

Roeder o redentorismo Carneluttiano?); el 85 prohíbe el beneficio a los reincidentes y habituales; el diverso 88 instituye la retención para las penas de prisión de más de un año si el reo observa mala conducta o revela peligrosidad, y, la remisión condicional es normada por el artículo 90, y queriendo supeditar la aplicación de la pena al estado peligroso.

Ciertamente y a pesar de que algunos acuden a un supuesto pragmatismo informador del Código Penal de 1931, lo cierto es que la Escuela Positiva ha dejado honda huella en este Cuerpo Jurídico y en el de Nuevo León, porque si la pena no es matemáticamente proporcionada al delito en razón de la cantidad de la ofensa y de la alarma social, sino que junto a esa estimativa prelegislativa y contenida en cada precepto legal en que se fija la sanción, se otorga al juzgador el poder de imponer la pena congrua con las circunstancias personales y la temibilidad del reo (efecto de la peligrosidad), se advierte que tales artículos reconocen la influencia decisiva de la peligrosidad, al condicionar la calidad y cantidad de las penas y su misma ejecución, al estado peligroso (vid. nuestro breve artículo *El Arbitrio Judicial*, Revista Jurídica Veracruzana, Tomo V, páginas, 337 y ss. Florian, *Tratado*, Habana, 1921, Tomo I, página 334 y ss.).

Los delitos culposos (imprudeñcia con la terminología del Código Penal del D. F.), emergen del texto del artículo 80. y comprenden "toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional" y la pena acordada (artículo 59) es de prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta dos años o privación definitiva de derechos para ejercer la profesión u oficio según sea la imprudencia leve o grave.

Debe, pues, dirigirse la estimativa a los siguientes capítulos:

A).—De los delitos culposos en la concepción dogmá-

tica-jurídica;

B).—De los delitos culposos como fenómenos sociales, como parte de la ciencia causal-explicativa denominada Sociología Jurídico-Penal (Grispigni, *Diritto*, Milano, 1950, volumen I, página 28).

C).—De las medidas preventivas para la comisión de esos delitos: sustitutivos penales (Ferri, *Principios*, Madrid, 1933, páginas 276 y ss.).

D).—Las sanciones para los delincuentes por culpa (Mezger, *Tratado*, Madrid, 1935, volumen II, pág. 74; Angiolini, *De los delitos culposos*, Barcelona, 1905, volumen II, capítulo VI, pp. 30 y ss.).

Hemos de señalar desde ahora la errónea técnica legislativa de la conceptualización de los delitos culposos; la frecuente miopía judicial al incriminar y sancionar como tales, actos impregnados de dolo eventual; el reiterado rechazo de la mejor doctrina, que no avala penas privativas de libertad para el delincuente culposo y los males gravísimos que ocasiona el otorgar la legitimación activa para el resarcimiento al Ministerio Público.

CAPITULO II

El ilustre maestro Mariano Ruiz Funes (*La peligrosidad y sus experiencias legales*, Habana, 1948, p. 161), explica que la definición de la culpa "resulta en muchos casos concretos la base para un diagnóstico fundado en la peligrosidad del titular de la conducta culposa", y estudia, por ello, las distintas teorías sobre la culpa.

Ahora bien: como resultado de las incorrectas definiciones legislativas de la culpa se llega al extremo de conceptualizar el delito doloso (eventual) como culposo, y a no distinguir entre el fortuito y la culpa; a estimar que es el criterio del "hombre medio" la pauta a seguir para colocar

el acto incriminado como previsible o imprevisible y revelador de *culpa grave, leve o levísima*. Es necesario a nuestro estudio, acotar brevemente los límites de la culpa en el derecho vigente. (Florian, *Op. cit.*, p. 473).

Carrara (*Programa Pte. Gen.*, I, pág. 80) había definido la culpa como "la omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles del propio hecho". ¿Por qué aparece en la fórmula la voluntad, el querer, al que precede al conocer libre?

Esto para fundamentar la punibilidad del delito culposo, según es notorio si no se olvida la total construcción del insigne profesor de Pisa, y como reacción a la vieja teoría romana de la responsabilidad por el resultado (Guarneri, *Diritto*, Milano, 1947, p. 116). Guarda la explicación carrariana un parentesco innegable con aquella doctrina que ve en el delito de omisión (simple o de omisión por omisión) la acción esperada, cual substituida por el querer la inactividad. Florian *Op. cit.*, p. 465. Petrocelli, *La colpevolezza*. Seconda edic. Cap. II).

El distinguió también la culpa simple de la conrepretación (*Op. loc. cit.* pág. 83).

En la primera no se "prevé absolutamente una consecuencia que se ocasiona después" y en la segunda: "Se puede prever como posible, pero esperar evitarla y después no lograr evitarla". Es decir: en la culpa simple el sujeto no quiere el resultado; quiere solamente la acción u omisión imperita o negligente, y el daño sobreviene causalmente sin que la mente del acusado se lo hubiere representado; en la culpa con previsión, el sujeto prevé como posible, como realizable probablemente el resultado que la Ley castiga; no quiere causar el daño porque confía poder evitarlo, mas sus cálculos viciados por impericia o negligencia (audacia), no evitan el evento.

En puridad, como señalara perspicuamente Frances-

co Alimena (*La Colpa* . . . pp. 69 y ss.), hay culpa con previsión cuando el agente "se forma la convicción, a través de un juicio, de que el resultado, en aquel caso particular, no se verificará"; en la culpa conciente existe el *error* que "consiste justamente en estar convencido de que, siendo genéricamente posible el resultado, en ese caso no acaecerá".

La adopción de ese criterio viene para separar el dolo eventual de la culpa conciente. En efecto, el dolo eventual se caracteriza por una conducta impregnada por la duda. Si el sujeto duda sobre la realización del resultado, "es evidente que el resultado está en el ámbito de la voluntad". El quiere la causa y consecuentemente el efecto cuando se produce. "Si no lo quisiese no actuaría" (F. Alimena, *Op. cit.*, p. 127 y 131 —Hipel—. En contra Florian, *Op. cit.*, p. 467 in. n.).

Manzini, con su innata agudeza, había dicho que la duda es ciencia, y por ende, el que duda sobre la ajeneidad del mueble objeto del apoderamiento es culpable del robo.

Con Carrara, la opinión dominante recoge el principio de la previsibilidad como substancia del delito culposo (Maggiore. *Principi*, I p. 246 Battaglini, *Diritto*, p. 47, Vannini, *Istituzioni*, p. 123) porque donde está lo imprevisible desaparece la culpabilidad y emerge el caso. El límite de la culpabilidad es el fortuito. (contra, Ranieri, *Diritto*, p. 246).

Pero dos problemas plantea la punibilidad.

I.—¿Cuál es el momento de la evaluación?

II.—¿Cuál el patrón o medida de lo previsible?

En cuanto a lo primero, el juicio ha de venir *ex-ante* o como lo llamó Liszt, de prognosis póstuma y (Vid. nuestro modestísimo ensayo *La Tentativa*, México, 1951, pp. 51, 88, y ss. in n.), contempla no sólo el nexa psicológico, sino también el curso causal.

En otros términos: el juez ha de estimar si en el momento de la acción u omisión incriminada, era previsible en tales condiciones el resultado.

Por lo que mira al segundo, la doctrina casi unánime acepta la posibilidad de prever (culpa simple) del *hombre medio*.

Para eso se acude a la figura del *buen padre de familia*, del diligente padre de familia aludido en las fuentes romanas. (L. 52 par. D. XVII. 2).

Se dice para fundarle: "Fuera de la culpa, más allá de la culpa no hay responsabilidad, sino el *casus fortuitus*, palabra y concepto que no indican un resultado extraordinario y raro, sino un *resultado no previsible de la normal diligencia del hombre medio*".

(Cogliolo, *Scritti*, 7a. p. 189. F. Alimena. *La Colpa*, p. 40. Florian, *Op. cit.*, p. 464).

Justamente ha sido objetado en el tema de la causalidad y ahora con referencia a la culpa, que la diligencia media o la pericia media, representan algo definitivamente abstracto y por ello ajeno a la individualidad. La culpabilidad por culpa, se dice, es extraordinaria, no es la regla sino la excepción y contiene la forma más sutil de responsabilidad; consecuentemente y teniendo en consideración además que la culpabilidad del derecho moderno es exquisitamente valorativa y dirigida a cada sujeto humano, de acuerdo con sus propias cualidades, circunstancias y defectos (Petrocelli, *La colpevolezza* cit. pp. 62 y ss.), es obvio que la previsión del Juez, que la previsión de un *hombre medio ideal* —inexistente— resulta francamente divorciada de las bases del derecho penal y en particular del derecho positivo. Si no, que lo digan las exculpantes de inimputabilidad, de inculpabilidad (error esencial) y las excusas absolutorias.

Se llegaría con la tesis del *hombre medio*, al absurdo

de que *cada juez* fraguaría con su propio automorfismo —a que se refiere Ferri en sus célebres conferencias— a un concepto de culpa, por lo que nunca previó ni pudo prever *superior* a la normal o *media*, propia del fantasma llamado *hombre medio*, (Mezger, II, p. 167).

A ello se refirieron en tema de la causalidad, Liszt, Massari, Soler y Pannain.

Y en torno de la culpa Guarneri (*Diritto*, cit. pp. 150 151).

El maquinista con largos años de servicio puede prever, debe, y casi siempre preve, hasta los mínimos desperfectos del equipo, capaces de producir daños en las personas y en las cosas.

El maquinista novel no estará en las mismas condiciones de pericia, y ¿cuál sería el maquinista medio?

En aquél imputaríamos el desastre a título doloso (eventual), corriendo a su perjuicio la carga de la prueba (culpa-fortuito, Vid. Cogliolo, *Op. cit.*, pág. 197), extremando quizá la responsabilidad por deberes especiales a que ya una certera ejecutoria de la Suprema Corte se ha referido.

Culpa en grado no hay (Mezger II, p. 170).

CAPITULO III

Punto importantísimo es el atinente a la responsabilidad profesional, frecuente e impune en nuestro medio.

Cogliolo recuerda que en el derecho inglés se llama "error de juicio" a la actuación del sujeto que se forma una idea, que los hechos posteriores demuestran que era errada: de este error ninguno responde, si no es fundado sobre errores evidentes de búsqueda o de doctrina (*Scritti*,

p. 198).

El abogado que interpone un recurso siendo procedente otro, no comete error culpable:

- a) Si en jurisprudencia o doctrina el caso es discutido.
- b) Si ha investigado, estudiado el punto y se formó a través de esa búsqueda la convicción.

Por esto el abogado que no indaga, el omiso, el dedicado a la pereza mental, es culpable por culpa de los daños que cause a su cliente y el juzgador por los que ocasiona al perdidoso, si la solución es contraria en forma palpable, a la jurisprudencia o leyes vigentes.

No es el *nivel medio*, el juicio medio, porque de acuerdo con la mediocridad general de nuestra profesión, hoy se piensa de un modo y mañana de otro, guiados por una vaga intuición jurídica, bien distante de la ciencia y dogmática del derecho, que son necesarias al profesional y además obligatorias para él, desde el momento que hace el tradicional juramento al recibir el título.

Una tradición a la profesión implica el abandonarse a la lectura inexpresiva de los textos legales, y una traición a los elevados fines de la Abogacía. El abogado imperito delinque culposamente y causa daños que debe reparar.

Una función tan alta como la del jurista, requiere solidez mental y virtud en la conciencia. Es preciso siempre recordar: "La más fatigosa *honestidad intelectual*, consiste en comprender que sin largos estudios y grandes esfuerzos de la inteligencia no se llega a ser sacerdote del derecho"; (Cogliolo *Scritti*, p. 104), que ese sacerdocio no es ni siquiera una virtud, sino un deber, y si falta no es simplemente disculpable, sino siempre deberá ser punible.

Así como la omisión del carcelero que hace posible la

evasión del preso, le es atribuible por razón de su cargo, también el daño ocasionado en el ejercicio por el abogado o médico, ingeniero o químico, son imputables moralmente a quien ha renunciado al recibir el título, a todas las divagaciones permitidas a los demás y ha jurado entregarse en conciencia y en talento a la defensa del derecho sobre los embates de la injusticia.

Hoy por hoy cada profesional debe convertir su vida, pública y privada, en ejemplo de rectitud y dedicación al derecho.

El "error de juicio" ciertamente ha de quedar fuera de la punibilidad, mas el error viciado, del juicio ligero, de la impreparación, de despego al estudio, sí debe ser punido cuando causa un perjuicio.

Si la diligencia del *hombre medio* es inútil artilugio en la totalidad de los casos, ese mismo criterio es pernicioso en relación con la culpa de los profesionales; la previsibilidad adquiere, pues, una tónica especialísima en estos casos, a los que aludiera claramente Maggiore. (*Principi*, I, p. 419).

Esta responsabilidad culposa del profesional es a nuestro entender relevante en los casos de culpa por acciones u omisiones en el ejercicio del propio arte, oficio o empleo.

Un sano sentimiento de justicia así lo aconseja.

Falta en el sistema legal vigente la culpa en sentido estricto (art. 43-30, in fine, c. n. it.), en que se ofende la *previsión de la ley*. (Battaglini, *Diritto*, 1949, I, pp. 238 y ss), y en puridad no precisa la previsibilidad del caso concreto. *Florián*, Op. cit., p. 471).

CAPITULO IV

Cosas distintas son el delito y la peligrosidad; por ello