre caso fortuito y culpa, teniendo como base la noción de previsibilidad; pues tanto la culpa como el caso, el sujeto no ha previsto las consecuencias de su conducta, pero mientras en la primera (culpa) dichas consecuencias eran previsibles, habiendo faltado por tanto el agente a su deber de preverlas, en el caso fortuito estas consecuencias no eran previsibles, y por tanto ninguna responsabilidad penal puede exigírsele al autor porque no las haya previsto, cuando no eran previsibles.

Diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor.

Se nota una confusión en los pensamientos dados por los autores, y aún por los tribunales de justicia, acerca de la diferencia que existe entre la fuerza mayor y el caso fortuito, aunque es de advertir desde ya, que ambas instituciones tienen el mismo efecto.

Para algunos autores, no existe diferencia, mientras para otros si, yo me quedo con los que opinan que existe diferencia, tal como vamos a exponerlo. Entre los autores que consideran que no existe di

ferencia entre caso fortuito y fuerza mayor, cabe citar a Vincenzo

(75) Enrique Pessina. Elementos de Derecho Penal. Traducción de González del Castillo. Segunda Edición. Madrid. 1913. págs.346 y 347.

(76) Isaias Sánchez Tejerina. Derecho Penal Español. 5a. Edic. To.I Madrid, 1950. pág. 282.

Manzini, quien nos dice que caso fortuito y fuerza mayor, son jurídicamente sinónimos y que esa diferencia que se pretende no tiene razón de ser, y no es más que una de las tantas tautologías en las que se complace la jerga judicial"... y continúa diciendo el referido autor "a lo sumo, se puede decir que caso se refiere a la consideración estática del resultado y fuerza mayor a la contempla---ción dinámica del resultado mismo"...pero añade que...."tampoco esto será siempre exacto, como cuando la energía casual se ejercita no contra las fuerzas individuales de acción de resistencia, sino exclusivamente sobre las cosas de las que el individuo es centro social. De todas maneras queda establecido que, en cualquier hipótesis, caso fortuito y fuerza mayor son jurídicamente sinónimos" (77). En este mismo orden de ideas se expresan los autores Saltelly y Romano Di Flaco, quienes creen que es muy arduo poner el límite preciso entre caso fortuito y fuerza mayor, esto según cita que hace don Luis Jiménez de Asúa (78).

Ahora veamos las ideas de los autores que ven la diferencia entre caso y fuerza mayor. Sabatini, citado por Jiménez de Asúa, dice: "El caso fortuito se diferencia esencialmente de la fuerza mayor. Mientras en el primero los poderes de atención de la mente y, por consecuencia, los inhibitorios de la voluntad, quedan inertes, en la fuerza mayor la persona está imposibilitada de evitar el resultado, que sobreviene por una energía externa, y que opera a pesar y contra la voluntad o las precauciones tomadas por el agente. En ambas hipótesis subsiste la relación de causalidad material entre la conducta y el resultado pero en el caso fortuito los factores externos concurren inmediatamente a producir el resultado, con la

(77) Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal. To. II. Núm.283.

(78) Saltelly y Romano Di-Flaco. citados por Jiménez de Asúa en su obra Tratado de Derecho Penal. To. VI. pág.221.

conducta, la cual se determina de modo totalmente independiente de aquellos sin ejercer influencia alguna en dichos factores; en la fuerza mayor por el contrario, los factores externos, que funcionan como vis compulsiva, determina la conducta y por consecuencia el resultado, como su causa mediata (Istituzioni. Parte General vol. II pág. 32) (79). Por su parte Ferri, cree encontrar la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor diciendo: "que el caso fortuito sería el fenómeno que surge de causas ignoradas, mientras que la fuerza mayor, depende de energías naturales más o menos conocidas, pero superiores a toda influencia de la voluntad humana" (80). Me parece un tanto aceptada la diferencia que hace al respecto Vincenzo Cavallo, cuando nos dice: "que el caso fortuito es necesario que exista una acción u omisión del agente que inicie una serie causal, mientras en la fuerza mayor no debe ser humana y que ha de tratarse de una fuerza natural o animal o subhumana, y así dice que fuerza mayor es una energía externa, natural o subhumana, que es mayor que la energía física que el autor puede oponer para contrarrestarla, y le arrastra, como instrumento a la realización de un hecho del cual es ella verdadera" (81). También conulgo con las ideas que expone a este respecto Francesco Antoliseis cuando nos dice que "el caso fortuito, en el campo jurídico, se toma solo en consideración cuando existe un nexo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, mientras que la fuerza mayor debe entenderse, en general, toda fuerza externa que, por su poder superior, determina a la persona, de modo necesario e inevitable, a un acto positivo o negativo" (82). Asimismo otros autores, consideran

(79) Sabatini. citado por Jiménez de Asúa, en su obra ya dicha. pág. 221.

(80) Ferri, Principii, pág. 454 - 455.

(81) Vincenzo Cavallo. Derecho Penal. Parte General. Vo. II. pág. 480 y 484

(82) Francesco Antoliséis. Obra citada. pág. 281.

que lo que caracteriza a la fuerza mayor es la irresistibilidad del resultado, la voluntad humana resulta doblegada, los que así piensan no dejan de tener razón.

El ilustre maestro don Luis Jiménez de Asúa, hace la diferencia de fuerza mayor y caso fortuito, diciendo: "que en la fuerza mayor, que de manera exclusiva no depende de la naturaleza, ésta ha de intervenir, aunque sea desencadenada por un tercero, el caso fortuito precisa de modo absolutamente imprescindible de la mano del hombre" (83). En conclusión: puedo decir que la tesis más correcta para hacer la diferencia de caso fortuito y fuerza mayor, es ver siempre en el caso la intervención humana, que por obra directa ha provocado el daño o en otras palabras el caso fortuito, no se refiere a la obra de la naturaleza, extraña como es al derecho penal, sino a lo que acontece por efecto de nuestra voluntad fuera de los línites de la previsibilidad, mientras en la fuerza mayor es de siempre ver la intervención de la naturaleza, aunque no de una manera exclusiva, pero si debe incidir en la cadena causal del resultado dañoso caracterizándose por la irresistibilidad. En nuestra legislación penal, encontramos reguladas las dos instituciones, el caso fortuito en el Art. 8 No.8 Pn. y la fuerza mayor en la parte final del No.13 del Art. 8 Pn. Y para terminar me permito transcribir la definición de fuerza mayor que nos da Maggiore, que me parece aceptada: "Es una energía externa, natural o humana, inevitable e irresistible, que subyuga la voluntad renuernte del sujeto, obligándole a cometer un hecho que constituye delito" (84). Expuesto como queda dicho, la diferencia entre caso fortuito, culpa y fuerza mayor, entremos a precisar el concepto de caso fortuito.

(83) Luis Jiménez de Asúa. Obra citada. pág. 224.

(84) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. To. I. pág. 515.

Acerca de la determinación del concepto de caso fortuito, hay gran desacuerdo entre los autores, pero considero que pueden agruparse en dos órdenes de ideas los conceptos dados por los penalistas:

a) los que se fundan en la previsibilidad e inevitabilidad del resultado para exponer sus conceptos, y b) los que acuden a otras fórmulas, de considerar caso fortuito, como lo que no cabe en los conceptos de dolo y culpa.

La primera corriente, que desde ya creo que es la más aceptada, y como dije antes, se funda en la previsibilidad e inevitabilidad del resultado, considera en términos generales que caso fortuito es lo que no pudo ser previsto o que habiéndolo sido era imposible de evitar. Ahora bien, los partidarios de esta teoría, en su mayoría, se basan en la relatividad de lo imprevisto, y sobre la posibilidad de referirse al hombre, aquí hay discrepancia, unos dicen al hombre medio y otros al individuo en particular que está actuando u omi--
tiendo, y como dice Bettiol (84), cuando se habla de previsibilidad se debe tratar no de la previsibilidad del hombre medio, sino del individuo singular. Es el hombre, concreta realidad, quien obra, quien prevé, quien va a presidio, quien es fusilado, ahorcado o decapitado, no el hombre medio, peligrosa abstracción que debe ser posiblemente eliminada del Derecho Penal. Es, por tanto, fortuito, todo lo que supera la previsibilidad del hombre singular, en cuanto la exigibilidad no puede sino contemplar al hombre como individualidad psicológica, pues lo que es fortuito respecto a un individuo, puede ser culposos y hasta dolosos respecto a otro, todo depende de la posibilidad concreta de representación de previsibilidad del resultado lesivo como consecuencia de la propia acción u omi--
sión; y así se cita como un ejemplo clásico de fortuito: el nauqui-
(84) Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Parte General. pág. 418.

nista del tren que, por un fenómeno de fosforescencia, ve la luz de la señal verde en vez de roja, y equivocado, por ello sobre la verdadera indicación, hace proseguir el convoy provocando un desastre. También cabe recordar acá las ideas expuestas por Carrara (85), al decirnos que todos los hechos son previsibles, y para desarrollar esta cuestión el maestro de Pisa habla de "noción absoluta" de caso y de "noción relativa", pero que en última instancia aún en la noción absoluta siempre hay previsibilidad, pues los doctos preven los huracanes, las borrascas, e incluso inevitable, pues el hombre aunque no puede impedir el rayo, pero puede evitar ser alcanzado por él, concluye el insigne maestro, que su mente no se imagina una hipótesis de un caso absolutamente imprevisible, es decir, y usando sus palabras dice: "no puedo imaginarme la hipótesis de un resultado dañoso, en el cual haya intervenido de algún modo la obra del hombre y que pueda decirse que es absolutamente imprevisible e inevitable", pero claro dice, el insigne maestro "lo que resulta es que ese mínimo de culpa que pudiéramos llamar resulta exento de culpabilidad, y por tanto el caso no es imputable, pues aún suponiendo que hubiese habido precipitación en el obrar, no puede reprocharse la omisión de una diligencia cuyo empleo (atendida la impotencia absoluta de la inteligencia) hubiera resultado inútil para prever los efectos dañosos que se produjeron". En este mismo sentido se pronuncia Bernardino Alinena, quien nos dice: "que en la larga cadena de la causalidad es casi imposible imaginar un acontecimiento en el que el hombre intervenga, que con una gran atención no pueda evitarse....y aun en los hechos inicialmente voluntarios

hay un mínimo de culpa no imputable". (86). Bajo esta tendencia, (85) Francisco Carrara, Obra citada, párrafos Nos.84 y 85. Parte General y Parte Especial No.1096.

(86) Bernardino Alinena (Principios Vol. I.T.I, pág. 413) según cita que hace Luis Jinénez de Asúa. To. VI. pág. 219.

veamos las definiciones que nos dan los siguientes autores: Giuseppe Maggiore, dice: "caso fortuito es un hecho imprevisible e incalculable, que sobreviene de sorpresa en el comportamiento de un hombre, de manera de provocar un resultado que con las presunciones ordinarias, no podría evitarse" (87). Para Cuello Calón, caso fortuito es: "un acontecimiento involuntario e imprevisible, es decir, no imputable ni a dolo ni a culpa" (88). Jiménez de Asúa dice que el caso fortuito se debe caracterizar por la imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión" (89). También Bettiol, es partidario de esta tendencia en considerar que es la imprevisibilidad lo que caracteriza el caso fortuito, como acontecimiento que acompaña o sigue a la acción de modo de terminar, en unión con ésta un evento lesivo" (90). Por mi parte y sustentando la corriente expuesta, formulo un concepto de caso fortuito en los términos siguientes: "todo acontecimiento que se produce con intervención humana, y que por la condición y situación personal del agente, resulta imposible prever y evitar el resultado lesivo".

Veamos la otra posición. En contra del criterio de la previsibilidad, se encuentran los autores siguientes: Manzini, Santoro, Florian, Sabatini y otros. Sostienen los defensores de esta teoría, en contra de la teoría de la imprevisión o de la inevitabilidad del resultado, que esta teoría no tiene nada de objetivo, ya que lo imprevisible y lo inevitable se puede evaluar solamente ante una relación dada, es decir, ante el deber de previsión que tenía la persona obligada, y ante las posibilidades de ella para evitar el resultado; (91). A esta crítica se ha contestado que esa relatividad

(87) Maggiori, Obra citada, pág. 511.

(88) Cuello Calón. Derecho Penal. Parte General. To.I. pág.465.

(89) Jiménez de Asúa. Obra citada. pág. 218.

(90) Bettiol. Obra citada. pág. 418.

(91) Vincenzo Manzini. Tratado de Derecho Penal. Vo. II.Nos.260 y282

es propia, no solo de la teoría tradicional sobre el caso, sino de todos los conceptos jurídicos que se resienten de la fluctuación de relaciones y apreciaciones de la vida (92). Pero resulta que al dar sus conceptos de caso fortuito los opositores de la teoría tradicional de la imprevisión hacen depender sus conceptos de la imprevisión, y si veamos el concepto que nos da Manzini y que dice: Caso, penalmente, es por tanto, toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el resultado, la cual ha impedido al propio individuo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, habría sido suficiente para ajustarse al precepto penal, o a otra norma de conducta, de cuya violación voluntaria puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas" (93); al hablar el autor citado de la diligencia ordinaria, nos está demostrando que hace depender su concepto de la previsibilidad. Empleando otras fórmulas como decíamos antes, aparece el concepto que nos da de caso fortuito Mannheim, según cita que hace Luis Jiménez de Asúa y dice así: "el caso fortuito es no sólo aquel del cual ignoramos la causa, sino además aquel que no tiene ninguna causa" (94). Cabe asimismo considerar lo que expone Santoro citado por Bettioli, "solo puede hablarse de caso fortuito en la hipótesis en que concurra, junto con la acción o el comportamiento de un sujeto, a la producción del evento una serie causal concomitante inesperada respecto del hombre medio y no del individuo particular que actúa, la cual en ningún caso podría tenerse en cuenta en el momento de la acción. Esta serie causal entre la acción y el evento, así como se lo excluye cuando el evento es consecuencia de una serie causal pos

(92) Bettioli. Obra citada, pág. 419.

(93) Vincenzo Manzini. Obra citada. Tomo II. núm. 283

(94) Mannheim, citado por Jiménez de Asúa, en su Obr. ya dicha. pág. 217.

terior a la acción individual que por si sola haya bastado para producirlo" (95); como se ve este autor fundamenta lo fortuito en la ausencia de nexo causal, opinión que no comparto; para explicar mejor esta situación expongo lo que al respecto nos dice Bettiol y es "que todo lo que está más allá del nexo causal entre acción y evento no puede tomarse normalmente en consideración para los fines penales y todo lo que está más allá de la esfera del nexo causal no puede interesar en lo atinente al caso fortuito. La relación causal en lo fortuito, debe considerarse existente, pues lo que falta es la posibilidad de una motivación distinta por la imposibilidad de prever el evento lesivo, como consecuencia de la propia acción u omisión" (96). En este mismo sentido opinan Antoliséis y otros, de que la relación causal subsiste en el caso fortuito; y para terminar transcribo la definición que nos dá, siguiendo este mismo orden Manuel Luzón Domingo y que dice: "el caso fortuito es la situación fáctica de una voluntad consciente y libre, ligada en alguna forma a un evento dañoso, que en ningún modo, ni inmediata ni mediatamente, puede ser moralmente atribuido a aquella" (97). De todo lo dicho podemos concluir que el criterio más aceptado es el que se basa en la imprevisibilidad del acontecimiento, claro está que un hecho solo puede considerarse imprevisible cuando en su ejecución se ha puesto todo el cuidado que los hombres diligentes suelen emplear en el ejercicio de su actividad para evitar la lesión de los derechos ajenos, y no obstante ello el evento se ha producido; al aceptar esta posición, somos consecuentes con lo que hemos venido exponiendo al abordar la diferencia entre caso, culpa y fuerza mayor.

28.- CALIFICACION JURIDICA DEL CASO FORTUITO.

Antes de entrar a considerar los elementos del caso fortuito, deseo
(95) Santoro, cit. por Bettiol, en su Lib. Derecho Penal. Parte General
(96) Giuseppe Bettiol. Obra citada. págs. 374 y 375.
(97) Manuel Luzón Domingo. Obra citada. pág. 522.

exponer brevemente, un aspecto del tema que nos ocupa, que tanta discrepancia ha provocado entre los estudiosos de las ciencias penales, y ese aspecto es la calificación jurídica que los autores le han dado al caso fortuito o como dice Jiménez de Asúa la significación del caso fortuito en el sistema jurídico penal; claro está, que en este apartado únicamente voy a referirme a su parte doctrinaria, pues la regulación que el caso ha tenido en los distintos códigos será abordado al ver el capítulo relativo al derecho comparado. Hecha la anterior consideración, paso a exponer la forma cómo ha sido considerado el caso fortuito en el sistema jurídico penal por los doctos en la materia.

Eugenio Cuelló Calón, considera el caso fortuito como causas de exclusión de la culpabilidad (D.P. To.I. 9a. Ed. págs. 465 y 466). Federico Puig Peña, considera el caso como último problema de la culpabilidad (D.P. To.I. págs. 324 y sig.). Sánchez Tejerina, se ocupa del caso fortuito entre el error y la obediencia debida, como una causa de inimputabilidad (D. P. To.I. págs. 226 - 229). Ceniceros y Garrido, considera el caso dentro de las circunstancias que excluyen de responsabilidad (Ley Penal, pág.80), otro tanto hace González de La Vega (El Código Pn. pág.96). Raúl Carranca y Trujillo, en su obra (D. P. 4a. Edc. To.I, págs.253 y sig.) lo estudia en las causas que excluyen la incriminación, y trata el caso fortuito como una causa de inimputabilidad. López Gallo, quien dice que el caso fortuito no determina el límite de la culpabilidad o mejor dicho, no está formado el límite de la culpabilidad por el caso fortuito, como sostiene la mayoría de los autores, sino que considera que en el caso hay inexistencia de conducta (El caso fortuito, aspecto negativo de la conducta, monografía, y cita hecha por Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal. To. VI. pág.234).

Gustavo Labatut Gléna, trata el caso fortuito como la línea demarcatoria entre la culpa (D.P. Parte General. 4a. Ed. pág.186 y 187). Raimundo del Río, se ocupa del caso fortuito al hacer el estudio de la culpa y del delito preterintencional (D.P. To.II. págs. 50 y 51). Federico Castejón, manifiesta que el caso es una causa de inculpabilidad y así dice: "se designa como uno de los casos de inculpabilidad, el daño producido casualmente y debido al azar" (Comentarios. To. II, pág. 560). Ferrer Sana, según cita que hace Luis Jiménez de Asúa, asimila el caso al error invencible (Comentarios. To. I, pág. 214, y cita de Jiménez de Asúa en su Tratado, To.VI. pág. 232). Vincenzo Manzini estudia el caso fortuito como causa de exclusión de la imputabilidad (Tratado de D.P. To.II. núm. 281), otro tanto hace Maggiore (D.P. To.I. págs. 508 y sig.). José Peco, y Fontán Balestra, estudian el caso como problema final de la culpabilidad, pues dice Peco que para trazar el esquema de la culpabilidad es de imprescindible regulación el caso, porque de lo contrario quedará trunco el territorio de la culpabilidad, si no se trazan los límites entre la culpa y el caso fortuito (Exposición de motivos del proyecto de Código Penal Argentino, pág. 53 y 54); y para terminar cabe mencionar a los autores Bernardino Alimena, Antoliséis, Bettioli, José Rafael Mendoza y Jiménez de Asúa, que estudian el caso fortuito como límite de la culpabilidad. Por mi parte considero que el caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad, que el caso queda fuera de la culpabilidad, y es que nadie puede ser culpable, si no ha habido al menos posibilidad de previsión del hecho típicamente antijurídico, pues la posición psicológica del autor de un hecho con las características del caso fortuito es la de quien preve el resultado, ni la del que no lo ha previsto por no haber puesto en su obrar la diligencia debida, de acuerdo con las cir

cunstancias del caso, sino la de quien no ha previsto lo que no era provisible. Al adoptar esta posición, estamos acordes con los tratadistas modernos que así lo consideran y además con la jurisprudencia que lo ha considerado como límite de la culpabilidad.

29.- ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO.

Aunque con pequeñas variantes, se señalan por la mayor parte de comentaristas, como elementos del caso fortuito, los siguientes: a) que se cause un mal; b) que el mal tenga lugar con ocasión de ejecutar un acto lícito; c) que el acto lícito se efectúe con la debida diligencia; y d) que el mal resulte por nero accidente, ésto es, sin intención y sin descuido, negligencia o impericia. Por su parte Gustavo/^{Labatut}Glena, nos dice que tres son los elementos que integran el caso fortuito, y ellos son; a) una conducta inicial lícita; b) la acción debe realizarse con la debida diligencia, poniendo el sujeto la atención y cuidado que justamente podía exigírsele, atendidas las circunstancias y sus conocimientos y capacidades personales; y c) es necesario que el mal sobrevenga por nero accidente, que sea inprevisible y que surja sin dolo ni culpa por parte del actor" (98). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, ha consignado como elementos del caso fortuito los siguientes: a) que el acto ejecutado sea lícito, b) que se haya realizado con la debida diligencia, empleando las precauciones racionales que no omiten los hombres prudentes y previsores; y c) que a pesar de ello resulte el mal por nero accidente, sin intención alguna. Enunciado así, los elementos del caso fortuito, y siguiendo el orden del proyecto de desarrollo, paso a considerar el análisis de los elementos antes dichos.

(98) Gustavo Labatut Glena. Derecho Penal. To.I. Parte General. pág.187.

CAPITULO V

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO

30.- Primer Elemento:

QUE SE CAUSE UN MAL.- Aunque este elemento no ofrece mayor dificultad, cabe decir unas palabras. En primer lugar debe preguntarse a que clase de males ha de referirse y en segundo lugar en quien debe recaer ese mal. Es indudable que al hablar de mal se entiende que se trata de aquellos actos que en una u otra forma lesionan intereses jurídicamente protegidos, es decir, aquellos hechos constitutivos de delitos, pues a nadie se le puede ocurrir, creer que sea crininal la ejecución de actos lícitos, es decir, aquellos que no irrogan ningún perjuicio y que además no los prohíbe la ley. Ahora bien, decíamos que ese mal en quien debe recaer, lógico es pensar que debe recaer en la persona o en las cosas de un tercero. Como se ve este elemento no ofrece ningún problema y podríamos decir que por ello no es recogido por la jurisprudencia, tal como lo hemos visto al exponer los elementos; y por último conviene decir que ese mal sea ignorado por el agente.

31.- Segundo Elemento:

QUE EL MAL QUE SE CAUSE TENGA LUGAR CON OCASION DE EJECUTAR UN ACTO LICITO.

Al abordar el estudio del presente elemento, surgen varias cuestiones y ellas son: a) ¿qué se entiende por acto lícito?, b) ¿cuál de todos los actos que se realizan con anterioridad al accidente desgraciado es el lícito, o mejor dicho, donde colocar la licitud en esa serie de actos?, y c) ¿quedará fuera del campo de lo fortuito el mal que se cause con ocasión de realizar un acto totalmente ilícito?.

Primera cuestión: Debe entenderse por acto lícito todos aquellos hechos que no entran dentro de la órbita de lo ilícito penal, o en

otras palabras diríamos, que son todos aquellos actos que la ley permite, aquellos que no están prohibidos por la ley.

Inicialmente la jurisprudencia española y toda la de los demás países que tienen la misma fórmula, siempre han exigido que el mal se cause con ocasión de realizar un acto lícito, aunque es de advertir desde ya, que ésto ha motivado muchas polémicas entre los autores, como posteriormente veremos al tratar la tercera cuestión planteada. Un ejemplo ilustraría el punto: supongamos que hay una ley que prohíbe que los carretones arrastrados por persona, crucen el centro de la ciudad; una persona no obstante la prohibición que existe (supóngase por ignorancia de la ley) conduce un carretón por el centro, con todas las precauciones debidas, con esmeradísima diligencia; de repente un peatón se lanza a las ruedas del carretón sin que el carretonero pueda prevenirlo y evitarlo, y es atropellado, a consecuencia de lo cual muere; en este caso no podría ampararse este desafortunado carretonero en la eximente, porque el hecho lo conetió al ejecutar acto que estaba prohibido por la ley, como era transitar por el centro de la ciudad; ahora supongamos el caso contrario: no hay ninguna ley que prohíba transitar por el centro con el carretón y ocurre el accidente en las circunstancias antes dichas, no cabe duda que el carretonero se ampara en la eximente de caso fortuito, porque ejecutaba un acto no prohibido por la ley, es decir un acto lícito.

Segunda cuestión: En la serie de actos que se realizan con anterioridad a la circunstancia de sobrevenir el accidente, donde colocaremos el requisito de la licitud?, Para resolver este problema que representa gran interés y quizá gran sutileza para los juzgadores, voy a valerme de un caso que fué resuelto por Tribunal Supremo de España y es el siguiente: "Un individuo se dirigía a su finca, y

al observar que de ella salían unos hombres con unas cabras, se fué hacia ellos, cargando la escopeta con dos cartuchos y llevándola en las manos-la izquierda en el guardamanos, la derecha en la garganta y un dedo en el gatillo- pretendió hacerse cargo de las cabras, a lo que se opuso el cabrero, y ofuscado el procesado le dió un golpe en el pecho con la escopeta, saliendo inopidamente un tiro que produjo la muerte de uno de ellos, sin que se tuviera la intención de producir esta desgracia. El Tribunal Supremo declaró que, para estimar la licitud del acto de que deriva el mal accidental, hay que atender a la ocasión inmediata del hecho, cual es en este caso (dar un golpe con la escopeta, saliendo con su ocasión un tiro) y no la remota cual es de dirigirse a la finca"(99); de consiguiente, el requisito de la licitud del acto debe colocarse en los actos inmediatamente anteriores al momento del accidente desgraciado; como se ve, el Tribunal Supremo declaró negando la aplicación del caso, pues el acto inmediato (repito) al hecho accidentado, cual es dar un golpe con la escopeta saliendo con su ocasión un tiro, no era lícito, aunque el acto remoto cual es de dirigirse a la finca si fuera lícito.

Tercera cuestión: "El hecho sucedido fortuitamente, en ocasión de realizar un acto totalmente ilícito, quedará desanparado ?. Siguiendo la fórmula española, parecería que no es posible que se de el caso fortuito en la ejecución de actos ilícitos, y es que los sostenedores de esta situación se basan en la presunción de que el que es causa de la causa, es causa del mal causado, de modo que por regla general, responderá de todo el resultado sobrevenido y aún del causado accidentalmente sin culpa ni intención; pero yo entiendo que si el accidente sobrevenido está completamente desprovisto de esa conexión moral, como pudiéramos decir, no hay razón para responsabilizar al agente. Para explicar esta situación voy a recordar el

caso del conductor que ya hemos visto: supongamos el caso del que conduciendo un automóvil a una marcha moderada, en extremo, con toda la prudencia exigible al más previsor de los conductores, atropella a una persona que imprudentemente se lanza a la calzada, hecho que no puede ser evitado por el conductor, resultando la muerte del atropellado. Cualquiera puede afirmar la existencia del caso fortuito al no aparecer para nada ni la imprudencia constitutiva de delito culposo ni la intención cualitativa del doloso. Así la situación sin hacer referencia a la fórmula española, no cabe duda que estamos pues en presencia de un caso fortuito; pero bien, supongamos que el conductor no va provisto de la licencia para manejar, contraviniendo las leyes y reglamentos que determinan la obligatoriedad de tal requisito para poder conducir vehículos de tracción mecánica. La violación o desobediencia de tales leyes y reglamentos constituye ilícita la conducta del chofer, de donde se deduce que según los términos que hemos, o sea que el mal ejecutado en ocasión de realizar un hecho lícito, este sujeto que manejaba en estas condiciones no podría alegar la existencia del caso fortuito, ya que el acto inicial con ocasión del cual se produjo el mal no era en sí lícito; por lo que se ve en el caso planteado lo ilógico e injusto de la situación y se ve cómo lo lícito o ilícito desnaturaliza en sí el hecho jurídico. Como dije antes, soy de los que están de acuerdo en que aún en la ejecución de un acto ilícito siempre debe ampararse en el caso fortuito el agente; y si no veamos lo que al respecto dice el ilustre comentarista Quintano Ripollés, quien marca la pauta a seguir: "La licitud o ilicitud del acto inicial no puede por sí alterar la naturaleza jurídica de los hechos que de él se deriven cuando no sean su consecuencia, y cada uno de los cuales conservará indefectiblemente su propio y peculiar carácter

ter. Un ejemplo bien normal puede aclarar el asunto mejor que todas las sutilezas dialécticas: Un acusado tiene la intención de robar un automóvil y lo roba efectivamente, acto inicial delictivo doloso y por ende, susceptible de engendrar consecuencias dolosas, según la doctrina. Pero con ese automóvil al huir, atropella a un transeúnte y lo mata: "quién se atrevería entonces a castigar este mal como homicidio voluntario o aún como asesinato si la víctima era por azar un niño ?. El homicidio cometido por el ladrón será imprudencia si infringió reglamentos y no observó las prescripciones debidas, pero podrá ser caso fortuito en el supuesto contrario, si por acaso el niño se metió entre las ruedas del vehículo; sin que obstaculice para nada a la calificación la ilicitud inicial del acto. Otro tanto acaecerá con el ladrón con escalamiento que ocasiona la caída de una teja que mata a un paseante y en otro sin fin de eventualidades de caso fortuito perfectos engendrados fatalmente por actos inicialmente ilícitos. Y es que lo decisivo en la materia no es, ni puede serlo, la ilicitud del acto sino el mecanismo de la causalidad, entendiéndose éste precisamente roto donde el caso fortuito surge" (100). Así mismo me parece acertada la explicación que a este respecto da el penalista Manuel Luzón Domingo, que nos dice: "puesto que la culpabilidad implica en todo caso la situación fáctica de una voluntad, para que un evento pueda ser atribuido a una voluntad ha de estar ligado a la misma por relación de causalidad moral, que implique cuanto menos volición desviada del mismo, o ni ninamente ha de estar ligado por causalidad material eficiente a una conducta racionalmente peligrosa que a su vez lo esté moralmente con la voluntad. La licitud o ilicitud ocasional del hecho nada absolutamente implica y con conducta inicial ilícita penalmente y (100) A. Quintano Ripollés. Comentarios Al Código Penal Español. 2a. Edc. págs.126 y 127. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966.

dolosa, puede existir luego culpa, si la conducta es imprudente o puede existir caso fortuito si ni aún imprudencia o negligencia puede achacarse a la conducta causal del evento" (101). Para terminar con esta cuestión cabe decir, que el alto Tribunal de Justicia Española, insiste en que el acto con ocasión del cual ocurre el accidente desgraciado, debe ser lícito; lo demuestra una gran cantidad de sentencias, y la falta de esta situación; el Tribunal Supremo Español, cuando se trata de un caso fortuito imperfecto la resuelve por la imprudencia; pero a pesar de ello llama la atención una sentencia que trae don Luis Jiménez de Asúa, comentando esta situación y es la siguiente: "Si bien en términos generales, el autor de un hecho punible le son imputables las consecuencias que de él se deriven, esa doctrina deja de tener aplicación cuando las circunstancias en que aquellas se producen revelan de modo inequívoco que ha obedecido a situaciones no solo imprevisibles por el reo, sino extrañas totalmente a su propósito, pues en tales casos debe reducirse la responsabilidad del culpable al resultado que naturalmente se hubiera producido como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa" (sentencia de 8 de Julio de 1933); indudablemente la resolución transcrita demuestra la excesiva exigencia de licitud en el acto ocasional; asimismo es de sumo interés para la posición que sustentamos, el punto de vista de que se da la eximente de caso fortuito en la ejecución de actos ilícitos, sostenidos por la sentencia del Tribunal Supremo Español del 23 de Diciembre de 1933, en el que se proclama que ilicitud administrativa no impide el reconocimiento del casus; el hecho es que una persona manejando un automóvil con todas las precauciones debidas, sabiéndolo manejar, atropella a una persona, aunque el conductor carecía del carnet correspondiente; y además existe otro fallo del referido Tribunal Supremo, de fecha (101) Manuel Luzón Domingo. Obra citada. págs. 514 y 515.

17 de marzo de 1933, que resuelve una situación sinilar, de conducir sin la licencia correspondiente. Estos fallos últimamente citados y las opiniones de los autores que hemos citado, dan el fundamento doctrinario y jurídico para la tesis que creemos adecuada.

32.- Tercer Elemento:

QUE EL ACTO LICITO SE EJECUTE DON LA DEBIDA DILIGENCIA, SIN DOLO NI CULPA.

Es quizá este elemento el de más difícil comprensión y el que más problemas ha dado a los Tribunales de Justicia; la primera pregunta que surge es: ¿qué debe entenderse por debida diligencia?. El Tribunal Supremo de España en sus resoluciones ha dicho que para la apreciación de este requisito es preciso acreditar que el agente activo de la infracción punible obró al realizar los hechos que la motivaron, no sólo con la diligencia ordinaria que le sería exigible en circunstancias parecidas, sino con las debidas en el caso concreto que hubiera dado lugar a la formación de la causa (Sentencias del 7 de Octubre de 1935 y 6 de Enero de 1944, según citas que hace Puig Peña, en su obra Derecho Penal, pág. 328). Existen fallos del Tribunal Supremo de España, aplicando este requisito que señalan que las lesiones ocasionadas en los deportes, siempre que se hayan observado las reglas del juego en el momento de surgir el accidente, caben dentro del caso fortuito; claro como esta es una -- cuestión discutida, oportunamente le dedicaremos unas cuantas palabras. Por nuestra parte creemos, que la debida diligencia ha de ser considerada con relación a las condiciones personales del agente, y a las circunstancias particulares del caso, así para lo que puede ser una debida diligencia para un profano, puede no serlo para un profesional.

Para ilustrar la cuestión transcribiré lo fundamental de una sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de España de fecha 18

de febrero de 1955; donde se ha puesto de manifiesto la excesiva exigencia de esa falta de debida diligencia, el caso es el siguiente: "Dos sonatenistas, que tuvieron noticias de que se venían cometiendo robos en casas de campo de las inmediaciones del pueblo, requirieron el auxilio de un guardia de campo. Los dos primeros llevaban fusiles de reglamento, el tercero una escopeta de caza. Vieron luces en una casa y a poco salir un hombre que llevaba un saco con los efectos robados. Le dieron el alto y el hombre huyó, entonces dispararon los sonatenistas sus fusiles y el guardia de campo su escopeta, el tiro de ésta lesionó al delincuente, que murió de resultas de la herida. La sentencia del Tribunal Supremo condena al guardia de campo como autor de un homicidio por imprudencia, estimando que no obró con la diligencia debida por lo que no le era aplicable la eximente de caso fortuito. El considerando pertinente del fallo dice así: "que no es posible avanzar un poco más y abrir por completo el camino que conduce a la excención de responsabilidad criminal por imperio del casus, porque la simple consideración del sitio donde hizo blanco el proyectil disparado por el recurrente indica, con su elocuencia, que aunque fuera un acto lícito cooperar a los fines de captura de unos transgresores de la ley, no obró con la debida diligencia al hacer el disparo que produjo tan funesto desenlace, ya que de haberse ajustado a las reglas que la prudencia y el buen sentido ponen al alcance de los seres humanos el mal no se habría producido, como no se produjo al disparar los sonatenistas sus fusiles de reglamento, hubo ligereza, descuido y falta de precaución al obrar y ello justifica que convierta el homicidio en delito culposo; y prosigue diciendo el fallo..... que no prospera el caso fortuito porque además de exigir la licitud del acto inicial requiere que el agente lo ejecute con la debida di

ligencia, que falló en el caso que se examina". Como vemos en el presente fallo, se hace énfasis para no entrar al campo de lo fortuito la falta de diligencia del guardia de campo, contraponiendo su conducta a la seguida por los somatenistas.

El comentarista Salvador Viada y Vilaseca en su obra aumentada y corregida por Salvador Viada y Rauret, sobre comentarios al Código Penal Español de 1870 reformado, y amparándose en la jurisprudencia dice con respecto a este elemento en estudio lo siguiente: "el que coge una pistola y sin cuidarse de mirar si está o no cargada, mueve el gatillo, y disparándose el arma produce la muerte o el lesionamiento de una persona que a la sazón pasaba junto a él, aún cuando no haya tenido intención de disparar el arma, aún cuando lícito sea el hecho de examinar una pistola, ello es que no procedió al verificarlo con la diligencia debida, luego, si no del delito intencional de homicidio o lesiones, según sea el resultado producido, será responsable de imprudencia temeraria" (102).

Se dice asimismo que en esta debida diligencia debe estar ausente el dolo y la culpa, pues claro está, que si existe dolo y culpa, no cabría hablar de caso fortuito, puesto que en ambas situaciones hay culpabilidad: en la primera (dolo) existe esa voluntariedad de causar el mal, en la segunda (culpa) aunque no exista voluntariedad de ejecutar el hecho dañoso, pero si ha existido negligencia, descuido, omisión, impericia; en otras palabras, ha faltado ese cuidado que el hombre prudente pone en todos sus actos, y por ello se responde criminalmente.

33.- Cuarto Elemento:

QUE EL MAL EFECTUADO RESULTE POR MERO ACCIDENTE, ESTO ES, SIN INTENCION, NEGLIGENCIA, IMPRUDENCIA NI IMPERICIA.-

Para que estemos en presencia de un caso fortuito, no solo se re--
(102) S.Salvador Viada y Rauret. Comentarios al Código Penal reformado de 1870. 5a.Edc. To. I. pág. 472. Madrid 1926.

quiere que se cause el mal ejecutando un acto lícito o (ilícito en determinadas situaciones), empleándose la debida diligencia, sino que también se requiere que ese mal resulte por mero accidente es decir, sin intención, sin descuido o negligencia, que sea producto de una casualidad imprevista e inevitable.

Una primera cuestión que surge al abordar este elemento, es determinar que significa la expresión "mero accidente", para unos autores, éstos significa que el suceso desgraciado sobrevenido no figure en la cadena causal del acto lícito, sino que surja completamente al margen y sin ninguna relación de culpabilidad, por dolo o por culpa con el agente activo; esto de que el suceso desgraciado no figure en la cadena causal, es para quienes sostienen que en el caso fortuito hay un rompimiento de esa relación causal; pero hemos visto que hay tesis opuesta, que consideran que esa cadena causal subsiste, y que en lo fortuito lo que existe es una falta de previsibilidad e inevitabilidad del acto lesivo, tesis que compartimos; de consiguiente creemos que mero accidente es aquel acontecimiento que sucede por un azar, que no ha sido posible prever ni ser evitado por el agente. Como se advierte este elemento se encarga de indicarnos la presencia de un caso fortuito, porque como dice el Dr. Enrique Córdova en sus comentarios, de que ya hemos referencia, no otra cosa significa producir un mal por mero accidente, sin culpa ni mucho menos intención de causarlo. Para ilustrar gráficamente este elemento, se pone como ejemplo clásico el cazador que dispara a un animal y hiere a un hombre que estaba oculto detrás de un árbol; el hecho de herir ese hombre no fué intencional, ni tampoco hubo falta de diligencia, pues no podría preverse que detrás del árbol hubiese algún hombre oculto. Así mismo me parece muy elocuente el ejemplo que nos da el Dr. Córdova, de un joven que viaja en un automóvil, manejan-

do él mismo; el carro tiene que pasar por un puente que, sin que nadie lo sepa ni pueda sospecharlo, y mucho menos su conductor, no resiste el paso del vehículo; el carro se va al fondo en que hay un rachuelo, donde se encuentran varias personas, que resultan golpeadas por el carro, venos en la presente situación un hecho que sucede por mero accidente, porque por ese puente no era prohibido pasar no había ninguna señal que indicase el peligro, y además siempre - por ahí transitaban esa clase de vehículos. Y para terminar con el comentario de este elemento, voy a transcribir una sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 5 de Julio de 1872 (Gaceta de 11 de Agosto), y que lo trae el autor Viada y Rauret; el caso es el siguiente: "Habiendo salido varios amigos de cacería, y hallándose descansando en una huerta después de efectuada aquella, determinaron retirarse al pueblo, y al levantarse se le dispara a uno de ellos la escopeta, causando sus proyectiles varias heridas a otro de los acompañantes, de cuyas resultas perdió el ojo izquierdo, invirtiendo en su curación cuatrocientos ochenta y cinco días: constituye este hecho delito, dando por supuesto quetodos los testigos - examinados en el proceso calificaron aquel de casual y conetido sin intención por su autor, que además de ser pariente del ofendido le profesaba el mayor aprecio. El Juez de Prinera Instancia y la Au--diencia de Sevilla lo calificaron de delito de lesiones graves por inprudencia temeraria. Fácilmente se comprende que siendo el acto de ir varios amigos a cazar un acto lícito, que no habiendo notado los testigos presenciales el menor descuido o falta al coger el -- procesado la escopeta para levantarse, y comprobada la ninguna culpa ni intención de causar el mal, debió declararse que dicho procesado no delinquirió, por estar exento de responsabilidad criminal, en virtud de concurrir caso fortuito"(103). El interés que revela la (103) D.Salvador Viada y Rauret. Obra citada. Pág. 473.

anterior resolución para nosotros, es ver cómo discrepan los juzgadores en la apreciación de este elemento, y es aquí oportuno decir que esta situación con frecuencia se da en nuestros Tribunales, - pues he podido enterarme al analizar y buscar jurisprudencia sobre el caso fortuito, siempre se resuelve la cuestión como una imprudencia, se nota la exigencia extrema de nuestros juzgadores de esa "debida diligencia" por una parte, y por otra, que aunque suceda el hecho por "mero accidente", casi siempre tratan de ver en el agente esa negligencia, descuido, omisión o impericia, por ello es escasísima la jurisprudencia nuestra en este campo y así es como he tenido que valerme de jurisprudencia extranjera.

34.- ASIMILACION DEL DAÑO DEPORTIVO AL CASO FORTUITO.

He considerado necesario decir unas cuantas frases sobre el problema aún debatido, de la asimilación del daño causado en los deportes al caso fortuito; así como la fundamentación jurídica de impunidad de estos daños. Los autores se han dividido al tratar este tema: Cuello Calón cree que el daño deportivo debe asimilarse al caso fortuito, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el deporte y sus reglas estén autorizados o permitidos por autoridad competente (licitud del acto), b) que en el acto deportivo hayan sido observadas dichas reglas (práctica del deporte con la debida diligencia) (104). Cabe decir en esta oportunidad que el Tribunal Supremo de España, ha reconocido los hechos lesivos o letales acaecidos en los deportes, amparándolos en el caso fortuito, tal como lo demuestran las sentencias del 19 de Julio de 1893 y la del 30 de Noviembre de 1938, en esta última se dice en lo conducente: "Es aplicable esta eximente (la del No.8 Art. 8 Pn.) cuando en juego lícito resbala y cae uno de los jugadores, sin que su contrincante pusiera parte en ello" (105). No obstante lo antes expuesto, el te-

(104) Eugenio Cuello Calón. Obra citada, pág. 466 y 467.
(105) Sentencias citadas por L. Jinénez de Asúa, en su Trat.VI.pág.244

na ha novido a discusión; nada menos al penalista Quintano Ripollés, no le parece exacta esa asinilación del daño deportivo al caso fortuito, pues dice que algunas veces de dará, otras no, y nunca en deportes como el boxeo, la lucha, en los que el ánimo de dañar es esencial y notorio; y por ello cree este autor que más cabría contemplarlos en la eximente de ejercicio de funciones profesionales(106) pero la crítica a esta posición es sencilla, por cuanto la eximente solo cabría los deportistas profesionales, pero los que no lo son quedarían fuera del ámbito de esta eximente. Algunas legislaciones que regulan expresamente esta situación aplican la doctrina del caso fortuito, tal como lo vemos en el Código de Defensa Social de Cuba, en el Art.449 literal C, que dice: "Si el evento dañoso resultare sin propósito de causarlo, y sin que infrinja las reglas del deporte quien lo produjere, no incurrirá éste en responsabilidad criminal alguna"; otro tanto hace el Código Penal del Ecuador que en el Art.438 dice: "el homicidio causado por un deportista, en el acto de un deporte y en la persona de otro deportista, en juego, no será penado, al aparecer claramente que no hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos y siempre que trate de un deporte no prohibido en la República. En caso contrario se estará a las reglas generales de este capítulo sobre homicidio". Nosotros que no tenemos una regulación expresa sobre los daños causados en los deportes, creo que tendríamos que regularlos conforme la eximente del caso fortuito, siempre cuando el hecho suceda como accidente y sin haberse transgredido las reglas del juego. En caso de que el deportista violare esas reglas intencionalmente o negligentemente puede ser acusado como autor de lesiones o de homicidio por dolo, preterintenciona o mera culpa según los casos. Pero bien hay que tratar de buscar el fundamento jurídico de impunidad en las - (106) A, Quintano Ripollés, Obra citada pág.142.

violaciones y los golpes ínsitos en el propio deporte, es decir, esas lesiones que se causan por ejemplo en la lucha libre, en el boxco, en fin en todos aquellos deportes en que en sí existe el re--sultado seguro de un daño y que aún están previsto en algunos re--glamentos deportivos. A este respecto las doctrinas sustentadas por los estudiosos del Derecho y por Tribunales de Justicia, es contra--dictoria; veamos algunas de las distintas teorías que se han expues--to al respecto: a) la teoría del derecho profesional, sustentada por Quintano Ripollés, Battaglini y otros; b) la teoría que se fun--damenta en la costumbre legitimadora de todo acto lesivo en los de--portes, tesis sustentada por Maggiori y otros; c) tesis que se fun--da en el consentimiento de la víctima, son sostenedores de esta te--sis Reníez Silva, Denogue y otros, d) los que ven en tales hechos lesivos una ausencia de antijuridicidad y por consiguiente una ver--dadera causa de justificación, son partidarios de esta tesis Garra--ud y otros, e) la doctrina de las normas de cultura, en que se sus--tenta que los juegos y luchas deportivas forman parte del acervo cultural de los pueblos civilizados modernamente, sustenta esta te--sis Max Ernest Mayer, f) la tesis que se fundamenta para justificar las violencias deportivas en el fin reconocido por el Estado, pare--ce ser que esta tesis es la mas aceptada, y aunque no deja de ser también aceptada las tesis intermedias o sea una conjugación de las tesis sustentadas, como es de reconocer una justificación teórica de esos daños ocasionados en el deporte en virtud del fin reconoci--do por el Estado en busca de ese interés social por los deportes y en cierto modo la consciente aceptación de todos los riesgos que o--curran dentro de dichos deportes por parte del deportista, regula--dos previamente por leyes, tesis ésta última que me parece mas acep--tada.

35.- EFECTOS DEL CASO FORTUITO.

Todos los autores que han tratado el caso fortuito, así como las legislaciones que lo regulan, están de acuerdo en la exclusión de responsabilidad por los hechos que acaecen fortuitamente; y es que exigir responsabilidad en el caso fortuito, sería no otra cosa que la estimación de responsabilidad sin culpa, que en materia penal resultaría monstruosa, como dice Quintano Ripollés y es que sabido es como hemos dicho, el caso fortuito sale de lo que en realidad puede prever el hombre y sus resultados entran en la esfera de lo incalculable; de consiguiente el hecho producido por fuerza mayor o por mano humana que acarrea lo fortuito, no puede ser reprochado a nadie, por no haber esa voluntad de violar la ley, ni voluntad de exponerse al riesgo de violarla.

Sobre la impunidad en forma irrestricta del caso fortuito, ha existido divergencia entre los autores, en lo que atañe a los daños derivados del hecho criminoso sucedido fortuitamente. La Escuela Positiva ha sostenido al respecto que El Estado debe indemnizar esos daños y sobre esto escribe el positivista Angiolini, según cita que hace Luis Jiménez de Asúa lo siguiente: "resulta innegable una cosa, y es la obligación de toda sociedad y por consiguiente de su organización, El Estado, de resarcir el daño producido por el caso fortuito. La culpa de la sociedad: he aquí un hecho que en muchos casos no puede ponerse en duda. Es preciso frente al caso fortuito que quiere al ciudadano, declarar la responsabilidad de toda la co-sociación para la cual suda y se afana el ciudadano y a la cual pertenecía la víctima y por la cual tenía derecho a ser protegido" (107); esto crea, lo que se llama la teoría de la responsabilidad de la colectividad o del Estado en el caso fortuito. Expuesta así la cuestión, surge esta pregunta: ¿ debe responderse civilmente del (107) Angiolini, citado por Jiménez de Asúa, en el To.VI. pág.250

caso fortuito ?; nosotros creemos que quien al obrar origina un mal imprevisto e inevitable no responde ni civil ni crininalmente; claro está, que al decir que no responde civilmente, nos referimos a esa responsabilidad civil exigida por vía penal, ya que en el orden meramente privado, puede hacerse efectiva, así como se acude al moderno Derecho del Trabajo que consagra la tesis del riesgo profesional, pero la exigencia civil derivada del delito no procede, sino la que procede (repito), con entera independéncia del procedimiento criminal es la indemnización civil que los códigos penales señalan como responsabilidad ex-delito.

Sobre este punto, he visto, como idea nueva, con algo de entusiasmo la tesis sustentada por el académico salvadoreño doctor Enrique Córdova en su trabajo "Estudios Penales", quien nos dice: "creemos que la desgracia puede ocurrir con ausencia completa de culpa, cuando la producen exclusivamente causas ajenas al acto del agente que se califican de imprevisto irresistible, pero también puede ocurrir por la concurrencia al acto del agente de una concausa superior, ésto es, cuando ha mediado culpa levísima del agente relacionada con otras causas de mayor eficacia determinantes del fatal acontecimiento. Cuando así sucediere, es nuestra opinión, que debe pesar sobre el agente la responsabilidad civil. Será muy poca su culpa, pero alguna tiene, y teniéndola no ha de quedar en mejor situación que quien no ha tenido ingerencia está convertido en víctima inocente de las omisiones, negligencia o impericias de otro"...y agrega que su opinión es "mas justa que la de los que pretenden trasladar al Estado la obligación de pagar la indemnización civil". Me parece que la opinión sustentada por el distinguido profesional tendría perfecta aplicación en el caso de fuerza mayor, pero no así en el caso fortuito, porque como hemos visto al analizar la naturaleza

del caso fortuito, siempre vemos la intervención humana, y al decir el Dr. Córdova que el agente productor del caso, alguna culpa tiene, y que no es posible dejar al desamparo a la víctima inocente de las omisiones, negligencias o impericias del hechor, entramos ya al campo de lo culposo, y nos salimos de lo fortuito, Creo pues, que sin desnaturalizar lo que en sí es el caso fortuito, como le hemos visto, no cabe ninguna responsabilidad al agente.

CAPITULO VI

DERECHO COMPARADO

36.- IDEAS GENERALES. Al abordar este tena es indudable que será con mucha limitación, pues resulta sumamente imposible referirse a todas las legislaciones del mundo, tanto por la falta de literatura, como a la escasa preparación que tengo, propia de un estudiante. Con tal advertencia, voy a referirme exclusivamente a la legislación latinoamericana.

Pocos son relativamente los códigos penales vigentes que legislan sobre el caso fortuito y es que he de manifestar que los códigos modernos guardan silencio, por considerar que no es necesario consignar de modo expreso, lo que resulta obvio, que lo que se encuentra más allá de la previsión humana o del poder del hombre no constituye ni siquiera acto; sin embargo, uno de los códigos modernos como es el de Italia sí lo regula expresamente en el Art.45 que dice: "No es punible quien ha cometido el hecho por caso fortuito o por fuerza mayor"; así como también existen proyectos de códigos penales que regulan en forma expresa el caso fortuito, tal como lo vemos en el proyecto de código penal de José Peco (Argentina), y el nuestro.

Refiriéndonos, pues, a las legislaciones latinoamericanas, puede decirse que hay legislaciones que regulan el caso fortuito en forma taxativa, mientras que otras no lo hacen y simplemente declaran que el acto ha de ser ejecutado con intención o voluntad determinada; ejemplos de legislaciones que no regulan el casus en forma expresa tenemos la de Uruguay, Venezuela, el código de defensa social del Estado de Chihuahua, (México), el código penal del Estado de Veracruz (México) y el código penal de Argentina.

Vamos a ver las fórmulas que emplean los códigos que en forma expres

sa regulan el caso fortuito; asimismo el sistema o método que utilizan, La mayoría de legislaciones latinoamericanas, están inspiradas en el modelo español y enclavan el caso fortuito entre las causas que eximen de responsabilidad criminal, con la clásica fórmula de que no delinquen al que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente; otras legislaciones utilizan la fórmula más escueta como es "cometerlo casualmente y sin intención en el ejercicio de un acto lícito", ya sea que se inspiren en el código español de 1822 o en el de 1848. Ex--- puesto lo anterior, veamos cada legislación que a nuestra manera de entender ofrezca mayor importancia al tema que nos ocupa.

37.- LEGISLACION DE CHILE.

El Código Penal de Chile de 1874, en el libro primero en el título I, párrafo II "De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal" Art.10 No.8 dice: "El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente"; vemos en la disposición transcrita la presencia de la fórmula española, y además la presencia de los elementos que ya antes hemos analizado que configuran el caso fortuito, con la única diferencia que no usa las frases "sin culpa ni intención de causarlo" que emplea nuestro código; pero bien cabe decir, que esta legislación el casus tona carta de eximente, y se encuentra regulado juntamente con las demás eximentes, sin ninguna regulación especial, y ubicado en la parte general del código, por lo que consideramos que su regulación no es adecuada, pues aunque aceptásemos la regulación del caso fortuito en forma expresa, éste debiera regularse como límite de la culpabilidad.

38.- LEGISLACION DE BOLIVIA.

El Código Penal de Bolivia de 1834, regula el caso fortuito en el

libro primero título I. que habla de las disposiciones generales y en el capítulo III, que regula "Las circunstancias que destruyen la criminalidad o culpabilidad de un acto", y en el Art.13 No.3o. dice: "Cometerlos casualmente y sin intención en el ejercicio de un acto lícito"; considero que en la disposición transcrita cabría el caso fortuito, y siendo así, vemos que toña carta de eximente, aunque con el mismo error; a mi manera de ver, de no tener una regulación especial; pues bajo una misma disposición se encuentran reguladas todas las demás eximentes conocidas; también se advierte de la disposición citada, que si bien requiere que el hecho se cometa casualmente; que sea sin intención y en el ejercicio de un acto lícito, no usa la expresión "con la debida diligencia", como muchos de los demás códigos incluso el nuestro; pero en todo caso vemos que se inspira en la fórmula española.

39.- LEGISLACION DE HONDURAS.

El Código Penal de Honduras de 1906, regula el caso fortuito en el capítulo II, que habla "De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal", y en el Art.7 No.9 dice; "El que, con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por nro accidente"; vemos que sigue la misma fórmula, tomando el casus carta de eximente, y en cuanto a su ubicación y sistema, pueden hacerse las mismas consideraciones que hemos dichos.

40.- LEGISLACION MEXICANA.

El Código Penal de México para el Distrito y Territorios Federales de 1931, también regula en forma expresa el caso fortuito, en el capítulo IV, que habla de las circunstancias excluyentes y en el Art.15 apartado X dice: "Causar un daño por nro accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas"; cabe hacer las mismas consideraciones ya

dichas respectos de los códigos que siguen la misma fórmula y que también el mismo sistema y ubicación. También emplean fórmula similar los Códigos de Panamá, Honduras, y El Salvador, de que oportunamente haremos mención especial.

Hay otros códigos que aunque emplean fórmula muy semejante a la usada por los códigos antes citados derivados del español y que hacen del caso una eximente, lo tratan con mejor sistema.

41.- LEGISLACION DE GUATEMALA.

El Código Penal de Guatemala de 1936, regula el caso fortuito en forma expresa, en el Art.15 Pn. que dice: "El que con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produce un mal por mero accidente, no incurre en responsabilidad criminal"; el mérito de esta legislación, que aunque hace del casus una eximente de responsabilidad, es que lo trata en un artículo especial y además en los artículos que se refieren a la culpabilidad; por lo demás siempre sigue la fórmula española; y en el Art.21 Pn, regula las eximentes, como se ven, en forma distinta o mejor dicho separadas del casus.

42.- LEGISLACION DEL ECUADOR.

El Código Penal del Ecuador de 1938, regula el caso fortuito en el Art.15 y dice: "La acción u omisión prevista por la ley como infracción, no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o -- fuerza mayor"; de la disposición transcrita vemos que la legislación Ecuatoriana se aparta de la fórmula española, en tratar de determinar que se entiende por caso fortuito, cosa que me parece muy bien, porque no es propio que en un cuerpo de leyes se den conceptos, puesto que ésto es propio de la doctrina; por otra parte vemos que en la misma disposición hace referencia a la fuerza mayor, cosa que me parece bien, por cuanto casus y fuerza mayor tienen el mismo

efecto, aunque guardando ambas instituciones su naturaleza propia; también el legislador ecuatoriano no ha confundido o mejor dicho regulado el casus con las demás eximentes bajo un mismo artículo como lo hacen otras legislaciones, sino que le ha dado una regulación especial y además lo ha ubicado en los artículos relativos a la culpabilidad, cosa que también nos parece acertada.

43.- LEGISLACION DE COSTA RICA.

Podría decirse que la legislación de Costa Rica es una de las que no regula en forma expresa el caso fortuito, quizá por considerar que no es necesaria su regulación, que, aunque así se haya sostenido por los Licenciados Antonio Picado y Enrique Guier, según cita que hace el Licenciado Miguel Aniroff Tinoco en su tesis doctoral a fs. 25; yo estimo que el caso fortuito está implícitamente contenido en el Art.26 Pn. que dice que están exentos de responsabilidad: No. 3o. "El que al ejecutar un acto lícito, o a causa de un error esencial de hecho, ocasionare, por n^oero accidente un mal que no provenga de culpa". Dando por sentado que en la disposición transcrita se encuentra regulado el caso fortuito, vemos que el legislador Costarricense, se aparta un tanto de la fórmula española, y no usa las frases "debida diligencia" y "sin culpa ni intención", como lo hacen otros códigos incluso el nuestro; y es que en verdad tales frases no hacen más que dar una explicación del término "n^oero accidente", son pues explicativas, y así se ha entendido en las legislaciones que las consignan; ya que estando en el campo estrictamente absoluto "n^oero accidente" implica no otra cosa sino falta de culpa, además decíamos anteriormente que esto de n^oero accidente es lo que viene a determinarnos que estamos en presencia de un caso fortuito; expuesta así la situación no cabe duda que el Art.26 No. 3o. Pn. se encuentra regulado el caso fortuito. En la disposición citada vemos

la frase que dice "o a causa de un error esencial de hecho"; el error esencial es el que versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva o sobre una circunstancia agravante de calificación, haciendo referencia a la decisión del autor; y conforme las opiniones más generalizadas de autores que tratan la materia, esta clase de error excluye la culpabilidad del agente, cuando se refiere a los elementos constitutivos del tipo o de la agravación en referencia a la decisión del autor; de consiguiente, en la disposición antes citada, existen dos causas de inculpabilidad: la del casus y la del error esencial.

44.- LEGISLACION DE ARGENTINA.

El Código Penal de Argentina de 1922, no regula en forma taxativa el caso fortuito, y aunque no hay unanimidad en los fallos cuando se han presentado situaciones de caso fortuito, los han resuelto reconociendo como frontera de la culpa, han visto, pues, el casus límite de la culpabilidad, posición indudablemente, acorde con la teoría moderna; y para fundamentar lo dicho transcribimos el fallo de la Cámara de lo Criminal y Correccional de la Capital, que trae don Luis Jiménez de Asúa y que dice: "El procesado, conductor de un camión, produjo la muerte de un menor, a causa de que éste bajaba corriendo y de improviso por la calle, que pretendió cruzar, sin poner atención alguna en el tránsito de vehículos, no siéndole posible a dicho procesado impedir el atropello dada la rapidez de la escena, no obstante aplicar los frenos de pie que se rompieron, y desviar la dirección de la marcha con el propósito de impedir el accidente. En consecuencia, no cabe hacer al conductor culpable del resultado luctuoso, puesto que agotó la diligente actividad que las circunstancias del caso requerían, encaminada a evitar con pericia la producción del hecho" (sentencia del 2 de Octubre de 1945, en la

Ley, To.40. págs. 441 y sig. y citada por Jiménez de Asúa en el To. VI. pág. 245 y 246.)

45.- LEGISLACION DE URUGUAY.

El Código de Uruguay del año 1933, tampoco regula en forma taxativa el caso fortuito, pero sí encontramos disposiciones que ayudarían a resolver una situación de tal naturaleza, hay una disposición que dice: "no se responde de la concausa preexistente, superviniente o simultánea, independiente del hecho, que no se ha podido prever. La que se ha podido prever y no se ha previsto, será tenido en cuenta por el Juez para rebajar la pena, según su criterio, de acuerdo con las circunstancias del caso y lo dispuesto en el Art.18", y tal artículo dice: "Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional, cuando el resultado se ajusta a la intención, ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto, culpable, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en si mismo jurídicamente indiferente se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fué, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos.

El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional; el daño que se previó como imposible, se considera culpable". Como vemos tienen importancia tales disposiciones por su aspecto explicativo, y se advierte que al presentarse una situación de caso fortuito se resolvería fuera de la culpabilidad, ya que solo es punible el hecho que cae dentro de la esfera de la culpabilidad.

46.- LEGISLACION DEL BRASIL.

El Código Penal del Brasil de 1940, no regula en forma expresa el

caso fortuito, pero si regula expresamente los delitos dolosos y los culposos, así el Art.15 dice: Se dice que el delito es: I) Doloso, cuando el agente quiso su resultado o asumió el riesgo de producirlo. II) Por imprudencia cuando su autor realiza el hecho por culpa, negligencia o impericia (unico) salvo en los casos expresados por la ley, nadie puede ser castigado por hecho previsto como delito, sino cuando lo practica dolosamente"; se advierte que lo fortuito sale del campo de la culpabilidad.

47.- LEGISLACION DE COLOMBIA.

El Código Penal de Colombia del año 1936, tampoco regula en forma expresa el caso fortuito; y encuentro las disposiciones siguientes: Art.II inc. 2o. Pn. que dice: "Se infringe la ley penal por acción u omisión", así como el inc.2o. del Art. 12 que dice: "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 evitarlos"; asimismo el Art.13 del mismo -- cuerpo de leyes dice: "En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente". Las disposiciones transcritas y por excepción podrían ayudar a resolver una situación de caso fortuito, y que necesariamente, conforme la doctrina que inspira al caso fortuito se trataría como límite de la culpabilidad.

Los Códigos Penales de Haití de 1835 y el de la República Dominicana de 1884, aunque pertenecen a los antiguos códigos, no regulan en forma expresa el caso fortuito, y todo porque dichos cuerpos de leyes se derivan del Código Penal Francés, donde tampoco ha sido regulado.

Tanto los Tribunales de Justicia como los autores de los países donde no existe una regulación taxativa del caso fortuito, son mas libres para situar el caso en el lugar que verdaderamente le corres-

ponde.

Explicando ligeramente la regulación jurídica del caso fortuito, en la forma antes expuesta, en la mayoría de las legislaciones iberoamericanas; creo necesario ver en forma un tanto mas detallado el caso fortuito en nuestra legislación penal.

48.- EL CASO FORTUITO EN NUESTRA LEGISLACION PENAL.

El caso fortuito en nuestra legislación penal, tiene el mismo tratamiento que el Código Penal Español antiguo de 1870, así con el de 1848, 1850 y al del código restablecido por la República de 1932, 1944 y 1963, y toma carta de eximente como causa de inculpabilidad, regulado en el libro primero, capítulo II, en el Art.8 No. 8 y dice: "El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo". El Código Penal Español, también lo regula en el Art. 8 No. 8 y usa la misma redacción, con la única diferencia que usa la expresión "con" en vez de "en", y si no veamos el Art. 8 No.8 del Código Penal Español "El que, con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo".

De la disposición transcrita se advierte que para que estenos en presencia de caso fortuito se requiere de las siguientes condiciones o elementos: a) que el agente ejecute un acto lícito, b) que proceda con la debida diligencia, c) que el mal se cause por mero accidente, ésto es, sin culpa ni intención de causarlo. Como ya vimos al abordar los elementos del caso fortuito las condiciones antes dichas, para no entrar en repeticiones, nos estamos a lo dicho en tal ocasión; por lo que únicamente voy a referirme a los defectos de redacción y ver algunos problemas que pueden presentarse.

Ha sido objeto de muchas críticas la redacción que utiliza nuestro

legislador al regular el casus, pues se dice que las frases, "la de bida diligencia, "mero accidente" y "sin culpa ni intención de cau- sarlo", son conceptos perfectamente sinónimos que parten de la úni- ca condición básica, que es: ausencia de dolo y de culpa, crítica que me parece muy adecuada, pues bastaría con que se redactara así: "el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, causa un mal por me ro accidente", tal como lo hemos visto redactado en otras legisla- ciones; por consiguiente las frases "devida diligencia" y "sin cul parni intención de causarlo", saldrían sobrando y nuestro legisla- dor ha sido redundante; más sin embargo los defensores de la reda- ción presente, estinan que las frases apuntadas tienen la finalidad de explicar el término "mero accidente", son expresiones pues, ex- plicativas y de consiguiente la redundancia es aceptable.

Surge asimismo una cuestión y es que de conformidad con el Art. 9 No. lo. Pn. que dice: "las expresadas en el artículo anterior, cuan- do no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de res- ponsabilidad en sus respectivos casos", son circunstancias atenuan- tes de la responsabilidad criminal. Como hemos dicho que la eximente de caso fortuito se compone de tres elementos o condiciones, que pa- saría si faltase uno o dos de tales elementos ?, por ejemplo que el agente ejecutó el hecho dañoso en ocasión de ejecutar un acto no lí cito, o que no lo hizo con la debida diligencia ?, estaríamos en presencia de la circunstancia atenuante que hemos citado ?, entien- do que la falta de una o más de las condiciones dichas da lugar a un delito culposo o doloso según el caso, con todos sus elementos y caracteres y no daría lugar aplicar la atenuante.

Otro problema que surge en el análisis de la eximente en estudio, es ver a qué clase, o mejor dicho a qué especie de culpa se refiere nuestra ley penal, y ésto haciendo ya una relación con la ley civil; aunque como hemos dicho anteriormente, en lo penal modernamente so-

lo cabe hablar de dos especies de culpa: la inconciente y la cons-
ciente, que ya vimos en que consistía cada una, pero siguiendo los
postulados clásicos, nuestra ley civil reconoce tres clases de cul-
pa: lata, leve y levísima; el legislador penal que como sabemos se
inspiró en la escuela o corriente clásica, cuando dice que el hecho
suceda "sin culpa ni intención de causarlo", habrá comprendido las
tres especies de culpa ?. El Art.42 C. dice: "La ley distingue tres
especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa
lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con a--
quel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia
suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias ci-
viles equivalen al dolo".

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella
diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus
negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación signifi-
ca culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la dili-
gencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia
es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligen-
cia que un hombre juicioso emplea, en la administración de sus ne-
gocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma dili-
gencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de in-
ferir injuria a la persona o propiedad de otro". No cabe duda que
la culpa grave y la culpa leve, originan ya en el campo penal la in-
prudencia temeraria, regulado en el Art. 527 Pn. que dice: "El que
por imprudencia temeraria ejecute un hecho que si mediare malicia
constituiría un delito grave, será castigado con tres años de pri-
sión mayor y con un año de prisión mayor, si constituyere un deli-

to menos grave. En las mismas penas incurrirá respectivamente el que con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia..."; pues bien, surge la duda si la culpa levísima está exenta de responsabilidad penal. Estimo que cuando el legislador nos manifiesta que el hecho debe ser realizado "sin culpa", debe entenderse que se refiere aún a esa culpa levísima que nos habla el código civil, porque el Art.539 Pn. que habla de los hechos constitutivos de falta dice en el No.11 lo siguiente: "Los que por simple imprudencia o negligencia y sin cometer infracción de los reglamentos causaron un mal que, mediando malicia constituiría delito o falta", las expresiones "la simple imprudencia o negligencia" que utiliza el legislador penal, está dando a entender que aún esa culpa levísima es sancionada penalmente; y es que estimo que ~~node otra~~manera debe pensarse, porque sabido, como queda, el caso fortuito está más allá de la voluntad humana, y la culpa levísima está al alcance de la previsibilidad del hombre, además puede evitarse y cumplirse, mientras en el caso fortuito no puede ni preverse ni evitarse el evento dañoso.

Es oportuno decir, para un mejor agotamiento del tema, la diferencia que existe del casus en materia penal y civil, conforme nuestra legislación.

49.- DIFERENCIA DEL CASO FORTUITO EN MATERIA PENAL Y EN MATERIA CIVIL, CONFORME NUESTRA LEGISLACION.

Aún desde los albores del Derecho Romano, se distinguió el casus penal del casus civil, y conforme nuestra legislación pueden notarse las siguientes diferencias:

a) En cuanto a su regulación: Visto como está, que en materia penal el casus toma carta de eximente de inculpabilidad, lo tenemos regulado bajo la fórmula clásica de que no delinquen y por consiguiente

están exentos de responsabilidad criminal: el que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por n^oro accidente, sin culpa ni intención de causarlo. En el campo civil la definición del caso fortuito la encontramos en el Art.43 que dice: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Venos en la disposición transcrita que el legislador civil ha hecho sinónimo caso fortuito y fuerza mayor, dándole el mismo tratamiento y regulación, cosa que no sucede así en el campo penal, donde ambas instituciones jurídicas tienen su regulación; además dice el legislador civil que lo fortuito es lo imprevisto a que no es posible resistir, ésto de imprevisto es lo que también caracteriza al casus penal, pero lo de irresistible es propio de la fuerza mayor en el campo penal; y b) en cuanto a sus efectos, talvez aquí se ve con mayor claridad la diferencia, En toda época, en todas las legislaciones del mundo y aún por parte de los expositores del derecho, han reconocido la falta de responsabilidad penal del agente cuando actúa en el campo de lo fortuito, y aún la opinión predominante es también declarar al agente exento de toda responsabilidad civil por la vía penal del hecho dañoso, en nuestra legislación no cabe al agente ninguna clase de responsabilidad cuando el hecho sucede por caso fortuito. En el campo civil aunque el principio general sea que el efecto propio del casus consista en liberar de responsabilidad al deudor por los daños y perjuicios causados al acreedor y que prevengan de no haberse cumplido la obligación o de no haberse podido el hecho que causa el daño, esta regla se recoge en el Art.1418 inc. 2o. C. cuando dice: "El deudor no es responsable del caso fortuito", y continúa la disposición, hacien-

do ya como excepción "a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa"; de la disposición transcrita se advierte que hay casos en que el deudor responde del caso fortuito. Además el caso fortuito en el campo civil, tiene pudiéramos decir diversas aplicaciones según la clase de obligaciones de que se trate: así para el caso: a) en las obligaciones de género, el deudor está siempre obligado a cumplir en forma invariable, esto es, aún cuando la cosa debida se destruya por caso fortuito, pues el Art. 1381 C dice: "La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación...". b) En las obligaciones de especies o cuerpo cierto, nuestra ley dispone en el Art. 1419 C lo siguiente: "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa, y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir", y además el Art. 1421 C. dice: "El riesgo del cuerpo cierto cuya tradición se deba, es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor se constituya en mora de recibir, pues en tal caso será a cargo de éste el riesgo de la cosa hasta que la tradición se verifique"; de las disposiciones transcritas se ve que el deudor responde del caso fortuito y solamente cuando el acreedor se constituye en mora de recibir la cosa, es cuando el deudor no responde; c) en las obligaciones condicionales, nuestra ley dice en el Art. 1357 C". Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios...". Básten las disposicio-

nes transcritas para ver como opera el caso fortuito en el campo civil, y de ello se desprende en forma clara, la diferencia fundamental que existe en nuestra legislación del casus en materia civil y en materia penal.

CAPITULO VII
JURISPRUDENCIA

Es sumamente escasa la jurisprudencia sobre el caso fortuito, no porque en la vida diaria no se den situaciones de esta naturaleza, sino que hay casos tan evidentes, que los Jueces de Primera Instancia sin vacilación alguna pronuncian resoluciones aplicando tal eximente, y en otras ocasiones especialmente por los Jueces de Paz tales diligencias son archivadas. También se ve con mucha frecuencia por nuestros Tribunales, resolviendo situaciones que son verdaderos casos fortuitos, como imprudencias, y en otras ocasiones le dan otros tratamientos jurídicos; en verdad, después de haber revisado minuciosamente la mayor cantidad de Revistas Judiciales que me fué posible, he visto con mucho interés para el tema que nos ocupa, una sentencia pronunciada por la Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro, pronunciada en esta ciudad a las cuatro de la tarde del día cuatro de octubre de mil novecientos nueve, con dicha sentencia se asienta la doctrina siguiente: "Para que un hecho pueda conceptuarse como delictuoso, es indispensable que haya habido, intención o voluntad, de parte del sujeto activo en el acto que se trata de reprimir. Para que un hecho ejecutado sin intención de dañar ni malicia, pueda estimarse comprendido en el Art. 526 (hoy 527), es necesario y preciso que haya mediado una grave imprudencia o la simple con infracción de reglamentos. No habiendo voluntad consciente en la causa generadora del hecho, ni pudiendo deducirse un delito culposo, es caso de sobreseimiento, por no poder atribuirse responsabilidad criminal".

Por las consideraciones que haré posteriormente, transcribo literalmente el fallo a que aludo: "Vistos en apelación con el auto del Juez 1o. de la Instancia del Departamento de La Paz, dictado a las

cuatro de la tarde del día nueve de agosto del año corriente, en la criminal contra Encarnación Vásquez por disparo y una lesión causada por imprudencia teneraria, a Rafael Flores: en dicha resolución se eleva la causa a plenario y se le previene nombrar defensor o ratifique el que tiene hecho bajo los apercibimientos de ley, Leído el proceso y haciendo una relación de los hechos importantes, aparece: Flores sufrió una lesión que le fué reconocida en la palma de la mano izquierda, ejecutada con proyectil de arma de fuego, el cual salió al lado opuesto de dicha mano, curable en veinte días, dejando impedimento y deformidad. El agraviado Rafael Flores dice: que lo ofendió Encarnación Vásquez, como a las 7 de la noche del 7 de mayo último dentro de la casa del estanco de Antonio Velásquez, cita en el pueblo San Rafael, causándole un balazo en la mano izquierda, con un revólver: que no hubo motivo ni cuestión, ni fué el hecho de intento, pues juntos estaban tomando licor; y que el hecho ocurrió así: Vásquez le propuso en venta el revólver, el ofendido lo tomó de manos de su ofensor, lo desgovernó sin carga por habérsela quitado, lo estuvo inspeccionando para ver si era bueno, y acto continuo, el mismo ofendido lo cargó con las mismas cápsulas y lo puso sobre el mostrador del establecimiento, diciéndole que no se lo compraba porque era caro en 25 pesos, Vásquez al tomarlo, sin otro novimiento, disparó el tiro providencialmente dañándole la mano. Los testigos Víctor Peña, Abraham García, Adolfo Salinas y Anselmo Muñoz, testigos presenciales, declaran en los mismo términos que el ofendido y que, además con el disparo se dañó o fracturó una tilichera del establecimiento.

El reo en su indagatoria hace los mismos detalles del acontecimiento; pero difiere en un punto principal, al manifestar que poniendo Flores el revólver sobre el mostrador, dijo: "ya me baliastes", a

lo que le contestó el declarante Vázquez: "vos solo te has baliado", efectuándose el disparo en manos de Flores, y tomando el revólver lo metió en la bolsa. En virtud de ampliación, decretada por el Juez de Oficio, el ofendido y los testigos, expresan: que no vieron que Vázquez halara el gatillo o metiera el dedo en el guardamonte para hacerlo funcionar; que cuando tomó el revólver del mostrador, no apuntaba a persona alguna, ni hizo otro movimiento mas que levantarlo, y al lesionar a Flores fué porque éste tenía el brazo sobre la tilichera quebrada, resultando la mano lesionada. Relacionados los hechos, para deducir la resolución, hay que entrar en estas consideraciones legales:

1o.) Nuestra Legislación criminal conceptúa como delito "toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley" véase el Art. 1o. Pn. Así donde la voluntad no interviene como causa generadora del acto que se trata de reprimir; donde no ha habido conciencia deliberada de producir un efecto dañoso prohibido anticipadamente con sanción penal por la ley; no es ni puede ser conceptuado, en el sentido legal y jurídico, como delictuoso, para el efecto de poder deducir una responsabilidad criminal. Aplicando esta doctrina al asunto de que se conoce, no es posible sostener que hubiera voluntad consciente o intencional en el sujeto activo del delito para que pudiera ser acreedor a un castigo, por faltar ese elemento indispensable y esencial para que el acto sea punible.

2o.) El artículo 526 (hoy 527 Pn.) castiga los hechos delictuosos cometidos por imprudencia temeraria, o por simple imprudencia con infracción de los reglamentos, sin que haya mediado intención o malicia al cometerlos; pero como puede verse de la misma disposición, es indispensable y necesario la imprudencia con temeridad o la simple infringiendo reglamentos; y en el caso contemplado no ha habi-

do imprudencia de ninguna clase, ya que de los hechos establecidos, aparece que Vázquez se limitó a tonar el revólver, y sin haber efectuado ningún otro movimiento que el de levantarlo del mostrador donde se encontraba, disparó pudiendo muy bien haber ocurrido que el ofendido, después de haberlo desgovernado y vuelto a cargar, lo hubiera colocado inadvertidamente en el mostrador preparado a disparar.

3o.) No pudiendo legalmente atribuirse al procesado culpabilidad criminal por el disparo y lesión de que se trata, ni tampoco deducirse el delito culposo a que se refiere la disposición últimamente citada, procede sobreseer; pero no sucede lo mismo con la falta o infracción de la portación del revólver sin la licencia respectiva, que debe castigarse conforme a las prescripciones que la ley establece: Artículos 3, 181 No.1 I, y 111 de la ley de Policía.

Por Tanto: y aplicando los artículos 453, 470 y 473 I., dijeron: se revoca la resolución de que se ha hecho mérito, se sobresee a favor del reo Encarnación Vázquez por el disparo de arma de fuego y lesión en Rafael Flores, debiendo ponérsele en libertad....".

Al analizar el caso anterior, veo que conforme a la doctrina que inspira el caso fortuito, es éste el que se ha dado, más sin embargo, se estimó y resolvió la situación conforme el Art. lo. Pn. cual es la falta de culpabilidad; de consiguiente, surge como algo claro, que conforme a nuestro Código Penal, la mal llanada eximente de caso "fortuito", contemplada en el Art. 8 No.8 Pn, sale sobrando, cosa que así lo considero, como lo haré notar en mis conclusiones. Asimismo tiene interés, la sentencia pronunciada por la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas y treinta minutos del día dieciséis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve y que aparece en la Revista Judicial, No. LXIV, del año 1959, que aunque no se resuelve una situación de caso fortuito,

fué invocado por la defensa, como precepto violado el No. 8 del Art. 8 Pn.; y como consecuencia de dicha sentencia se sienta la doctrina siguiente: "El Art.405 I, no puede ser infringido en vista de que su aplicación se deja al parecer discrecional del Juez en atención a las circunstancias que concurran, y, como consecuencia su violación no puede ser alegada como motivo de casación.

Se infringe el Art.278 I como el Art. 8 No.4 Pn., citados por el recurrente así como el Art. 274 I, no citado, debiéndolo haber sido, sin que ello demerite el recurso por estar citados los dos anteriores, por no haber sido puesto en libertad el procesado caso de no estar detenido por otra causa y pronunciada sentencia absolutoria en su favor, en virtud de que el veredicto del jurado aparece establecida la eximente de legítima defensa a favor del encausado Morán, la que lo releva de toda responsabilidad con respecto a los hechos cometidos con ocasiones de su defensa. Con fundamento en lo anterior es impropcedente traer a cuento la eximente de caso fortuito, contenida en el No. 8 del Art. 8 Pn., e invocada por la defensa, por innecesaria.

En virtud de que la legítima defensa está reconocida en nuestra legislación penal como una eximente, no sería dable reconocer al encausado la eximente 8a. del Art. 8 Pn, en lo referente al ejercicio legítimo de un derecho, porque, en tal caso el ejercicio de tal derecho sería simplemente otra eximente. Concorre en favor del reo la eximente de legítima defensa, si el golpe que le fué causado por el occiso en la cara de aquel con el plan de la hoja del corvo que portaba, después que el mismo reo le llamó la atención por el escándalo que causaba, es una agresión ilegítima por haberle sido causada en la cara y porque la reacción de toda persona a quien se le enfila un corvo en la situación anterior, llegue o nó a su destino

y más si produce lesión, o sea o no un planazo, es la de hacer uso de cualquier arma de que se disponga. Basta con que la persona se haya puesto en una situación de inmediato peligro para que surja la reacción natural de la legítima defensa.

El requisito de la proporcionalidad del medio empleado también se estima cumplido, con base en las razones ya dichas, y la falta de provocación suficiente no puede menos que considerarse cumplida por que está establecido que el procesado no solo provocó, sino que, - por el contrario, le llamó la atención al agresor por el escándalo que causaba.

En consecuencia procede casar la sentencia recurrida y pronunciar la correspondiente. Por haber contestado el Tribunal del Jurado que el procesado obró en legítima defensa en la comisión de los hechos porque se le juzga y dado que el veredicto del Jurado es una verdad jurídica incontrovertible, procede absolver al reo de la acusación fiscal....."

La cuestión resuelta era la siguiente: X fué atacado a nacetazos por Y sin que X haya provocado al agresor, así las cosas el agredido se defiende con un revólver, y de los disparos que hace mata a Z, se demuestra en el proceso la legítima defensa, vale decir, se perfilan todos sus elementos; visto como queda, la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, absolvió al procesado, por existir la eximente de legítima defensa. Como ni interés en este capítulo es ver, en la medida de mis capacidades, pocas por cierto, la fundamentación jurídica del fallo en relación al tena que nos ocupa. Considero que los hechos cometidos casualmente, al defenderse de una agresión ilegítima a una tercera persona, que nada tiene que ver, no deben cobijarse bajo la eximente de legítima defensa como una consecuencia, como lo ha resuelto el Alto Tribunal de Jus-

ticia, y lo que cabe invocar es la eximente de caso fortuito, pues quien ejecuta actos de legítima defensa realiza actos lícitos, y a sinismo el hecho lesivo resultó casualmente, sin culpa ni intención por parte del agente, y además en el caso que nos ocupa el agente - en esa situación de defensa no puede exigírsele otra diligencia que la hecha, que considero que es la debida diligencia, pues tal como hemos dicho, en la apreciación de este elemento "debida diligencia", debe tomarse en consideración al agente en particular y en las circunstancias que actúa, de donde se desprende que con base en la doctrina que inspira el caso fortuito, se dan todos los elementos en el caso a que hemos hecho alusión. Esta manera de pensar, tiene su fundamento en la doctrina penal del Tribunal Supremo de España, que trae en su obra el autor Manuel Rodríguez Navarro, quien recogiendo las resoluciones recaídas en los recursos de casación por infracción de ley, del referido Tribunal a fs. 588 del To.I, dice tal doctrina: "si causó daño a un tercero casualmente, al defenderse de la agresión de que fué objeto el acusado... Siendo lícitos los actos de legítima defensa realizados por el procesado al repeler la agresión de que fue objeto, es visto que el daño ocasionado en su defensa casualmente a un tercero, sin intención de causarlo, acreditan su irresponsabilidad" (S. 29 -4-924; G.-17 y 18-10-924 To. III, pág. 342), la doctrina antes expuesta se refiere al caso fortuito. Como decía, anteriormente, no he encontrado una resolución del alto Tribunal de Justicia, donde se haya aplicado la eximente de caso fortuito, y por el contrario es bastante abundante las resoluciones en que se ha estimado la inprudencia teneraria o la simple inprudencia por parte del agente, a este respecto traigo a cuento la sentencia/^{pronunciada} por la Cámara de Tercera Instancia: a las nueve horas del ocho de marzo de mil novecientos treinta y nueve, y en los

considerandos III y IV, se dice: "III) Las contestaciones del Jurado deben tenerse por no hechas, por contrariar lo que consta probado en autos con la confesión del reo, y atenderse para fallar a dicha confesión en la que el reo Rafael Antonio Rodríguez manifestó: "que hoy (5 de mayo de 1934) como a las ocho horas se encontraba en un corredor de la casa de Joaquína Nulato, en el barrio San Antonio de esta ciudad (Santa Tecla) a donde llegó en compañía de Manuel Sosa, Rafael Alvarado, Vicente Ambrogi, Julio Cisneros y Antonio Marroquín (alias) Zapó Cuto: que allí llegó de visita y al momento de estar conversando, Manuel Sosa le dijo al declarante que le prestara una pistola, que él que habla tenía trabada en el cinto: que el deponente se la destrabó y se la alargó a Sosa, quien adelantó la mano para recibirla: que en el momento de la entrega disparó dicha pistola sin darse cuenta el deponente cómo, y fué a dar el proyectil a la sien izquierda de Sosa, causándole la lesión que presenta, que el hecho ocurrió contingencialmente, pues el deponente nunca ha tenido ninguna enemistad con Sosa, con quien sienpre ha sido amigo.....

IV) De lo confesado por el aludido reo Rodríguez, que es la prueba que sirve de fundamento para condenarlo, resulta que es responsable del delito de homicidio en Manuel Sosa, por imprudencia teneraria, pues Rodríguez, al entregar a Sosa la pistola, no tuvo el cuidado o precaución necesarios para evitar el accidente, cuidado o precaución, que debió consistir en entregar la pistola con el cañón en dirección a un lugar donde no hubiese personas y en cerciorarse, antes de entregarla, si estaba o no en el seguro, pues se trataba de una escuadra, arma ésta que es más peligrosa que los revólveres corrientes", (del fallo antes relacionado, se sienta la doctrina siguiente): "a) La confesión de un reo, que establece su

culpabilidad por un delito de homicidio cometido con imprudencia temeraria, prevalece sobre las declaraciones del Jurado en su veredicto que lo absuelven. II) Hay imprudencia temeraria en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo, al entregar un revólver escuadra al occiso, no tiene el cuidado y precaución necesarios, por lo que se produce un disparo del arma, cuyo proyectil hiere y mata al ofendido" (Sentencia del 8 de Marzo de 1939, Revista Judicial No.XLIV. de 1939, pág. 615 y sig.)

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES

Es indudable que en este humilde trabajo de tesis, no he hecho más que abordar brevemente, en el primer capítulo, los caracteres o elementos del delito, y en los capítulos segundo y tercero, la problemática de la culpabilidad, donde hemos visto un conjunto de doctrinas contrapuestas, que dan material más que suficiente para extensos trabajos.

Y con respecto al tema fundamental de mi trabajo, cabe hacer las consideraciones siguientes: el caso fortuito debe ser tratado como límite de la culpabilidad, como algo que está fuera de los alcances de la voluntad humana, y en ese sentido, debe regularse, si así se desea; de consiguiente: es inapropiado regular el caso fortuito como eximente; y por lo que respecta a nuestra legislación penal: estimo que debiera suprimirse el caso fortuito como eximente, o sea derogar el No.8 del Art. 8 Pn., y con ello se resolvería con mayor amplitud jurídica situaciones de caso fortuito, pues tal como lo hemos visto por las sentencias de que hemos hecho mérito, podría perfectamente resolverse con base en el Art. 10. Pn.; porque para que un mal sea imputable a quien lo ejecutó tiene necesariamente que haber sido previsto o querido por su autor, es decir, una consecuencia lógica del acto voluntario inicial, si no hay esa voluntad como es la situación del caso fortuito, no hay ni porqué debe ocuparse el Derecho Penal.

BIBLIOGRAFIA

AUTORES

OBRAS

1) Luis Jiménez de Asúa

1) La Ley y El Delito. Principios de Derecho Penal. 2a. Edición. Editorial Hernes. México-Buenos Aires 1954.

2) Tratado de Derecho Penal. Tomos V y VI. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires 1956.

2) Eugenio Cuellón Calón

1) Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Novena Edición. Editorial Nacional, S.A. México D.F. 1951.

3) A. Quintano Ripollés

1) Comentarios al Código Penal Español. Segunda Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966.

4) Gustavo Labatut Glens

1) Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile 1963.

5) Edmund Mezger

1) Derecho Penal. Parte General Libro de Estudio. Traducción de la 6a. edc. Alenana (1955) Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1958.

6) Carlos Fontán Balestra

1) Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Parte General. Ediciones Blen S.A. Buenos Aires. 1966.

7) Federico Puig Peña

1) Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Cuarta Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955.

8) Excmo. Sr. D. Salvador Viada y Vilaseca, y Salvador Viada y Rauret.

1) Comentarios al Código Penal Español, reformado de 1870. Tomo I, Quinta Edición. Madrid. Barcelona 1926.

9) Manuel Luzón Domingo

1) Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal. Primer Tomo. Editorial Hispano-Europea. Barcelona. España. 1960.

10) Luis Jiménez de Asúa y Francisco Carsi Zacarés

1) Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación Comparada. Vo. I. Editorial Andrés Bello. Caracas 1946.

- 11) José Enrique Silva 1) Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño. Revista de Derecho. No.1. Enero-Julio 1965.
- 12) Enrique Córdova 1) Estudios Penales. Primera Parte. Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho. San Salvador. 1962.
- 13) Octavio González Raura 1) Derecho Penal. Parte General, To. I, 2a. Edición Librería Jurídica. 1925.
- 14) Giuseppe Bettiol 1) Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1965.
- 15) Isidro de Miguel Pérez 1) Derecho Penal. Parte General. Principios Generales. Curso de Derecho. Universidad de Caracas. 1963
- 16) Francesco Antoliseis 1) Manual de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Juan del Rosal y Angel Tarrio. Uteha Argentina. Buenos Aires. 1960.
- 17) José Rafael Mendoza 1) Curso de Derecho Penal Venezolano. Tono II, Cuarta Edición. Empresa El Cojo. S.A. Caracas. 1961.
- 18) Alfredo Etcheberry 1) Derecho Penal. Parte General. Tono II, Carlos E. Bibbs. Editor Santiago de Chile. 1964.
- 19) Raúl Carrancá y Trujillo 1) Derecho Penal Mexicano. Parte General. Tomo I, 5a. Edic. Antigua Librería Robredo. Guatemala y Argentina- México 1959.
- 20) Francesco Carrara 1) Programa de Derecho Crininal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1956.
- 21) Vincenzo Manzini 1) Tratado de Derecho Penal. Primera Parte. Teorías Generales. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires 1948.
- 22) Giuseppe Maggiore 1) El Derecho Penal. Tomos I y II. Editorial Temis. Bogotá 1954.
- 23) Eduardo Novoa Monreal 1) Curso de Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 1960 Tomo I.